

tribunales, o si, por el contrario, