
SUMARIO: I. La legislación ‘constitucional’ y su eficacia. II. La ineficacia y sus consecuencias. III. La validez de la constitución. IV. El establecimiento del órgano constituyente *Grundnorm* y “pacto social”. V. Los dioses y el gobierno de los hombres. VI. El advenimiento de no/moj. VII. El significado de no&moj. VIII. Fu/sij vs. no&moj. IX. Homo mensura y el desvanecimiento de los dioses. X. La asunción del “estado de naturaleza” y del “pacto social”. XI. Los clásicos modernos. XII. La policitación³ de determinado orden jurídico. XIII. El carácter consuetudinario del procedimiento. XIV. Quasi historia. XV. Creación regular o irregular. XVI. La modificación constitucional contra legem. XVII. Los elementos persistentes en estos procedimientos. XVIII. Referencias.

Resumen

Este es el capítulo de un trabajo más ambicioso, me propongo señalar de qué manera el proceso consuetudinario de creación de normas afecta el establecimiento, modificación o sustitución de la constitución (y, en general, de cualquier legislación), con objeto de determinar el papel que juegan la *consuetudo* y la efi-

1 Parte de lo que aquí expongo apareció en mi artículo “El derecho consuetudinario y la constitución”, en Tamayo y Salmorán, Rolando (Ed.), *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977; y en el capítulo XI: *El establecimiento de la constitución* de mi libro: *Introducción al estudio de la constitución*, México, *cit.*, pp. 269- 292. *Vid. etiam*: Orozco Henríquez, J. Jesús, *El derecho constitucional consuetudinario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983.

2 Profesor investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México. Correspondencia: Circuito Mario de la Cueva s/n, Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, Del. Coyoacán, 04510, México, Ciudad de México. Correo electrónico: irnerius@mx.inter.net.

3 Del latín *pollicitatio* (-onis): “Promesa que no ha sido aceptada todavía”. Cf.: *Diccionario de la Lengua Española*, edición digital, Planeta, 2017.

cacia en estos procesos. En otras palabras, intento probar de forma plausible cómo se establece una constitución (material) y cuáles son las relaciones que guarda con el documento denominado: “constitución escrita”.

Palabras clave: Proceso consuetudinario, creación de normas, constitución escrita, constitución escrita.

Constitutional consumer right and constituent act

Abstract

This is the chapter of a more ambitious work, I intend to point out how the customary process of creating standards affects the establishment, modification or substitution of the constitution (and, in general, of any legislation), in order to determine the role who play consuetudo and effectiveness in these processes. In other words, I try to prove plausibly how a constitution is established (material) and what are the relationships it has with the document called: “written constitution”.

Keywords: Customary process, creation of standards, written constitution, written constitution.

I. La “legislación constitucional” y su eficacia

Por legislación constitucional se entiende la constitución escrita o parte de ella (excluyendo las declaraciones jurídicamente irrelevantes). Pues bien, la así llamada

legislación constitucional padece de los mismos problemas que enfrenta la legislación ordinaria,⁴ concretamente en lo que a su eficacia respecta.⁵ ¿Qué efecto producen los predicados de eficaz o ineficaz aplicados, correctamente, a la legislación constitucional?

Si partimos de la idea de que eficaz quiere decir conformidad del comportamiento con lo prescrito por una norma, entonces una legislación es eficaz si la conducta de los destinatarios se conforma con lo prescrito, por el texto legislativo, *i.e.*, si observan o aplican (ejecutan). Por lo contrario, una legislación no es eficaz cuando lo prescrito en la legislación no es observado ni aplicado (ejecutado). Haciendo caso omiso de situaciones límite, se puede sostener que el texto legislativo que no es observado ni aplicado (ejecutado) por nadie, en ningún lugar, por un tiempo prolongado, pierde su validez: deja de ser norma.⁶

¿Qué ocurre a la desaparición de la legislación por desuetudo (*i.e.*, ineficacia)? Necesariamente se produce un cambio en

4 A este respecto es necesario insistir en que la relación que existe entre una disposición y los actos que la aplican, es exactamente igual a la que ocurre en cualquier otro momento del de la creación sucesiva del orden jurídico.

5 “...*quae ipsa [iura] sibi quaque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu...*” (*Inst. Just.*, 1, 2, 11 “... *ut leges non solum sufragio leges latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*” D. 1, 3, 32, 1 *in fine*).

6 *Vid.*: Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, *cit.*, p. 10; (*Id. Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, p. 24. *Vid. etiam: Id., General Theory of Law and State*, *cit.*, p. 119; (*Id. Teoría general del derecho y del Estado.*)

el orden jurídico (originando un nuevo orden “jurídico momentáneo”); en otras palabras: el orden jurídico momentáneo anterior es sustituido por uno posterior. Como expresa la célebre máxima: *Lex posterior derogat priora*.

Quizás sea oportuno abundar sobre la distinción, mencionada anteriormente, entre orden jurídico, propiamente dicho y un orden jurídico momentáneo. Por orden jurídico momentáneo entiendo “un subsistema del orden jurídico total”. Para cada orden jurídico momentáneo existe necesariamente un orden jurídico (total) que lo comprende. En tanto el orden jurídico momentáneo son actos de creación y aplicación (ejecución) de normas, no existe un orden jurídico que no contenga un sistema jurídico momentáneo. El derecho es, insisto, un continuo de actos de creación y aplicación (ejecución) de normas, actos que son condición de su existencia. No existen órdenes jurídicos que sin que hayan sido puestos por actos de creación y seguidos u observados por actos de aplicación (ejecución).

La continuidad de un orden jurídico reside en el proceso de substitución de un orden jurídico momentáneo a otro; proceso que no es más que el *continuum* de actos de creación y aplicación (ejecución) de sus normas.

¿Cuál es el derecho que existe cuando una legislación ha dejado de ser eficaz? ¿Cómo se puede determinar? Es claro que el derecho que emerge después de que una legislación deja de ser eficaz (por *desuetudo*) tiene que haber sido puesto (creado) por un procedimiento consuetudinario *contra legem*.

II. La ineficacia y sus consecuencias

Sobre el particular pueden señalarse dos diferentes situaciones: la ineficacia indirecta y la ineficacia directa.

a. Ineficacia indirecta

Si tenemos en cuenta que una legislación pertenece, a un orden jurídico, entonces resulta que una legislación es tal si, y solo si, el orden jurídico al cual dicha legislación pertenece, efectivamente existe. Esto, *ab obvo*, se aplica también a la legislación constitucional. En efecto, es condición de validez de la legislación constitucional que el orden jurídico que propone exista efectivamente, que sea un orden jurídico histórico, del cual tal constitución es, efectivamente, su primer acto de creación.

Una legislación constitucional (constitución escrita) es materialmente constitucional, constitución, propiamente dicha (*i.e.*, conjunto de normas que establece el primer acto creador de un orden jurídico), si el orden jurídico que propone se aplica y existe históricamente. En el resto de este trabajo voy a asumir que la legislación constitucional es, o pretende ser, constitucional en sentido material. De esta manera, si no existe un orden jurídico que la observe o aplique (ejecute), *i.e.*, si no existe un orden jurídico creado de conformidad con las facultades que confiere la legislación constitucional, entonces dicha legislación no será sino un texto, una hoja de papel (con mayor o menor relevancia política); su función normativa desaparece, ¿qué hay entonces?

b. Ineficacia directa

Existe ineficacia parcial si parte de la constitución escrita (una o varias disposiciones “constitucionales”) no es seguida u observada por los destinatarios ni hecha efectiva por los órganos de aplicación. Si este es el caso deja de ser eficaz (o nunca lo fue).

La pérdida de la eficacia puede ser referida solo a ciertas disposiciones de la legislación, aunque el sistema al que tales disposiciones pertenece, sea mayormente eficaz. Esta pérdida de eficacia puede presentarse en dos formas:

- (i) Cuando nunca se da acto alguno que observe o aplique (ejecute) la disposición “constitucional” en cuestión. En este caso existe una ineficacia de origen.
- (ii) 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 superveniente.

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”? (o parte de ella) y, en particular, ¿cómo determinar las normas que, por ausencia de la legislación ineficaz, funcionan como constitución (material, positiva) del orden jurídico?

Si la causa de la desaparición de la “legislación constitucional” no es debida a la aparición de una “legislación constitucional” posterior, su desaparición (o parte de ella), solo pudo haber resultado de un procedimiento consuetudinario (*consuetudo contra legem*), único procedimiento capaz de crear y derogar derecho (*scriptum*). El análisis de la pérdida de eficacia permite determinar que un derecho constitucional consuetudinario se generó paralelamente a la pérdida de eficacia de la “constitución escrita” (o parte de ella).

Si todo orden jurídico necesariamente tiene una constitución (material), la desaparición de la “constitución escrita” (o parte de ella) por no ser eficaz da paso, *eo ipso*, a una constitución no escrita, *i.e.*, consuetudinaria (total o parcial).

Con el objeto de determinar cómo surge esta constitución no escrita permítaseme explicar, brevemente, primero, cómo se establece una constitución (en sentido material). Por constitución material entiendo el conjunto de normas⁷ que establece el acto originario (constituyente) de un orden jurídico histórico, *i.e.*, positivo, que existe. En segundo lugar, describir, sucintamente, la función que en el establecimiento de la constitución realizan la consuetudo y la eficacia.

7 En el sentido de *Unselbständige Rechtsnormen*, *i.e.*, normas jurídicas no autónomas (*vid.*: Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, *cit.*, pp. 55-59; *id.*, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, pp. 67-70).

III. La validez de la constitución (algo sobre validez)

En las partes que preceden creo haber demostrado que x (prescripción, precepto o instrucción) es n , norma jurídica válida (o, no habiendo de otras, simplemente, norma jurídica) si es parte de una secuencia de facultamiento, de un orden jurídico positivo. De esto se desprende que un acto crea normas jurídicas si una norma jurídica faculta a un individuo –particular u órgano (O_R), *e.g.*: un juez– y si tal individuo (juez) dicta una sentencia observando y aplicando lo prescrito por tal norma para el ejercicio de las facultades así conferidas, entonces, la norma que lo faculta es válida (así fue considerada por el juez), *ergo*, fue eficaz y solo porque es eficaz es válida.

Es claro que este criterio de validez sistemática (en el sentido descrito) no conviene o no da cuenta de la “facultad” del órgano primario (constituyente) ni de la validez de las prescripciones que este establece, las cuales, por definición, no se conforman a ninguna norma jurídica. ¿Por qué este acto, el cual no se conforma a ninguna norma jurídica, se convierte en el acto constituyente del sistema? ¿Por qué las normas que establece son la constitución (material) de este orden? En otras palabras, ¿de dónde deriva su validez el acto constituyente? Voy a adelantar la respuesta que explicito a continuación: esta deriva de su eficacia.

La respuesta a este problema no es necesariamente difícil. En realidad, se encuentra implícita en la descripción del orden jurídico.

En la descripción de una secuencia de facultamiento se advierte que esta no presupone un *regresus ad infinitum*. En tal secuencia los actos que facultan tienen un punto final: a_1 es el acto primero, primario, de una secuencia de facultamientos, más allá del cual no es posible remontar; el acto con el que principia u origina la cadena normativa.

Cualquier análisis correcto de acto constituyente o constitución tiene, precisamente, que insertar estos eventos dentro de la cadena de actos de creación aplicación. Usando el aparato teórico de Ulises Schmill, podría decir que una adecuada descripción de acto constituyente o constitución requiere la “interiorización semántica de estos conceptos dentro de la noción de “norma jurídica” (en sentido estático) o de “creación jurídica” (en sentido dinámico), de otra forma no tendrían sentido”.⁸

El análisis de una secuencia de facultamientos revela que el acto constituyente no se encuentra aislado o por fuera de la secuencia; el acto constituyente forma parte de ella: es el primer acto de todas las secuencias de un orden jurídico. Si ese acto no es parte (el punto de partida) de

tales secuencias, entonces no es acto constituyente: no crea nada que pueda ser reconocido como perteneciendo a un orden jurídico.

De esta forma, cabe decir que ciertos actos son constituyentes si, y solo si, son el primer acto de un orden jurídico positivo (histórico), más allá del cual no es posible remontar.

Ahora bien, ser primer acto de las secuencias depende de que existan secuencias en las que funcione como acto primero (*i.e.*, a_1). Un acto es a_1 solo dentro de las secuencias que comienzan con él. Si no hay secuencias, no existe acto alguno que sea el primero; no existe acto que la origine.

De conformidad con lo anterior en cualquier cadena normativa y, necesariamente, en las cadenas que forman un orden jurídico total, existe un único acto primero, más allá del cual no es posible remontar: un acto primero, acto constituyente que, topográficamente (valga la expresión) es de fácil localización en los diagramas insertos. En el esquema que representa un orden jurídico, a_1 es el acto en que, metafóricamente, el orden jurídico *reposa*: el acto constituyente. Esto puede expresarse brevemente diciendo:

un acto x es a_1 si es el primer acto de un orden jurídico *que existe*.

Lo anterior, sin embargo, es solo parte de la respuesta sobre la validez de la consti-

⁸ Vide: Schmill, Ulises. *Teoría del derecho y del Estado*, México, UNAM/ITAM/Editorial Porrúa, pp. 19-22 y 29-44.

tución material. Permítaseme completar la respuesta.

Al explicar el condicionamiento sucesivo de los actos de facultamiento mostré que este se reduce a una relación entre los actos que crean una norma que faculta y los actos que la observan y aplican (ejecutan). La progresión de una etapa a otra de este condicionamiento sucesivo de facultamientos se produce cuando el así facultado realiza los actos de conformidad con lo dispuesto por la norma que faculta (por la norma que faculta sus actos de aplicación). Pero la conformidad solo se presenta cuando los actos facultados observan y aplican (ejecutan) las normas que les facultan. De ahí que no sea inconsistente afirmar que x es acto constituyente, si las prescripciones que establece son seguidas por actos que las observan y aplican, y si son observadas y aplicadas las normas que estos actos de aplicación, a su vez, establecen y, así, las etapas ulteriores. De ahí se sigue que la eficacia es, no solo condición necesaria, sino, también suficiente de la validez.

De lo anterior se desprende que x es a_1 , acto constituyente (acto originario del orden jurídico), si, y solo si, n_1 (las prescripciones que este acto constituyente establece) son hechas normas al ser observadas y aplicadas (ejecutadas), así como observadas y aplicadas las normas creadas, directa o indirectamente, por el acto constituyente, mediante las facultades

establecidas por la constitución (*i.e.* n_1).⁹ De esto se infiere que ciertas normas (*Unselbständige Rechtsnormen*) son n_1 , la constitución (material) de un orden jurídico, si n_1 es eficaz, *i.e.*, si se crea el orden jurídico que n_1 propone.

Esta respuesta no es sustancialmente diferente a la que da Kelsen. Ciertamente, sostiene que la validez de la constitución positiva (asumiendo que esta sea la primera constitución histórica) deriva de una norma fundamental no positiva: la *Grundnorm*. Sin embargo, Kelsen aclara:

La norma fundamental (*Grundnorm*), se relaciona, de manera *inmediata*, con una legislación determinada *que ha sido efectivamente establecida*, creada por *consuetudo* (*Gewohnheit*) o promulgada, que es mayormente y en general eficaz y, meditamente, [eficaz] con [respecto al] orden (jurídico) que ha sido creado de conformidad con esa constitución, *el cual es, en general, eficaz... La norma fundamental... no es... producto de una libre invención*. Si uno presupone la norma fundamental, *no es por decisión arbitraria... Solo cuando se está en presencia de una constitución eficaz, que crea un orden jurídico positivo, se puede presuponer una norma fundamental*.¹⁰

9 “Por eso es rigurosamente exacto afirmar que un orden jurídico es positivo si se individualiza, y en tanto que se individualiza” (Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, pp. 250; *vide etiam*: *Teoría general del Estado*, *op. cit.*, p. 327).

10 *Reine Rechtslehre*, *op. cit.*, p. 204; *vide*, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, pp. 208-209).

Si prestamos atención a esta última oración claramente se entiende que el acto legislador y las prescripciones que establece, solo son acto constituyente y normas constitucionales jurídicamente válidas, si, de conformidad con lo por ellas prescrito, se observan y aplican (ejecutan) por sus destinatarios. Ahora bien, si la eficacia *es la única condición* para que ciertos actos sean constituyentes y las prescripciones que este establece una constitución (material) válidos, entonces la eficacia es condición necesaria y suficiente de su validez. En otras palabras: el hecho de la eficacia, prácticamente, faculta, al constituyente a establecer una constitución válida.

En otro lugar Kelsen declara:

La eficacia de todo el orden jurídico es una condición necesaria para la validez de cada norma particular... [incluida la constitución]. Son válidas... solo bajo la condición que el orden (jurídico) en su totalidad sea eficaz.¹¹

De manera contundente Kelsen, más adelante, afirma:

La norma fundamental de cualquier orden jurídico positivo confiere... [validez] únicamente a los hechos por los cuales

dicho orden es creado y aplicado, el cual es en su totalidad eficaz.¹²

De ahí que, solo se asume una norma fundamental, cuando estamos en presencia de un orden jurídico eficaz, *i.e.* únicamente, cuando se satisface la condición suficiente.

IV. El establecimiento del órgano constituyente. *Grundnorm* y “pacto social”

a. ¿Perplejidad o ignorancia?

Este segmento plantea una asombrosa (y, ciertamente reprobable) actitud. Muchos individuos “mesan sus cabellos y rasgan sus vestiduras” cuando “oyen” (porque nunca leen) que Kelsen postula una *Grundnorm* (norma básica o fundamental), presupuesta, como punto de partida de la explicación del derecho eficaz (positivo).

Quizás quepa recordarles que la ciencia postula (crea), presupuestos necesarios (axiomas, definiciones, teoremas) para la descripción y explicación racional de sus objetos. Los matemáticos de la India Antigua postularon la existencia del cero (aunque no nombrara ningún objeto) dando origen a los números irrales, complejos e imaginarios; también postularon el número 24.10^{40} (veinticuatro por diez a la cuadragésima) como principio explicativo de su cosmogonía.

11 *General Theory of Law and State, op. cit.*, p. 119; *vide etiam, Teoría general del derecho y del Estado, op. cit.*, p. 139).

12 *General Theory...*, p. 120; *Teoría general...*, p. 141.

Thales de Mileto determinó la altura de la pirámide de Keops introduciendo el teorema de la “similitud de los triángulos”. Pitágoras postuló el claramente contraintuitivo teorema que lleva su nombre mostrando que la suma de los cuadrados construidos sobre los “catetos” es igual al cuadrado construido sobre la hipotenusa. Euclides, para construir su Geometría postuló que el mundo puede explicarse *als ob* (como si) fuera de tres dimensiones. Podríamos seguir con Zenón, con Eudoxo, con Arquímedes, quien postuló la “primera ley de la hidrostática”.

Podría proseguir con genios árabes, europeos del Renacimiento y más; simplemente agregaré a esta rapsodia “heurística”¹³ a Isaac Newton quien, en Trinity College, observó que una manzana se desprendía del árbol. A diferencia de sus congéneres, Newton no pensó en que las manzanas eran “cables en sí”. Se preguntó ¿por qué se dirige hacia abajo?, ¿por qué no sale disparada hacia un lado o hacia arriba? Se planteó un problema. Para resolverlo, asumió ciertos presupuestos: in-

trodujo conceptos de volumen, distancia y, en particular, magnitudes matemáticas. Resolvió el problema de la “manzana” creando un nuevo objeto del conocimiento: *la gravedad* (invisible, inodora, intangible, sin contacto corporal y que actúa a distancia), la cual explicó mediante la Ley de la gravitación universal.¹⁴

b. Resistencia

Ciertamente, alguien dirá que esos ejemplos en que se asumen o postulan principios o teoremas pertenecen al mundo de la ciencia (pensando que la ciencia se restringe a la matemática, a la física, o a la astronomía, *inter alia*); pero en asuntos humanos ¡tiene que ser distinto! Pero no. Charles Darwin (el Newton de la biología) enterró el mito de *imago dei*, el hombre cayó de su pedestal. El hombre y su comportamiento se conocen de la misma manera que el resto de los objetos de la ciencia.

Al superar la etapa del tropel, la especie *homo crea cosas con significado*: la cultura. Entre ellas se encuentra el vocabulario básico del comportamiento social y su “aceptación” mediante el único procedimiento que permite hacer que unos hagan que los otros hagan u omitan. Este vocabulario básico produjo las “reglas” cuya “aceptación”, como quiera que esta sea (derrota,

13 Del griego *euri/skew*: idear, inventar, ingeniar, encontrar (Cf.: Liddell, Henry George & Scott, Robert, *Greek-English Lexicon*, op. cit., pp. 729-730); “heuristic (noun): Scientific methods or techniques for research and learning; (ad.): related to, ‘a heuristic assumption’, ‘a heuristic argument’”, *Merriam-Webster Dictionary*, en *Encyclopædia Britannica, Ultimate Reference Suite, DVD, Edition, 2014*. *Vide etiam*: “heurística (nom. & ad.): Técnica o método científico de investigación’ y del sufijo: ‘tica’ (ad. rel.): lo relacionado con la heurística”. (Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, edición digital, 2014).

14 “Los cuerpos se atraen directamente proporcional al volumen de su masa e indirectamente proporcional al cuadrado de sus distancias (*vide*, Faller, James E. & Cook, Sir Alan H. “Gravity”, *Newton’s Law of Gravity*, en *Encyclopædia Britannica*, op. cit.; *vide etiam ibidem*: Westfall, Richard S., Newton, Sir Isaac.

sumisión, ingenuidad, conversión, prudencia), pero, de una u otra manera “aceptación”) genera *creencias compartidas*.

V. Los dioses y el gobierno de los hombres

a. Teogonías¹⁵

Esto lo hizo, primeramente, el “animismo primitivo”; luego, las teogonías; después, las cosmogonías. Se asumió (y se impuso) que las reglas de la vida social debían su origen a un evento fabuloso, mágico. Shamash, en famosa estela,¹⁶ entrega a Hammurabi las leyes para el pueblo de Shamash. Los hebreos se convirtieron en el “pueblo elegido” mediante un “pacto de alianza” celebrado entre Dios y Abraham,¹⁷ renovado en el Sinaí.¹⁸

La cosmogonía griega asumía que las *qe/mistej* eran decretos de los dioses (*Dio_j qe/mistej*)¹⁹ y el monarca (*basileuej*) recibía su cetro y con él las *qe/mistej* de Zeus, su prototipo celestial.²⁰ Homero usaba la palabra *qe/mistej* que parece significar ‘reglas’ o ‘regulación’ para designar la autoridad de

la costumbre y de la tradición oral.²¹ *Qe/mij* conoce el destino que pende sobre los dioses y los hombres; tal es la razón de que las instrucciones que da Zeus a los reyes reciban el nombre de *qe/mistej*, lo que, a su vez, explica el hecho de que la conducta que coincide con el derecho se expresa por la fórmula *h# Qe/mij e0sti*.²²

Las *qe/mistej* se convierten en el padrón para evaluar y regular el comportamiento. Así, en Hesíodo y Píndaro, las Horas (*ai9 W}rai*), hijas de *Qe/mij* (de ahí *qe/mistej*), son las diosas del bien estar (orden), la justicia y la paz: *Eu)nomi/a*, *Di/kh* e *Ei0rh/nh*.²³ No solo los hombres deben conformarse con la voluntad de Zeus sino, también, todas las cosas del mundo. Así:

el sol no podrá dejar el curso que se le había impuesto, pues en caso contrario las *E0rinu&ej* (las Furias vengadoras), servidoras de *Di/kh* lo castigarán.²⁴

Es necesario diferenciar la religión, o mejor dicho, las creencias religiosas y sus

15 *Qeogoni/a*, literalmente: “génesis de los dioses” (Cf.: Liddell y Scott, *op. cit.*, p. 361). “La teogonía es un intento de reducir todas las historias sobre dioses en un sistema unitario”, Burnet, John, *Early Greek Philosophy*, Nueva York, Meridian, 1964, p. 6.

16 Detalle de una estela proveniente de Susa, capital of Elam y capital administrativa del rey Darío I y sus sucesores desde 522 a. C. exhibida en el Museo del Louvre.

17 Génesis, 15, 18; 17, 2-21.

18 Éxodo, 32, 15; 34, 1 y 10.

19 Cf.: Liddell, y Scott, *op. cit.*, p. 789.

20 Vide: Jaeger, Werner W. *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959, p. 21, n. 6

21 *Ibid.*, pp. 20 y 55. Cf.: Liddell, *op. cit.*, p. 361.

22 Vide Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental* (Abendlandische Rechtsphilosophie), México, UNAM, 1962, p. 10. Cf.: Liddell, *op. cit.*, p. 361.

23 Bréhier, Emile, *Histoire de la philosophie*, París, Press Universitaires de France, 1965, t. I. Fasc. 1, p. 50.

24 *H#lioj ga_r ou)k u)perbh&setai metra ei0 de\ mh&, E0rinu&ej min Di/kej e0pikouroi e0ceurh&sousin*. Heráclito, Frag. 94 (Diels, Hermann, *Die Fragmente der Vorsokratiker Griechisch und Deutsch*, Ed. Kranz, Walther), *op. cit.*, t. I, p. 96. En cuanto a la traducción, sigo la de Kathleen Freeman (*Ancilla to the Pre-Socratic Philosophers: A Complete Translation of the Fragments in Diels, Fragmente der Vorsokratiker*. Oxford, Basil Blackwell, 1962, p. 31).

ritos, de las teogonías propiamente dichas. En las religiones, los dioses son objeto de reverencia y adoración; en la teogonía, no. La *Teogonía* de Hesíodo es la mejor prueba de ello: es evidente que muchos de los dioses mencionados en ella nunca fueron adorados por nadie; algunos de ellos son meras personificaciones de fenómenos naturales o, inclusive, de pasiones humanas.²⁵ “Por ejemplo, nadie adoró a W)keano&j (Océano) ni a Thqu/j (Tethys) y aun menos puede considerarse a Fo&boj (Pánico) como dios en sentido religioso”.²⁶

La concepción que los primeros griegos tienen de la naturaleza se debe, en gran medida, a las ideas que tenían de la convivencia social. Los procesos naturales son descritos en términos tomados de la sociedad humana. En la antigüedad, la regularidad y constancia de la vida humana era, por mucho, más claramente percibida que la uniformidad de la naturaleza. El hombre vivía en un círculo de reglas y costumbres sociales rígidas, prácticamente inalterables, inmóviles. En cambio, el mundo que lo rodeaba era caótico,²⁷ por tanto, había que “ordenarlo”.

Fu&sij se encuentra sometida a un orden social similar al de la po&lij.²⁸ La naturaleza era entendida, básicamente, como regida por reglas similares a aquellas que

25 Cf.: Burnet, John. *Early Greek Philosophy*, op. cit., p. 14.

26 *Ibid.*, p. 14, n. 2.

27 *Ibid.*, p. 9.

28 Jaeger, Werner W., *Paideia, los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 159.

existen en una sociedad. Esto se debía muy probablemente al hecho de que, en un principio, los dioses que gobernaban la naturaleza eran antropomórficos y vivían dentro de una estructura social parecida a la de los hombres.²⁹ Fu&sij no era entonces, más que una vasta metáfora de la po&lij.³⁰

Durante largo tiempo las teogonías constituyeron la única respuesta al problema del comportamiento humano. Di/kh era una diosa poderosa; ninguno podía contrariar impunemente las bases sagradas de su autoridad:

implacable y venerada justicia [Di/kh], de la que Orfeo [...] dice que se encuentra sentada junto al trono de Zeus vigilando todo lo que les ocurre a los mortales.³¹

Los dioses griegos son seres magníficos. El hecho de que las qe/mistej fueran establecidas por ellos hace que estas participen de su magnificencia. Para todo griego la palabra di/kaion que, originalmente, significa: justo, lícito o, simplemente, derecho, transmite una impresión de valor (moral) positivo. El campo que cubre di/

29 Los dioses griegos viven como seres suprahumanos, pero de modo completamente parecido al de los hombres y se hayan jerarquizados como en una po&lij (vide, Schwab, G., *Las más bellas leyendas de la antigüedad clásica*, Barcelona, Labor, 1955, p. 770).

30 Bréhier, *Histoire de la philosophie*, op. cit., p. 76.

31 Orpheus [Ps. Demosth.]. Frag, 14 (vide, Diels, Hermann, *Die Fragmente der Vorsokratiker...*, op. cit.). La versión que doy en español sigue *mutatis mutandi*, la versión inglesa de Kathleen Freeman, op. cit., p. 3. Vide G. Giannantoni, R. Laurenti y otros, *I presocratici*, t. I, p. 19.

kaion es coexistente al que cubre el valor (moral) implicado. Así, resulta verdaderamente difícil para cualquier griego, sostener que la justicia (dikaiosunē) o lo justo (to dikaion) pueda ser mero interés o conveniencia.³²

b. Las cosmogonías

OiOkoumēnē (la tierra habitada) al origen, gobernada por dioses y demonios, paso a paso se emancipa de ese mundo mítico.

En la progresiva expansión del conocimiento racional, los dioses, de entes mitológicos, fueron convertidos, paulatinamente, en fuerzas de la naturaleza. Este proceso se observa desde las teogonías de Hesíodo hasta la consolidación del racionalismo sofístico. La necesidad aparece en el pensamiento presocrático como una fuerza cosmológica, aún con resabios míticos; pero, en el racionalismo jonio, alcanza su culminación en Leucipo y Demócrito, donde agathē deviene simplemente una fuerza natural inanimada.³³ En este orden de ideas, Aristófanes escribe:

A) gaganē llena las nubes con vapor y gobierna los movimientos por los cuales... causan truenos; el autor... ya no es Zeus... sino la rotación celeste.³⁴

32 Cf.: Guthrie, W.K.G., *A History of Greek Philosophy*, Cambridge, University Press Cambridge, 1969, t. III, pp. 92 y 94.

33 *Ibid.*, p. 100.

34 *Oi ne/foi (Las nubes)*, 376 y ss. (Aristophanes, trad. al inglés por Benjamin Bickley Rogers, Harvard Univer-

Si A) gaganē gobierna fuésij, Di/kh, colorario de fuésij, es fatal e ineluctable. “El transgresor sufrirá porque U#brij (la infracción, la violencia, el ultraje) son perseguidos inevitablemente por Di/kh. Todo acontecimiento es kata_ fuési (por naturaleza), justas. Por tanto, los hombres tienen que respetar el equilibrio natural, puesto que es justo (to dikaion) por naturaleza.

Las comunidades humanas, como todas las cosas, se encuentran sometidas a las mismas reglas. El orden de las comunidades humanas es un di/kaion fu/sikon, (un derecho impuesto por la naturaleza). De este modo, las reglas de la vida social que habían sido transportadas para explicar fuésij, son convertidas en un orden inmutable y absoluto.

VI. El advenimiento de no/moj

A comienzos del siglo VII a. de C. se observa un desarrollo de po&leij que devienen ricas y poderosas. Las más brillantes son Mileto, Efeso y Halicarnaso. Ciertas islas, como Samos, guardan un lugar importante. Estas po&leij habían conocido un régimen monárquico, consuetudinario, constituido por la costumbre (h]qoj) y la tradición (no&mima).

A fines de este mismo siglo, sin embargo, aparecieron nuevas condiciones que conducirían a la destrucción de estas monarquías homéricas y de la concepción mítica

city Press, Cambridge, Mass. [Loeb Classical Library, vol. 3]). *Vide*, Guthrie, *A History of...*, *op. cit.*

del mundo. El fenómeno de la *stenoxwri/a*³⁵ es, por ejemplo, uno de esos acontecimientos que se encuentran en el origen del gran movimiento de colonización que habría de convulsionar a todo el mundo griego.³⁶ Los emigrantes o colonos (*oiikistai/*) tuvieron que proceder a la creación de nuevas instituciones. Sin embargo, a los *oiikistai/* se les presenta un problema aparentemente insuperable. Las *po&leij* que recién abandonaron, todo (incluyendo hombres e instituciones) se encontraba sometido a un *di/kaion fusiko&n*. Se era rey o súbdito; ciudadano o esclavo, “por naturaleza”. Conducirse así era justo, *i.e.*, conforme a derecho, puesto que natural.

Pero, entre los *oiikistai/* (grupo de desheredados que evadían el régimen de deudas e hipotecas) no se encuentran, obviamente, ni reyes, ni magistrados; no había, en suma, entre ellos alguien que, de acuerdo con el *di/kaion fusiko&n*, tuviera alguna característica que le permitiera mandar sobre los demás. En virtud de que los *oiikistai/* eran o, mejor, habían sido, todos, súbditos sin privilegios, deudores, quizás delincuentes,

se encontraban en un estado de *iõsonomi/a* (igualdad). De ahí que, si querían establecer reglas o pautas de comportamiento, era necesario recurrir a un instrumento, más que natural: artificial y humano.

Pues bien, estas pautas o reglas de comportamiento fueron establecidos por los *oiikistai/* mediante *no&moi* (leyes), cuyo nombre designa, primordialmente, la forma escrita de las reglas positivas, sin las cuales no podían existir las *po&leij* recién fundadas.

VII. El significado de *no&moj*

“Para los hombres de los tiempos clásicos con *no&moj* se nombra algo *nomi/zetai*, *i.e.* creado, practicando o mantenido como (jurídicamente) correcto”.³⁷ Al principio, como señalé, existía la vieja creencia en su origen divino: “En los poetas trágicos las *no&moi* son inequívocamente de origen divino”. Así, en Sófocles se lee: “Olimpo es [su] único creador, ninguna naturaleza humana mortal pudo hacerlos nacer”.³⁸ Asimismo, en Eurípides: “[...] puesto que nosotros los mortales adoptamos las *no&moi* de los dioses”.³⁹

Sin embargo, pasajes como estos no revelan propiamente que las *no&moi*, como actividad legislativa consciente, fueran de origen divino, sino que existían ciertos mandatos divinos no escritos (frecuente-

35 Literalmente, estrechez, falta de espacio (Cf.: Liddell y Scott. *Greek-English...*, *op. cit.*, p. 744.

36 Nuevas condiciones conducirían a la desaparición de este orden, primero, en Jonia y, después, en toda Grecia. A finales del siglo VII a. de C., 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 revolución en el régimen de las tierras. Esto provocó la *stenoxwri/a* (la falta de tierras, que no es solo debida al crecimiento demográfico). Vide, Mossé, Claude. *Histoire des doctrines politiques en Grèce*, París, Presses Universitaires de France, 1969. pp. 7 y ss.

37 Guthrie, *A History of...*, *op. cit.*, p. 55.

38 O.T. 863 y ss. Cf.: Guthrie, p. 77.

39 *Ion*, 442, Cf.: Guthrie, pp. 77 y 78.

mente designadas con el término de *no/mima*,⁴⁰ y que no eran sino las antiguas *qe/mistej*).

El uso posterior de *no&moi* es bastante significativo. Por *no&moi* entienden los griegos: “obra consciente de legisladores” (Solón, Dracón, Licurgo, Clístemnes). En un principio, legislar, aunque una actividad humana, al principio se consideraba inspirada por la divinidad. Era vieja creencia, sometida a intensa crítica en la época del Iluminismo Sofístico. Ciertamente, dice Guthrie:

no necesitamos suponer que cuando Pericles invitó a Protágoras a redactar la constitución para la nueva colonia de Turio, ambos hubieran creído, realmente, que Protágoras actuaría bajo inspiración divina.⁴¹

El tercer significado –el más extendido–⁴² de *no/moj* es “acuerdo entre los hombres”. Las *no/moi* son meras convenciones (*ai su&nqesiaí*, o bien *su&nqh/xai*); en este sentido, deben su existencia a un acuerdo de la comunidad.⁴³ Este carácter convencional no es incompatible con ser resultado de actividad legislativa consciente. En una conversación de Sócrates con el

sofista Hippias –refiere Xenofonte– se admite que *no&moi* son pactos (*su&nqesiaí*, o bien, *su&nqh/xai*) celebrados por los propios ciudadanos sobre lo que debe hacerse, los cuales pueden ser enmendados o derogados; no son por naturaleza.⁴⁴

No&moj no es algo que el hombre encuentra al develar el orden cósmico, sino que es *establecida* en la asamblea del pueblo mediante una decisión mayoritaria, adoptada después de confrontar opiniones contradictorias de los hombres.⁴⁵

VIII. *Fu/sij* vs. *no&moj*

El carácter predominantemente artificial y humano de *no&moj* planteaba el problema de la relatividad⁴⁶ o mutabilidad de las reglas de la vida social. Lo “justo” consiste en conformarse a las reglas de la *po&lij*, *i.e.* las antiguas *qe/mistej*. Esta situación sufre una seria variación con el advenimiento de *no&moj*; *di/kaion* significa, entonces, “conformidad con las leyes establecidas por la asamblea”. *Di/kh*, a partir de entonces, se sabe una cuestión de convención humana.⁴⁷ “Lo ‘lícito’ y lo justo son lo mismo”.⁴⁸ Deja de ser absoluta y necesaria; la diversidad de *po&leij* y *no/moi* demuestran lo contrario.

40 *Ibid.*, p. 77.

41 *Idem.*

42 Cf.: Pohlenz, M., “Anonimus peri\ no/mon”, en *Nachrichten der königlichen Gesellschaft der Wissenschaften*, Ph. hist. Klasse, Göttinga, 1924, pp. 19-37, citado por Guthrie, *op. cit.*, p. 75.

43 Cf.: Guthrie, pp. 76 y 78.

44 Xenophon, *Memo*, 4. 4.12 y ss; Cf.: 4.6.6.

45 *Vide*, Verdross, *La filosofía del...*, *op. cit.*, p. 32.

46 *Idem.*

47 Cf.: Guthrie, *op. cit.*, p. 111.

48 Sócrates en Xenophon, (*Memo*, 4. 4, 12-13). En este mismo sentido Lysias: *a)nqrw&poij prosh/kei no/mow? o(ri/sai to_ di/kaion*. *Vide*: Guthrie, *op. cit.*, p. 111.

Sobre este particular comenta W. Greenleaf:

Los viajes de descubrimiento revelaron numerosos sistemas diferentes de licitud y de moralidad, ninguna de las reglas [*i.e.* no/moi] era absolutamente rígida... A ninguna de [ellas]... tan infinitas en contenido como en diversidad, se podría atribuir una autoridad permanente... En este sentido se consideraban meramente relativas, habiendo nacido para enfrentar las necesidades de un pueblo en particular en un espacio y tiempo determinados.⁴⁹

Así, los patrones y pautas de moralidad y legalidad no pueden ser por naturaleza; sino son claros productos de la voluntad humana cambiante y relativa.

Eurípides, muerto en 411 a. de C. no cesó de marcar el carácter humano, provisional y convencional de las reglas de la vida social.⁵⁰

Lo justo o lo injusto –sostiene Arquelaos– no son por naturaleza, sino por la ley convencional.⁵¹

Se ve bien –dice Claude Mossé–, cómo pudo, entonces, nacer la idea de que la naturaleza tiene sus propias leyes, que no son las de la convivencia de los hombres,

las cuales son puras convenciones”.⁵² No&moj se opone, así, como obra convencional (o contractual) a la naturaleza.⁵³

Los términos fu&sij y no&moj son claves en el pensamiento griego. En autores antiguos dichos términos no eran necesariamente incompatibles, antitéticos; pero en la temática intelectual del siglo v, eran considerados opuestos y mutuamente excluyentes: “lo que existía por no&moj, no existía por fu&sij”;⁵⁴ *i.e.*, lo que existe kata_ no&mon (*i.e.*, jurídicamente), no existe kata_ fu&sei, “por naturaleza”. Esta oposición fue una concepción corriente en el siglo v. Así surgió la hipótesis de que frente a la legalidad de la naturaleza existía otra; precisamente establecida por no&moi. Esto se evidenció por la existencia de diferentes derechos positivos en diferentes po&leij; la manifiesta inconsistencia y variedad de no&moi era aplastante evidencia. El carácter convencional de no&moj se oponía a a)na&gkh (la necesidad) que rige la naturaleza.

El carácter artificial de no&moj es constantemente evidenciado por el pensamiento griego del siglo v. Así, por ejemplo, Antifón, dice: “La justicia [di<kaiosu/nh] consiste en no transgredir las leyes (no&moi) de la po&lij... las cuales son acuerdos

49 Greenleaf, W. H., *Order, Empiricism and Politics. Two Traditions of English Thought, 1500-1700*. Oxford, Oxford University Press, 1964, pp. 197-199, citado por Guthrie, *op. cit.*, p. 59.

50 Guthrie, *op. cit.*, p. 71.

51 Diógenes Laertio, *Filosoefwn bi/oi*, II, 16.

52 Mossé, Claude. *Histoire des doctrines ...*, *op. cit.*, p. 24.

53 Bréhier, Emile, *Histoire de la...*, *op. cit.*, p. 74.

54 Guthrie, *op. cit.*, p. 55.

artificiales, carecen de la ineluctabilidad ... natural”.⁵⁵

Igualmente, Aristófanes no deja de señalar su carácter arbitrario:⁵⁶ “la legislación no tiene nada que ver con la naturaleza, [aquella] es siempre artificial...”.⁵⁷ Los griegos, en cierto sentido, consideraron esta distinción como un triunfo de la razón.

En Grecia –comenta Ernest Barker– hubo en cualquier momento varias y diferentes *po/leij*, coexistiendo y en íntimo contacto. Los hombres, al ver tantas interpretaciones en uso, fueron forzados a plantearse el problema de la verdadera naturaleza de la *po/lij*.⁵⁸

IX. Homo mensura y el desvanecimiento de los dioses

Panton xremaetwn me/tron eOsti\n a!nqropoj, tw~n me\n o!ntwn w)j e!stin, tw~n de\ ou)k o!ntwn w)j ou)k e!stin

Protágoras de Abdera⁵⁹

55 Cf.: OP 1364, frag. 1 (*Papyrus Fragments*), 44A, Diels, Hermann. *Die Fragmente der...*, op. cit., p. 346. Cf.: Guthrie, op. cit., p. 108.

56 Cf.: Guthrie, p. 114.

57 Cf.: *Ibid.*, p. 115.

58 Barker, E., *Greek Political Theory*. Nueva York, Routledge-Taylor & Francis Group, 1918/2010, pp. 4-5.

59 Frag. 1, Diels, Hermann, *Die Fragmente der...*, op. cit., p. 263: “De todas las cosas el hombre es la medida; de las que son, por lo que son; de las que no son, por lo que no son”. La versión que doy en español sigue *mutatis mutandi* la versión alemana de Diels; la versión de Maria Timpanaro Cardini citada en G. Giannantoni (Ed.), *I presocratici*, op. cit., t. II, p. 891. Vide, Freeman, Kathleen, *Ancilla to the Pre-Socratic...*, op. cit., p. 125.

peri\ me\n qew=v ouek e!xw eiOde/nai, ou!q7aw)j eiOsiOn ouek ou!q7o(po!oi/ tinej iOde/an.

Protágoras de Abdera⁶⁰

Es importante señalar que estos problemas solo podían ser perceptibles dentro de un avanzado desarrollo cultural. Por supuesto, solo en el marco de un desarrollo espiritual acentuado es posible plantearse cuestiones sobre el comportamiento humano y la comunidad política. La irrupción del conocimiento científico (*episth/mh*) y su continua expansión fue el gran movimiento que preparó el humanismo del siglo v.

Cuando se supera la concepción mítica del mundo (y de la vida social se empezaron a sentir los beneficios de una ciencia de la cultura y conducta humanas. Las máximas ancestrales de conducta no fueron seriamente cuestionadas sino hasta que la antigua concepción de la naturaleza había sido superada.⁶¹

Con los sofistas se prosigue y, en cierto sentido, se consolida el movimiento intelectual⁶² que habría de expandir el mundo de la explicación racional a todas las áreas

60 Frag. 4, Diels, op. cit., t. II, p. 265: “Sobre los dioses no tengo la posibilidad de saber si existen o no existen, ni tampoco qué forma tienen, oponiéndose a esto muchas cosas: la obscuridad del tema y la brevedad de la vida humana”. La versión que doy en español sigue *mutatis mutandi* la versión inglesa de K. Freeman, op. cit., p. 126. Vide, Hermann. *Die Fragmente der...*, op. cit., la versión de Maria Timpanaro Cardini citado en Giannantoni, G., op. cit., t. II, p. 894.

61 Burnet, John, *Early Greek Philosophy*, p. 1.

62 Jaeger, Werner W., *Paideia, los ideales...*, op. cit., p. 263.

del saber (incluyendo las instituciones sociales, *e.g.*, no&moj). Con el movimiento sofisticado el logro de la racionalidad es prácticamente irreversible. La afirmación de la razón y voluntad humanas es formulada con plena conciencia: “De todas las cosas el hombre es la medida...”.⁶³ Con ello se da el primer humanismo y el primer relativismo jurídico filosófico de la historia occidental.

La raíz de esta doctrina [está contenido] en la conocida frase: *homo-mensura*, *i.e.*, la medida de todas las cosas la proporciona el conocimiento, la razón del hombre. El mundo es inteligible gracias a la razón y es la razón la que crea y modifica las instituciones sociales. Esta divisa comprende las decisiones políticas. Idea que está ratificada en otra frase que Platón atribuye a Protágoras:

En la medida en que una *po&lij* se considera justa y buena a un hombre, lo es... pero solo mientras el hombre [y los que le siguen] conserva esa opinión.⁶⁴

Con este argumento Protágoras expresó: que es la decisión del hombre la que determina cuál debe ser el contenido del derecho. El derecho es el resultado de las convenciones de los hombres y este derecho se mantendrá hasta en tanto no exista

una nueva convención que establezca una opinión distinta.⁶⁵

Con ello el establecimiento de reglas (*i.e.* de normas) queda desvinculado del orden natural. Desde entonces, el establecimiento, aplicación, sustitución, estimación o crítica de las reglas o normas sociales reclamaron una explicación autónoma: una ciencia de la *po&lij*. Esta ciencia habría de construirse con la ética y, posteriormente, con la jurisprudencia. “La ciencia de la *po&lij* es una ‘teoría del Estado’; pero, también... una teoría moral y una teoría jurídica”.⁶⁶

X. La asunción del “estado de naturaleza” y del “pacto social”

Un momento significativo es cuando los hombres “asumen” concepciones más plausibles y universales para dar cuenta del origen de las diversas y distintas comunidades humanas, haciendo abstracción de las diferentes culturas. Esta es la idea de un estado anárquico de naturaleza; hipotético pacto o convenio entre los hombres para limitar sus inclinaciones, apetitos o pasiones naturales y establecer un gobernante⁶⁷ que centralizara el uso legítimo de la fuerza.

65 Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho*, *op. cit.*, pp. 33-34.

66 Barker, Ernest, *Greek Political Theory*, *op. cit.*, p. 7.

67 Del latín *gubernare* y este del griego *kuberna&w*: guiar, conducir, diciendo qué hacer (Cf.: Liddell y Scott, *Greek-English Lexicon*, *op. cit.*, p. 1004).

63 *Loc. cit.*

64 Platón, *Theaetetus*, 166d.

En tiempos primigenios, de acuerdo con la teoría, los individuos nacieron dentro de un estado de naturaleza anárquico (cruel o no; pero anárquico), los cuales, *haciendo uso de la razón*, establecieron una sociedad y un gobierno por medio de la celebración de un hipotético pacto o contrato entre ellos.

Aunque ideas harto similares pueden, con claridad, remontarse hasta los sofistas y otros filósofos griegos, como ya vimos, las teorías más influyentes en la jurisprudencia y en la teoría política tuvieron su mayor presencia en los siglos xvii y xviii y están asociadas a los ingleses, Thomas Hobbes y John Locke y al ginebrino Jean-Jacques Rousseau. Lo que distingue a estas teorías era el propósito de entender la autoridad política sobre la base del interés individual y su “aceptación” racional.

Estas teorías, *inter alia*, se proponían demostrar que el gobierno organizado de una sociedad *civil*, el cual, sin duda era un estadio superior comparado con las serias desventajas de un hipotético estado de naturaleza, caracterizado por ausencia absoluta de gobierno y autoridad.⁶⁸

¿Qué significan los actos fuera de una comunidad? Nada. Pues bien, es necesario asumir ciertas hipótesis para pensar en un aparato semántico interpretativo *i.e.*, en “lector” del sentido de las conductas. De otra manera, ¿cómo habría “pecados”,

“delitos”, “bajezas”? Estas expresiones no tendrían significado sin un aparato semántico que así los califique; aparato semántico, que solo existe, si se presuponen ciertas premisas que lo hacen posible: asumir un Dios, un orden jurídico válido o una moral positiva.

Cabe subrayar que para que se adscriban significados a los actos humanos, primeramente tiene que haberlos. No existen pecados en sí, sino conductas pecadoras; tampoco delitos en sí, sino conductas ilícitas; en fin, no existe *mala in se*, sino solo *mala prohibita*. Existen solo los significados que los aparatos semánticos (míticos, religiosos o racionales) adscriben a tales conductas. Solo los actos humanos, pueden recibir, racionalmente, tales calificativos. No existen aves pecadoras, peces delincuentes, tampoco nematelmintos o anélidos que cometan bajezas o no cumplan sus promesas.

Es necesario tener presente que son únicamente los hechos los que reciben significados de esta índole (válido, lícito, legítimo, deudor, contumaz, *et sit cetera*). Un ejemplo contundente, harto común, es señalar que todo poder “legítimo”, para serlo tuvo que ser, primera y necesariamente, poder de *facto*. Así, todo orden jurídico convirtió ciertas prescripciones (o textos) en normas válidas conviniendo su observancia y aplicación. ¿Es eso difícil de entender?

68 “Social contrat (*Covenant*)”, en *Encyclopædia Britannica*, *op. cit.*

Individuos que participan de los mismos rituales y comparten el mismo credo, forman una e/kkhsi/a: todos son cófrades, hermanos; creen en un mismo panteón (así, los egipcios, sumerios, griegos, romanos) o en un solo Dios (hebreos, musulmanes). ¿No acaso es infinitamente más complicado imaginar entes metafísicos (*pancreatores*, omnipotentes, omniscientes y, peor aún, misericordiosos) dueños del universo, que en un simple postulado heurístico que dice “cuando ciertas prescripciones sean observadas y aplicadas (ejecutadas) se tendrá por derecho positivo todo el orden jurídico que propone”?

En el curso de las explicaciones que preceden se puede observar que el orden jurídico (su creación y funcionamiento) es una cuestión de hechos sociales: voliciones y actos humanos. Ahora bien, si en una determinada comunidad rige un conjunto de normas y si estas son establecidas por actos humanos, entonces, puede decirse, que las normas jurídicas de una comunidad son aquellas que, en última instancia, han sido convenidas, aceptadas por los miembros de la comunidad. Ciertamente, ‘convenir’ y ‘aceptar’ no son actos psíquicos, sino expresiones que significan “actos de los miembros de la comunidad que, por cualquier circunstancia que sea, observan o aplican el derecho”.

Puede ser por interiorizar el contenido del mandato o prescripción; simpatizar con el grupo dominante (haga lo que

haga); por creer en las bondades de su finalidad, por razones prudenciales (evitar la sanción) o cualesquiera otras. Quizás convienen o aceptan un orden jurídico porque las **únicas** alternativas serían derrocarlo, escapar de su ámbito de aplicación o, más fácil: suicidarse. Pero, siempre son ellos (no existen otros) quienes, en última instancia, convienen o aceptan el derecho que les rige.

En la base de cualquier orden jurídico positivo determinado se encuentra, así, una convención o aceptación, manifiesta solo en actos de conducta humana (actos de habla, conductas u omisiones). Son precisamente a la realización de estos hechos de conducta a los que llamamos “eficacia”. La ocurrencia de estos hechos es lo que hace que un *dictum* (*scriptum* o *non scriptum*) adquiera el significado de norma válida. Un ejemplo inobjetable es la validez dada a las prescripciones del primer acto constituyente. Estas no pueden ser jurídicamente válidas sino hasta que se aplican y solo porque se aplican.

Si esto es así, como es el caso, entonces la eficacia funciona no es solo como condición necesaria, sino, también, como condición suficiente de las normas jurídicas (*i.e.*, del derecho).

El hecho de pertenecer a una comunidad, y no a otra, implica “aceptar” (en el sentido aquí descrito) el orden jurídico de dicha comunidad. Esta pertenencia presupone la participación mayor o menor (aún

meramente pasiva) en el mantenimiento del derecho de esa comunidad. Tomando en consideración que todos los que pertenecen a una misma comunidad “aceptan” lo mismo, entonces puede decirse que “convienen” en aceptar un mismo orden jurídico (el cual se mantiene en razón de la realización de tales actos). Vuelvo a insistir que esta convención no es una comunión de voluntades psíquicas, la convención a la que me refiero es la convergencia de hechos de conducta humana que, por cualquier razón que sea, convienen en tener un mismo derecho.

XI. Los clásicos modernos

*Banwortung der Frage: was ist Aufklärung?*⁶⁹

Immanuel Kant

Traeré a colación algunos pasajes que no causan tanto estupor (salvo a las iglesias): las hipótesis heurísticas que explican el origen del Estado (*i.e.*, del derecho).

Kant en el recién mencionado es la respuesta a la pregunta “¿Qué es la Ilustración?”, que planteó el escéptico (o malévolo) clérigo Johann Friederich Zöllner, quien decía:

Esta pregunta sea tal vez tan importante como la pregunta: ¿qué es la verdad? [y] tiene que ser respondida antes que se

comience a Ilustrar y hasta el momento no he encontrado respuesta en ninguna parte.

La respuesta de Kant es contundente (dirigiéndose a la intención subliminar del clérigo), ilustración significa “la salida del hombre de la minoría de edad (*Unmündigkeit*)”. Tiene que emancipar. Esta emancipación se interpreta como autonomía para utilizar la mente asonar. Lo que es imposible conseguir con dejadez o cobardía, *Sapere aude*: ten la audacia de servirte tu propio entendimiento. Esta es la divisa de ilustración. La idea kantiana es no dejarte indocinar.⁷⁰

La ilustración fue un movimiento y un estado mental. El término, si bien representa una fe en la historia intelectual de Europa, sirve para designar programas de reforma; delinea objetivos específicos para criticismo y propuestas para la acción. La significación especial de la Ilustración radica en su combinación de principios y pragmatismo. Contrariamente a otros términos usados por los historiadores para describir un fenómeno que ven más claramente que sus contemporáneos. El término “Ilustración” fue usado y querido por todos aquellos que afirmaban el poder de la razón para liberar al hombre de creencias y *motos* indocinados. Revisando la experiencia, en 1784 (*Banwortung*

⁶⁹ Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración? en el Periódico *Berlinischen Monatsschrift*, 2, febrero 1784, pp. 481-494 dando respuesta a la pregunta que planteó el clérigo Johan Friedrick Zöllner: *was ist Aufklärung?* (¿Qué es la Ilustración?)

⁷⁰ Kant, Immanuel, disponible en http://de.wikipedia.org/wiki/Immanuel_Kant.

der Frage: was ist Aufklärung?), Immanuel Kant afirmaba que la emancipación de la superstición e ignorancia constituía la característica esencial de la Ilustración.⁷¹

Esta idea de la asunción de una convención o presuposición de un “pacto social” (*the covenant*) son significativas en la filosofía política de los modernos. Al respecto, dice Ernst Cassirer:

*Um zu einer wirklichen Wissenschaft vom Staate zu gelangen: dazu ist nichts anderes erforderlich, als die kompositive und resolutive Methode, wie Galilei sie in der Physik zur Geltung Gebracht hat, auf the Politik su übertragen.*⁷²

Para llegar a una ciencia efectiva del Estado no necesitamos más que del método compositivo y resolutivo que Galileo aplicó a la física y que ahora [i.e., en la Ilustración] se aplica a la política. También aquí, para lograr un entendimiento del todo, es necesario volver a los elementos, a las fuerzas que originalmente los juntaron y a las fuerzas que las mantienen unidas.⁷³

En efecto, los conceptos de estado de naturaleza y contrato social hobbesianos

son, más que acontecimiento históricos, funciones explicativas:

Es –dice Max Weber refiriéndose a la teoría de Hobbes– una utopía racional, un concepto límite puro e ideal. Su función es heurística y su valor se mide en la fecundidad de investigaciones y de las interpretaciones que hace posible. Esta descripción –concluye Weber– conviene, punto por punto, o casi, a la descripción de Hobbes.⁷⁴

Hobbes expresamente indica que nunca existió tal estado de naturaleza:

It may peradventure be thought, there was never such a time, nor conditions of warre as this; and I believe it was never generally so, over all the world... However, it may be perceived what maner of life there would be, where there were no common Power to fear... But though there has never been anytime, wherein particular men were in a condition of warre one against another...⁷⁵

71 Russell Richards, Geoffrey, “The Enlightenment” y “The Aufklärung” en *Europe, History of Encyclopædia Britannica*, op. cit.

72 *Die Philosophie der Aufklärung*, Hamburgo, Felix Meiner Verlag, 1932, p. 267.

73 Para la traducción sigo de cerca la versión de Eugenio Ímaz: *Filosofía de la Ilustración*, México, Fondo de Cultura Económica, 3.^a ed., 1972, 7.^a ri., 2008, p. 283.

74 *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, pp. 190 y ss., citado por Polin, R., *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, París, Presses Universitaires de France, 1953, p. 89).

75 Traduzco: “Puede por ventura ser pensado que no hubo tal tiempo, ni condiciones de guerra como este; y pienso que en general nunca fue así en todo el mundo... Sin embargo, puede ser percibido qué forma de vida sería donde no hubiera un Poder común que temer... Sin embargo, aunque nunca hubo en ningún tiempo en que [el] hombre particular estuviera en condiciones de guerra” (Thomas Hobbes of Malmesbury. *Leviathan. Or the Matter, Forme & Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, Part. I, Cap. XIII: Of the natural condition of mankind, as con-

Este estado de rivalidad, de lucha y de miedo es interrumpido por el contrato –the covenant–, que substituye el mecanismo natural por un *mecanismo social artificial*. Pero no es el contrato mismo el que interesa a Hobbes, sino la consecuencia que de él se desprende. Producto de un cálculo analítico, el contrato resuelve un problema conceptual; no soluciona una situación histórica. El contrato (the covenant) revela el principio del Estado; no su origen histórico. Hobbes lo funda en la razón y no en los hechos... El contrato social aparece así... como el fundamento mismo de la edificación de todo Estado civil.⁷⁶

El contrato social de Rousseau tiene la misma función explicativa que el covenant de Hobbes. El contrato del que habla Rousseau:

[pone fin a un] estado que no existe más, que posiblemente nunca existió y que probablemente no existirá jamás, pero del cual es necesario tener una idea precisa para formarse una idea de nuestro presente estado.⁷⁷

Rousseau se sirve del estado de naturaleza y del contrato social como criterios o esquemas de interpretación y es ahí donde reside el valor metodológico de la doctrina:

cerning their felicity, and misery, Cap. XIII: Sec. The incommunities of such a War, Parts. 3-4).

76 Polin, *Politique et Philosophie...*, op. cit., p. 93.

77 Cf. Rousseau, Jean Jacques. *Discours sur l'inégalité* [Preface] de Rousseau. Œuvres complètes, Paris, Aux Éditions du Seuil, 1967 (Collection l'intégral).

na: no es necesario –dice Rousseau– hacer caso de las investigaciones con las cuales se puede entrar en materia sobre el asunto, por medio de las verdades históricas: valgámonos solamente de razonamientos hipotéticos y condicionales.⁷⁸

En otro lugar dice:

Existe, pues, la necesidad lógica de un contrato social, la “necesidad de retroceder a una convención primitiva”.⁷⁹

El estado de naturaleza y el contrato originario constituyen, en Immanuel Kant, el camino hipotético que va a conducirnos al “Estado civil” y al derecho positivo. Al respecto, Kant insiste, particularmente, sobre el hecho de que el estado de naturaleza no es una conclusión desprendida de la historia. No es la historia la que nos ha enseñado que, antes de la aparición de un poder legislativo externo, los hombres no conocen otra máxima [más] que la violencia, sino que resulta *a priori*, de la idea racional de un Estado que no es lícito, sino hasta el establecimiento de un Estado jurídico.⁸⁰

78 Cf. *Idem* (sección que se encuentra entre el Preface y la primera parte).

79 Vide Rousseau, Jean Jacques, *Contrato social*, libro I, capítulos V y VI.

80 Cf. Kant, Immanuel. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, en Kant, Mikes International 2001-2005, en línea http://www.federatio.Org/mi_bibli/BartokGyorgy_Kant.pdf, II, 1. 2. *Staat und Illegalität*. Reimpresión de la edición de Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1797. Existe versión en línea en español: *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, II, 1.^a secc. 2: Estado de ilegalidad. http://www.librosdehumanidades.net/html_bura/ficha/arams/title/principiosmetafisicosdeladoctrinadelderecho.

La hipótesis del “estado de naturaleza” tiene por única misión hacernos comprender la posibilidad de una voluntad común que no se cumple más que como voluntad estatal,⁸¹ “todo Estado debe ser considerado como si estuviera deducido de un contrato original”.⁸²

Pues bien, la presunción de la *Grundnorm*, presunción condicionada por los actos de observancia y aplicación (ejecución) de lo prescrito por el “constituyente”, responde *mutatis mutandi* al concepto romano de una *publica sponsio* o de un contrato social como fundamento del Estado. “En el fondo –dice Kelsen– se trata de la misma necesidad teórica que permite comprender como relaciones jurídicas una serie de situaciones fácticas. [...] En último término, toda integración social no es posible sino en virtud de un compromiso”.⁸³

Esta convención permite determinar cuál es el órgano que constituye; determinación que puede ser descrita por la siguiente fórmula:

x es Rex (primer legislador,
órgano constituyente)

81 *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Die Objectivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, pp. 190 y ss., citado por Polin, R., *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, París, Presses Universitaires de France, 1953, p. 89, núm. 1).

82 Kant, Immanuel. *Rechtsphilosophie Reflexionen, Handschriftlicher Nachlas*, núm. 7641, p. 568, citado por Vlachos, A., *La pensée politique de Kant*, París, Presses Universitaires de France, 1962, p. 329.

83 Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, pp. 250 y 324; *id.*, *Teoría general del Estado, op. cit.*, pp. 327 y 413.

si, y solo si, x es habitualmente
obedecido⁸⁴

En otras palabras: los actos de x son los actos constituyentes de un orden jurídico siempre que las prescripciones que establece sean habitualmente obedecidas (*i.e.*, sean eficaces).

XII. La policitación⁸⁵ de determinado orden jurídico

Todo acto que prescribe pretende ser obedecido. Cuando estas prescripciones son establecidas, sus autores esperan que lo que ordenan, prohíben y permiten sea obedecido (*i.e.*, observado y aplicado). Ahora bien, si los actos que prescriben esperan ser seguidos u obedecidos, entonces estos actos proponen el establecimiento de un determinado derecho; proponen el establecimiento de un específico orden jurídico. Detrás de todo acto que prescribe, existe la propuesta de un específico derecho.

84 Esta formulación debe mucho al concepto de soberano de John Austin (*vide, The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970, reimpresión de la edición póstuma: Londres, Dumond, 1861, p. 169. The Uses of the Study of Jurisprudence, en *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Hart (Intr.), Indianapolis, Hackett Publishing Company, Inc., 1998, reimpresión de la edición de Weidenfeld & Nicholson, Londres, 1954/1971, pp. 370-371). Para una breve explicación de la doctrina de John Austin, *vide*, capítulo IV, “Teoría del derecho de John Austin” de mi libro *Juris Prudentia: More geométrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, México, Fontamara, 2013, pp. 115-141.

85 Del latín *policitatio(onis)*: Promesa que no ha sido aceptada todavía. Cf.: *Diccionario de la lengua española*, edición digital, 2014.

Esta propuesta produce una disyunción inescapable, que puede mostrarse así:

$$[D_0] \downarrow Pi [Di]$$

Donde D_0 nombra el *statu quo* (cualquier momento de un orden jurídico o, bien, el momento jurídico “cero”); Pi , el acto que propone cierto derecho; lo que se encuentra entre los corchetes, Di , indica el contenido de la propuesta, *i.e.*, un nuevo derecho así propuesto.

Esta expresión gráfica se lee: ‘preservar el *statu quo*, comportándose como hasta entonces: (jurídicamente: D_0) o, bien, comportándose como prescribe Di , el derecho propuesto por Pi , substituyendo el derecho hasta entonces existente.⁸⁶

A este respecto es importante señalar que la propuesta que contiene Di no necesita presentarse de manera explícita, es decir, hecha de manera a informar o convencer. Esta propuesta puede ser explícita o implícita, brusca o imperceptible, violenta o pacífica, *et sit cetera*; pero siempre es un acto que propone establecer un nuevo derecho.

¿A quiénes se dirige esa propuesta? La pregunta no tiene más que una respuesta: se dirige a todos aquellos cuya conducta puede observarla o aplicarla (ejecutarla), *i.e.*, todos aquellos que se encuentren dentro de sus ámbitos de aplicación. Son ellos

⁸⁶ La sustitución de D_0 por Di es resultado de que, por definición, Di es diferente de D_0 ; son disyuntos recíprocamente excluyentes.

los que decidirán, comportándose de conformidad, si establecen el orden jurídico contenido en Di .⁸⁷ En suma, la propuesta es dirigida a aquellos que pueden establecer el orden jurídico propuesto.

La disyunción:

$$[D_0] \downarrow Pi [Di]$$

tiene que resolverse.⁸⁸ Su solución corresponde a todos sus destinatarios. ¿Cómo se manifiesta la aceptación de los destinatarios? A través de su conducta; la cual no puede ser sino consuetudo (*i.e.*, constituyen los actos jurídico-creadores de derecho consuetudinario).

Esta propuesta puede venir de grupos más o menos informes, ser dispersos o heterogéneos; provenir de la creencia de una profecía, o bien, de las arengas de un líder; pero siempre ser el segundo disyunto que presupone una innovación anarco derogante.

Toda creación o innovación jurídica se inicia, siempre y necesariamente, con la propuesta de un determinado derecho (*i.e.*, de un cierto derecho). Sin embargo, para crear o innovar jurídicamente no basta con proponer, es necesario que la propuesta sea aceptada para que la crea-

⁸⁷ En un sentido más restringido podría decirse que la propuesta se dirige inmediatamente a aquellos que se encuentran en posición de aplicarla.

⁸⁸ Puede, sin embargo, darse una situación anómala (no del todo conforme a la lógica proposicional) consistente en la secesión de la comunidad, unos manteniendo el *statu quo*; otros, adoptando la nueva juridicidad, *i.e.*, el nuevo derecho (como en el caso de secesión de estados).

ción (total o parcial); es necesario hacerla eficaz. Todos los miembros de la comunidad (y los no miembros): conquistador, usurpador, un tratado de paz (armisticio) impuesto por el enemigo, o bien un órgano de la comunidad internacional, pueden proponer; pero solo los destinatarios pueden hacer efectiva tal propuesta (sea por convencimiento, por conveniencia o por la fuerza).

Dicha convención no es un consenso de voluntades psíquicas, sino una hipótesis que nos permite explicar la creación jurídica.⁸⁹ Una heurística asunción que nos

89 Pero, permítaseme insistir que este “querer” o “aceptación” del individuo no alude a una voluntad psíquica. Esta aceptación, no es más que el resultado del condicionamiento sucesivo de los eventos jurídicos en virtud del cual se aceptan los actos condicionantes si se realizan los actos de aplicación que aquellos condicionan. La aceptación ficta que explica la creación convencional del orden jurídico, no tiene nada que ver con el querer causal, compuesto de instintos, apetitos y deseos. Voluntad psíquica y voluntad jurídica significan 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 lógico”. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Wisconsin, Scientia, 1911, p. xliii; *Vide etiam, Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, México, Porrúa, 1987, p. xliii. La voluntad jurídica puede coincidir con el querer psíquico, pero, también, puede estar en franca contradicción con él. El querer jurídico es tan diferente del querer psíquico que, por un lado, se puede deber sin querer lo debido, es decir, sin desearlo psíquicamente, y, por otro lado, se puede querer sin que lo querido sea normativamente debido, “Ich kann sollen, ohne das Gesolte zu wollen, d.h. zu meinen swecke zu machen, und ich kann wollen ohne das sollen” (Kelsen, *Hauptprobleme der...*, op. cit., p. 65; id., *Problemas capitales de...*, op. cit., p. 55).

permite explicar un conjunto de comportamientos humanos como actos de creación y aplicación del derecho positivo. Por convención entiendo el 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, en este contexto, significa obediencia habitual (para usar palabras de John Austin):⁹⁰ actos de aplicación cuya realización (por la razón que sea) hacen que *x* se convierta en *rex* (primer legislador del sistema, *i.e.*, en el constituyente) si es el acto que establece un orden jurídico, o sustituye uno anterior. Puede darse el caso que tal propuesta sea hecha por el propio *rex*. En cuyo caso puede proponer un cambio total o un cambio parcial del sistema ya sea por vía regular o por vía irregular.

Puede suceder que alguien acepte un cierto sistema de normas jurídicas realizando los actos de aplicación y deseárselos psíquicamente. Algún otro, a consecuencia de haber realizado actos de aplicación, acepta el mismo sistema de normas, sin que este orden jurídico haya sido jamás objeto de su preocupación. De la misma forma, puede ocurrir que alguien realice actos de aplicación y, sin embargo, no simpatizar en nada con tal derecho. La pertenencia a una determinada comunidad puede constituir para los individuos motivo de orgullo, de satisfacción, de indiferencia, de resignación, de indignación, de odio; pero el hecho de realizar los actos jurídicos que aplican las normas del sistema, es el *momentum* (o *momenta*) en que se acepta, el orden jurídico que aplica.

90 Austin, *The province of Jurisprudence Determined*, para esta cita manejo la edición de Hart: *The province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Indianapolis, Hackett Publishing Co. Inc. 1998, reimpresión de la edición de Weidenfeld and Nicholson, Londres, (1954) 1971, p. 194.

Si los miembros de la comunidad aceptan la propuesta de x , los actos de x se convierten en actos de Rex_1 . De esta manera los miembros de una comunidad establecen convencionalmente su derecho.

XIII. El carácter consuetudinario del procedimiento

De todas la propuestas posibles solo una se convertirá en el acto originario del orden jurídico de dicha comunidad.⁹¹ Es posible que tal disyunto sea aplicado por un grupo importante de destinatarios y rechazado por otros, de forma duradera. Estos casos son casos de secesión. En el proceso mediante el cual rex se convierte en el constituyente, no existe legislación que prescriba que x es rex; este procedimiento, simplemente otorga el carácter de acto jurídico creador a un individuo cuando es habitualmente obedecido.

Ahora bien, observando con atención este procedimiento uno se percata que encaja perfectamente en la descripción del procedimiento consuetudinario. El elemento material se compone de los actos humanos que constituyen la aceptación convencional, *conditio sine qua non* de la creación consuetudinaria. El hábito de

⁹¹ Es indispensable subrayar que con la creación convencional de los sistemas de normas jurídicas no pretendo justificar un determinado procedimiento de creación y reprobar otros. La convención, repito, es simplemente la hipótesis que nos permite explicar el establecimiento del órgano constituyente de un orden jurídico y de su creación sucesiva (*Vide, Sobre el sistema jurídico y su creación, México, UNAM, p. 28*).

obediencia reiterado, por la mayor parte de la comunidad establece una pauta de conducta, cuyo desvío provoca una reacción hostil por parte de los miembros del grupo (aplicada por ellos o por las instancias establecidas para tal efecto). Esta norma consuetudinaria creada por la obediencia habitual hacia x , quien puede mantenerse como Rex_0 o convertirse en Rex_1 o, si fuera el caso, en Rex_2 o en Rex_n . Esto puede formularse simplemente como sigue:

$$(\exists P_i) \text{ y si los } Or_{(s)} \approx P_i \Rightarrow N_C [D_i]^{92}$$

Esquema que se lee: existe una propuesta jurídica P_i y si los $Or_{(s)}$ (incluyendo órganos y particulares) $\approx P_i$ observan o aplican P_i , entonces se crea la norma consuetudinaria N_C que establece D_i .

De lo anterior se sigue que la propuesta P_i se convierte en a_1 (el acto constituyente) y D_i , en n_1 , en la(s) primera(s) norma(s) de una cadena de facultamientos sucesivos.

Si damos por hecho los actos consuetudinarios de creación tendríamos lo siguiente:

$$N_C [D_i]$$

Expresión simbólica se lee: “existe una norma consuetudinaria que establece: $[D_i]$. Lo que equivale deónticamente a ‘compórtense como prescribe Rex (*i.e.* el primer constituyente)’”.

⁹² Como no puede haber ningún equívoco, puede eliminarse el operador existencial ($\exists N_C$) como se ha hecho anteriormente.

Esta aceptación convencional que acepta una propuesta realiza *mutatis mutandi* el concepto de obediencia habitual de John Austin; *mutatis mutandi*, la Grundnorm de Kelsen; *mutatis mutandi*, la “regla de reconocimiento” de Hart. Todas estas tesis suponen necesariamente actos humanos que hacen eficaz el sistema que el “constituyente” propone.

Esta norma consuetudinaria tiene, para usar la terminología de Walter Heinrich, una función delegante.⁹³ En efecto, dicha norma consuetudinaria no tiene más función que habilitar o facultar (en el caso convertir) las “propuestas normativas” de un individuo (o grupo de individuos) en normas jurídicas válidas (*e.g.*, n_1). Es mediante este procedimiento consuetudinario que los actos de x se convierten en el primer acto constituyente del orden jurídico. De la misma forma, se designa o, más claramente, se faculta al órgano constituyente. Para mostrar un ejemplo, permítaseme colapsar la historia y recomponer (lo menos posible) los hechos.

93 “Man hat vielmehr drei in ihrer struktur sehr verschjedense Relationen zwischen Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht auseinander zu halten, die wir als delegierendes... Gewohnheitsrech”. Heinrich, Walter, “Zur Problematik des Gewohnheitsrechts”, en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Francois GénY. Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, París, Librairie du Recueil Sirey, s/a, t. II, p. 292.

XIV. Cuasi historia

Como señalé anteriormente a finales del siglo VII se presentaron en Grecia ciertas condiciones que dieron origen al gran movimiento de colonización. La moneda hace su aparición, la división del trabajo entre la ciudad y el campo.

Es posible pensar que la falta de tierras y el régimen de las hipotecas obligó a un grupo de labriegos y pastores de Etolia, a establecerse en tierras de Anatolia (Asia Menor). El problema que se plantea a los *oi)kistai/* (fundadores, colonizadores) es que entre ellos, como señalé en segmento anterior, no se encuentra, ningún individuo que, por estirpe o renombre, depositario de las *qe/mistej*.⁹⁴ No había nadie que tuviera alguna característica que lo habilitara para mandar sobre los demás: se encontraban todos en estado de igualdad (*isonommi/a*).

Ahora bien, si como es el caso, varias *po&leij* fueron fundadas, entre las cuales bien puede estar a la que nos referimos ¿cómo hicieron los *oi)kistai/* para establecer sus normas e instituciones? Denominemos al momento en que se encuentran los *oi)kistai/*: “momento cero” (*i.e.*, D_0), en el cual no hay normas ni autoridades, (situación que bien puede satisfacer las hipótesis conocidas como “estado de natu-

94 *Vide supra*, *Teogonía. Vide etiam*, El excursus. La jurisprudencia griega en mi libro *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Themis, 1998, pp. 431-449.

raleza” de Hobbes⁹⁵ o de Rousseau,⁹⁶ o bien, el primer día de la creación en Bentham.⁹⁷

Pensemos ahora en la solución más sencilla. Imaginemos que entre ellos existe un individuo llamado Agelaos que pretende mandar sobre los demás. Así, Agelaos, dirigiéndose a sus coterráneos, dice “etólidas compórtense: D_a ”; aquí es claro que D_a representa lo que Agelaos quiere de los etólidas). Esta situación plantea a los etólidas la siguiente alternativa:

$$[D_0] \downarrow P_a [D_a]$$

mantener el momento jurídico cero o, bien, seguir la conducirse conforme propone de Agelaos (*i.e.*, P_a). Si los etólidas ignoran a Agelaos y mantienen la situación jurídica cero, entonces no se produce ninguna innovación jurídica.

Pero, si por lo contrario, los etólidas obedecen a Agelaos, observando y aplicando (ejecutando) P_a , dando origen al orden jurídico D_a , entonces, *eo ipso*, los etólidas “asumen” (aunque no lo expliciten) un presupuesto heurístico ineludible:

“hay que comportarse como lo prescribe Agelaos”.

95 *Vide supra*, Hobbes.

96 *Vide supra*, Rousseau.

97 Cf.: *Of Laws in General* (Ed. Hart), *op. cit.* Apareció nueva edición de esta obra de Bentham: *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, editado por Philipp Schofield. Edición traducida al español: *De los límites de la rama penal de la jurisprudencia* (tr. Rolando Tamayo), México, UNAM, 2016.

En este último supuesto, la propuesta de Agelaos se convierte en el primer acto del orden jurídico D_a (*i.e.*, en a_1). La investidura de Agelaos no sería sino una instancia de la fórmula “ x es Rex (primer legislador, ‘constituyente’) si, y solo si x (en el caso, Agelaos) es habitualmente obedecido”.

Ciertamente, el problema que pudieron enfrentar lo etólidas pudo haber sido más complicado. Supongamos que no es solo Agelaos quien propone el establecimiento de cierto derecho, sino que, además, Épafos dice: “Etólidas compórtense D_e ” y, a su vez, Klimene dice: “etólidas compórtense D_k ” y, en fin, Meleagro dice: “etólidas compórtense D_m ” (Sin olvidar que puede haber etólidas que se comporten, o quieran comportarse D_0). Esta situación plantea a los etólidos una alternativa del orden siguiente:

$$((([D_0]] \downarrow P_a [D_a]] \downarrow P_e [D_e]] \downarrow P_k [D_k]] \downarrow P_m [D_m]])$$

mantener el momento D_0 (cero) o, bien, seguir la normatividad D_a , propuesta por Agelaos; o la normatividad D_e , propuesta por Épafos; o la normatividad D_k , propuesta por Klimene, o bien, seguir la normatividad D_m , propuesta por Meleagro.

Si asumimos que los etólidas establecen una comunidad política llamada “Etoliópolis”, entonces alguno de los individuos mencionados, solo uno, será el primer legislador, y solo uno de los derechos propuestos, su derecho positivo. De entre Age-

laos, Épafos, Klimene y Meleagro, ¿quién deviene en primer legislador de Etolíópolis? Aquel que es habitualmente obedecido por los etólidas.

Supongamos que, por el contrario, los etólidas actúan D_k , “comportándose como prescribe la propuesta de Klimene, entonces, *eo ipso*, los etólidas asumen un presupuesto ineludible: ‘hay que comportarse como lo prescribe Klimene’. En este último supuesto, la propuesta de Klimene se convierte en el primer acto (a_1) del orden jurídico D_k .

Pensemos ahora en un orden jurídico cualquiera, el cual se compone de una constitución legislada de diversos tipos, tratados, reglamentos, precedentes, etcétera. ¿Qué ocurre cuando la propuesta contenida, en una constitución legislada o en cualquier instrumento deja de ser seguida por actos que la apliquen u obedezcan? La respuesta es simplemente, no se crea el orden jurídico propuesto en ese instrumento.

Cabe señalar que el “momento cero” puede representarse en cualquier orden jurídico momentáneo de un orden jurídico positivo.

XV. Creación regular o irregular

a. El mantenimiento de D_1

Establecida la norma consuetudinaria N_c : “compórtense como prescribe Rex”, sus prescripciones se convierten en los actos constituyentes del orden jurídico. Ahora

bien, los actos que aplican o se conforman a D_0 (un orden jurídico en cualquier momento), en tanto aplican u observan lo prescrito en D_0 proporciona, así, el criterio que nos permite determinar qué actos son “regulares” y qué actos no. De esto se sigue que todos los actos que se produzcan de conformidad con el procedimiento previsto, serán actos jurídicos “regulares” y, por consiguiente, entidades de un determinado orden jurídico:⁹⁸ el orden jurídico fundado por Rex.

Al igual que el establecimiento de N_1 , su mantenimiento es producto de un procedimiento de creación jurídica que ignora la legislación. En efecto, el mantenimiento de N_1 es producto de un procedimiento consuetudinario, cuyos elementos y resultados son exactamente los mismos que he descrito anteriormente. Podría decirse que es el mismo procedimiento: Mientras Rex sea habitualmente obedecido: que N_1 sea mayormente eficaz, el orden jurídico de la comunidad será el que Rex estableció; de la misma forma, la base del sistema es una “costumbre delegante” que prescribe, “compórtense como lo ordena Rex”.

98 Es importante señalar que los sistemas jurídicos contienen –lo reconozcan o no– criterios de identidad que nos permiten identificar como entidades del sistema a los actos anulables: aquellos actos que son, provisionalmente, entidades del sistema mientras son sustituidos por actos regulares no anulables. Existe pues, en todo sistema jurídico una pertenencia provisional para ese género de actos. Sobre este respecto, *vide*, Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la constitución” (La justicia constitucional), pp. 484-485 (*Anuario*).

b. La substitución de N_1

La interrupción de la aplicación prevista origina lo que comúnmente se ha llamado “irregularidad”. Son actos irregulares aquellos que no se conforman con lo establecido o prescrito en el sistema jurídico previsto (en última instancia, por el primer acto condicionante del sistema, esto es por A_1). Por tanto, los actos irregulares, al no conformarse con lo que N_1 dispone, no pertenecen al sistema del cual N_1 es su fundamento.

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. El verdadero problema de la irregularidad consiste en explicar de qué manera los actos irregulares (actos *contra legem*, *desuetudo*, *insurrección*, *et sit cetera*) pueden llegar a sustituir, total o parcialmente, el orden jurídico considerando.⁹⁹ Esto es, ver de

⁹⁹ La determinación de la conformidad o inconformidad de un acto con las normas jurídicas que le preceden 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 con las normas que lo regulan y la regularidad o irregularidad que resulta del procedimiento de control de regularidad, en donde un acto *prima facie* regular, puede ser declarado irregular por decisión del órgano de control. El procedimiento de control, al declarar regular o irregular un cierto acto, puede llegar a modificar el sistema jurídico previsto (Cf. *Sobre el sistema jurídico y su creación*, *op. cit.*, p. 102).

Ciertamente, la substitución irregular no constituye la única forma de substitución del sistema jurídi-

qué manera la propuesta contenida en los actos irregulares puede llegar a modificar la normalidad existente.

Pensamos en un momento cualquiera de un orden jurídico establecido e imaginemos cualquier acto jurídico irregular que pretende establecer una normatividad diferente. Ahora bien, todo comportamiento jurídicamente irregular plantea a los destinatarios del orden jurídico (al igual que en el caso anterior) una disyuntiva del tipo siguiente:

$$D_1 \downarrow P^* [D^*]$$

Mantener el orden jurídico D_1 o bien adherirse a la propuesta P^* de establecer el orden jurídico D^* .

La propuesta P^* es un acto irregular, porque no sigue lo prescrito por D_1 para modificar el orden jurídico. La propuesta P^* es un acto *anarco derogante* que busca ser seguido con objeto de instalar D^* , un orden jurídico diferente.

No obstante el lugar que pretenda ocupar en el condicionamiento sucesivo, e independientemente del mayor o menor número de elementos que puedan llegar acompañarlo, el comportamiento irregular constituye una propuesta de una nueva normatividad que busca ser seguida o continuada. Tal propuesta, en cierto

co. Por el contrario, el sistema busca, en gran medida, que sus cambios se produzcan regularmente mediante procedimientos previstos de creación jurídica.

modo, niega o contradice, parcial o totalmente, la normatividad existente.

La disyunción que plantea el acto jurídico novedoso tiene que resolverse. Esta solución corresponde a los miembros de la comunidad.¹⁰⁰ 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, establecido el orden jurídico de cualquiera de las propuestas.

Imaginemos que a N_1 (conjunto de prescripciones de Rex) se opone un conjunto de prescripciones irregulares, –queridos por un grupo de individuos–. De esta forma, los destinatarios del orden jurídico enfrentan la disyunción referida que habrán de resolver con su comportamiento.

Esto es, aplicar u observar lo dispuesto por D_1 , rechazando la normatividad propuesta por P^* , o bien, obedecer o aplicar P^* substituyendo parcial o totalmente el orden jurídico establecido.

¿Qué ocurre con la propuesta rechazada? Esta pierde o no adquiere –según el caso– el carácter de norma de un orden jurídico positivo.

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, insisto, aceptan (hacen posible) una normatividad y no otra. Los destinatarios, al continuar y establecer la normatividad propuesta en un cierto orden jurídico, quieren o aceptan esa normatividad y no otra. Ahora bien, si los destinatarios quieren lo mismo; es decir, si aplican los mismos actos, entonces puede afirmarse que convienen en establecer un cierto orden jurídico. Es esto lo que, a mi juicio, debe entenderse como el carácter convencional de la creación jurídica.

c. El caso de México

Lo anterior puede perfectamente verificarse con cualquier sustitución 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 y los asesinatos del presidente Madero y del vicepresidente Pino Suárez. Caso analizado detalladamente por Ulises Schmill, de quien tomó las siguientes líneas. Primeramente, Schmill transcribe acertadamente la sucinta descripción de Charles Cumberland:

De acuerdo con la Constitución [de 1857], las renuncias del presidente y del vicepresidente dejaban como sucesor al ministro de Relaciones Exteriores, Pedro Lascuráin; pero este debía asumir el cargo y rendir la protesta de rigor ante

¹⁰⁰ Ciertamente, puede darse el caso de que algunos destinatarios sigan N_1 [a] y que otros sigan P^* produciendo dos órdenes jurídicos diferentes; tal podría ser el caso de una secesión triunfante, de una guerra de independencia, etcétera.

la Cámara de Diputados. En este punto se cifra el problema de la legalidad de Huerta, aún en el caso en que la renuncia de Madero se acepte como válida. En cuanto la Cámara acepto las renunciaciones, muchos de sus miembros abandonaron el recinto: es sudoso que hubiera el quórum requerido para escuchar la protesta de Lascuráin como presidente. Al cabo de unos minutos, Lascuráin nombró a Huerta Ministro de Gobernación y en seguida renunció. Para ser legales, cada uno de estos pasos debió ser aprobado por la Cámara de Diputados, pero conforme esas acciones se sucedían, el número de diputados disminuía. Aún sobre bases legales técnicas, el gobierno de Huerta fue un gobierno ilegal.¹⁰¹

A continuación, Ulises Schmill comenta, transcribo:

El 18 de febrero de 1913 el general Victoriano Huerta envía a todos los gobernadores de los Estados locales de la República el siguiente escueto telegrama:

“Autorizado por el Senado he asumido el Poder Ejecutivo, estando el presidente y su gabinete bajo arresto”.

101 Cumberland, Charles, *La Revolución mexicana. Los años constitucionalistas*, México, Fondo de Cultura económica, 1992, pp. 24-25. Tomado de la transcripción que hace Schmill en su libro *Las revoluciones. Teoría jurídica y consideraciones sociológicas*, Madrid, Trotta, 2009 (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho), p. 35.

Algunos gobernadores otorgaron inmediatamente su reconocimiento a Huerta, otros guardaron prudente y temeroso silencio y solo uno, el de Coahuila, Venustiano Carranza, adoptó una actitud de completo rechazo. El 18 de febrero de 1913, Venustiano Carranza, en su calidad de gobernador del Estado de Coahuila, dirigió una circular a todos los funcionarios de la Federación y de los Estados, en la que daba a conocer sucintamente los motivos que lo llevaron a realizar el acto de invalidación del nombramiento de V. [sic] Huerta como presidente...¹⁰²

Después de transcribir el contenido de la circular, Schmill señala que “a iniciativa de Venustiano Carranza, el XXII Congreso del Estado, Libre, Independiente y Soberano de Coahuila emitió el Decreto 1421” de dos artículos que transcribe:

Artículo 1.º Se desconoce al general Victoriano Huerta en su carácter de Jefe del Poder Ejecutivo de la República, que dice él le fue conferido por el Senado y se desconocen también todos los actos y disposiciones que dicte con ese carácter.

Artículo 2.º Se conceden facultades extraordinarias al Ejecutivo del Estado en todos los ramos de la administración Pública, para que suprima lo que crea conveniente y proceda a armar fuerzas para

102 Schmill, Ulises, *op. ul. cit.*, pp. 35-36.

coadyuvar al sostenimiento del orden constitucional de la República.¹⁰³

Como puede observarse la XXII Legislatura del Estado de Coahuila (entidad federativa), emitió el Decreto Número 1421 por el cual, primeramente, desconoce el nombramiento del presidente de la República y, acto seguido, concede facultades extraordinarias al jefe del Ejecutivo del Estado con el propósito de “armar fuerzas para coadyuvar al sostenimiento del orden constitucional de la República”.

De acuerdo a la constitución entonces vigente, no corresponde a ninguna entidad federativa el control de la constitucionalidad de los actos de órganos federales. Tampoco tienen facultades para levantar un ejército (“armar fuerzas”) para deponer a un presidente cuya designación considere irregular.

Analizando con atención el acto realizado por la XXII Legislatura del Estado de Coahuila, se tiene que convenir que es un acto “irregular” (no puede referirse a ninguna norma positiva anterior, salvo a la norma del derecho internacional que establece el principio de eficacia).¹⁰⁴ Dicho acto

irregular, que pretende convertirse en el primer acto de un nuevo orden jurídico: es un acto revolucionario.¹⁰⁵ En efecto, como es de explorado derecho, la Constitución de 1857, no facultaba 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 de Coahuila, así como los actos de Venustiano Carranza, son actos irregulares (no aplican ni observan ninguna disposición local o federal del orden jurídico entonces existente); son actos revolucionarios en la medida en que pretenden sustituir, por vía irregular, el orden jurídico existente con objeto de instalar uno nuevo; el orden provisional revolucionario; orden que va desde la emisión del Decreto 1421 mencionado, hasta la promulgación de la Constitución vigente el 1.º de mayo de 1917.

[se individualiza]; ello nos permite afirmar que el acto de instauración de un orden efectivo es un acto creador de normas... La consideración de que un conjunto de normas forman un orden [jurídico] se encuentra basada en la observación empírica que se individualiza [se aplica] o –concluye Schmill– lo que es lo mismo, que es eficaz”. *Las revoluciones. Teoría jurídica y consideraciones sociológicas*, op. cit., pp. 34, 37 y 38 (los corchetes y el énfasis son míos); *vide etiam*, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Manuel Porrúa, 1971, pp. 68 y ss.

Este argumento de Schmill sirve para confirmar el hecho de que la eficacia funciona no solo como condición necesaria, también suficiente de la validez. En la medida que hay “actos subsecuentes” hay eficacia. Existe aquí –como dice Schmill– “una lógica irrefragable”.

105 En el primer acto del orden jurídico reducido y provisional de la revolución (*vide*, *Las revoluciones. Teoría...*, pp. 31-42, *praesertim*, p. 34; *vide etiam*, *El sistema de la...*, pp. 55-81, *praesertim*: p. 69).

103 *Ibid.* pp. 36-37.

104 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 el derecho internacional, una autoridad efectivamente establecida (habitualmente obedecida) es la autoridad legítima y sus disposiciones derecho positivo (desde el punto de vista del derecho internacional). Sobre este particular señala Schmill: “... debe observarse que se ha dictado una norma... y que subsecuentemente es cumplida y confirmada

De esta forma, la aparición del multicitado decreto planteó, a los destinatarios del orden jurídico mexicano de la disyunción ya mencionada, a saber:

$$D_1 \downarrow P^* [D^*]$$

observar la Constitución de 1857 o bien aceptar la propuesta (constitucionalista) que instala un régimen revolucionario. Esta disyunción se resolvió a favor del orden jurídico revolucionario.¹⁰⁶ En efecto, la revolución constitucionalista fue incrementando su ámbito personal de validez (aumentan seguidores y sometidos). Asimismo, fue incrementando su ámbito espacial de validez a medida que fue dominando más partes del territorio nacional, así hasta que el orden revolucionario triunfante fue mayormente eficaz.

XVI. La modificación constitucional *contra legem*

La modificación irregular de la constitución no solo se realiza cuando el orden jurídico que establece es sustituido. La constitución también se modifica irregularmente cuando lo que establece no se aplica o no se aplica y se realiza una conducta diferente. Este último es un caso bastante extendido en el que se puede observar la presencia de normas constitucio-

¹⁰⁶ A favor del movimiento constitucionalista, cuya eficiencia se impuso, también, sobre los otros órdenes jurídicos reducidos o revolucionarios.

nales consuetudinarias al lado de la legislación constitucional escrita y “rígida”.

El esquema de la disyunción es el mismo solo que se trata de una modificación parcial. La solución de la disyunción, como siempre, corresponde a los destinatarios. Si estos “deciden” comportarse como prescribe D_1 (haciendo caso omiso del comportamiento irregular, el cual podría ser considerado un ilícito) o dando ocasión a que el procedimiento de control de la regularidad (legalidad o constitucionalidad) lo anule. En este último caso, no modifica la constitución vigente (no habiendo sido para el sistema previsto un acto sin efecto o anulable). Si, por el contrario, el acto irregular es aplicado u observado (por actos subsecuentes) por no haberse seguido los sistemas de control de la regularidad o no obstante estos, entonces el acto irregular (no importa el lugar que ocupe en la cadena de validez, si es seguido por actos de aplicación, esto es, si se individualiza) modifica irregularmente los criterios de membresía del sistema, esto es, se modifica el criterio que la constitución establece para reconocer los actos jurídicos que la aplican.¹⁰⁷

¹⁰⁷ “La única respuesta completamente satisfactoria a este problema, 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 las costumbres como un hecho creador de derecho”. (Braybrooke, E., “Custom as a Source of English law”, en *Michigan Law Review*, vol. 50, 1951, p. 91); Cf., Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, op. cit., p. 148. En el mismo lugar, Kelsen agrega “pero la constitución misma puede, en todo o en parte, ser no escri-

Si esto es así, si el acto irregular deviene parte del orden jurídico, este acto tiene que poseer en la constitución un criterio que nos permita incluirlo y reconocerlo. Una vez incluido y reconocido será regularmente aplicado por actos subsecuentes con lo cual se sustituye parcialmente el sistema anterior (tanto por lo que toca a sus entidades como en lo que respecta a los criterios de identidad los criterios de identidad establecidos en la Constitución). Al sustituirse irregularmente los procesos de creación de normas del sistema, este se modifica y, con él, los criterios de identidad que la constitución establece.

XVII. Los elementos persistentes en estos procedimientos

En todos los casos expuestos se advierte que existen dos elementos persistentes, la propuesta de una determinada normatividad y la adhesión o aceptación convencional. Estos elementos funcionan de acuerdo con la fórmula: “x es Rex si, y solo si, x es habitualmente obedecido”.

ta, ser derecho consuetudinario. De esta manera, podría ser debido a la costumbre que la costumbre fuera un hecho creador del derecho” (*vide etiam*, Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la constitución”, tr. propia, en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año I, 1974, pp. 469-515 (reimpresa en forma de libro: *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, *op. cit.*, pp. 510-511, *Anuario*).

XVIII. Referencias

- Barker, E., *Greek Political Theory*, México, Fontamara, 2013.
- Braybrooke, E. K., “Custom as a Source of English law”, en *Michigan Law Review*.
- Bréhier, E., *Histoire de la philosophie*, París, Press Universitaires de France, 1965.
- Burnet, J., “La teogonía es un intento de reducir todas las historias sobre dioses en un sistema unitario”. *Early Greek Philosophy*, Nueva York, Meridian, 1964.
- Cumberland, C., *La Revolución mexicana. Los años constitucionalistas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- Diógenes, Laertio, *Filosoefwn bi/oi*, cit., II, 16.
- Faller, James E. & Cook, Sir Alan H., “Gravity”, Newton’s, Law of Gravity, en *Encyclopædia Britannica*, Encyclopædia Britannica Ultimate Reference Suite, DVD, 2014.
- Freeman, K., *Ancilla to the Pre-Socratic Philosophers. A Complete Translation of the Fragments in Diels. Fragmente der Vorsokratiker*, Oxford, Basil Blackwell, 1962.
- Gény, F., París, Librairie du Recueil Sirey, s/a, t. II: *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*.
- Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Die Objectivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis.
- Giannantoni, G. [Ed.] *I presocratici*, Roma/Bari, Laterza, 1975.
- Guthrie, W.K.G., *A History of Greek Philosophy*, Cambridge, University Press Cambridge, 1969.

- Hart, H. L. *Laws in General*.
- Hart, H. L., *The province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Indianapolis, Hackett Publishing Co. Inc. 1998.
- Hermann, *Die Fragmente der Vorsokratiker Griechisch und Deutsch*, Weidmann (Ed. Kranz, Walther), 1972.
- Hobbes, T., *Leviathan, or the Matter, Forme & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civil*.
- Hobbes, T., *Politique et philosophie chez*, París, Presses Universitaires de France, 1953.
- Ímaz, Í. (tr.), *Filosofía de la ilustración*, México, Fondo de Cultura Económica, 3.^a ed., 2008, 7.^a reimpresión, 1972.
- Jaeger, Werner W. *Paideia, los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- Jaeger, Werner W., *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959.
- Kant, I., en Wikipedia, recuperado de http://de.wikipedia.org/wiki/Immanuel_Kant.
- Kant, I., *Rechtsphilosophie Reflexionen, Handschriftlicher Nachlass*, núm. 764.
- Kelsen, H., "La garantía jurisdiccional de la constitución", (La justicia constitucional)", trad. propia, en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año I, 1974.
- Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre*, Teoría general del Estado.
- Kelsen, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*.
- Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*
- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Teoría pura del derecho, Buenos Aires, Universitaria de Buenos Aires.
- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Teoría pura del derecho.
- Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*.
- La Biblia*, Éxodo, 32, 15; 34, 1 & 10.
- La Biblia*, Génesis, 15, 18; 17, 2-21.
- La filosofía del derecho del mundo occidental (Abendlandische rechtsphilosophie)*, México, UNAM, 1962.
- Las revoluciones. Teoría jurídica y consideraciones sociológicas*, Madrid, Trotta, 2009.
- Liddell, G. y Scott, R., *Greek-English Lexicon*.
- Meinen Verlag, F., *Philosophie der Aufklärung*, Hamburgo, 1932.
- Mossé, C., *Histoire des doctrines politiques en Grèce*, París, Presses Universitaires de France, 1969.
- Platón, *Theaetetus*, 166d.
- Polin, R., *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, París, Presses Universitaires de France, 1953, Principios metafísicos de la doctrina del derecho.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, edición digital, actualización 2014.
- Rechtslehre, R., *Teoría pura del derecho*.
- Rousseau, J. J., *Discours sur l'inégalité* [Preface] en Rousseau, *Ceuvres complètes*, París, Aux Éditions du Seuil, 1967.

- Russell Richards, G., "The Enlightenment" y "The Aufklärung" en Europe, *History of Encyclopædia Britannica*, Ultimate Reference Suite, DVD, 2014.
- S. a., *Berlinischen monatsschrift*, 2 de febrero, 1784.
- Schmill, U., *El sistema de la constitución mexicana*, México, Manuel Porrúa, 1971.
- Schmill, U., *Teoría del derecho y del Estado*, México, UNAM/ITAM/Porrúa.
- Schwab, G., *Las más bellas leyendas de la antigüedad clásica*, Barcelona, Labor, 1955.
- Tamayo, R., "El excursus: La jurisprudencia griega", *Elementos para una teoría general del derecho*.
- Tamayo, R., *Juris Prudentia: More geométrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, México, Fontamara, 2013.
- Tamayo, R., *El sistema jurídico y su creación*. México, UNAM, 1976.
- Verdross, A., *La filosofía del derecho del mundo occidental* (Abendlandische rechtsphilosophie).
- Vlachos, A., *La pensée politique de Kant*, París, Presses Universitaire de France, 1962.
- Westfall, Richard S., *Newton, Sir Isaac*.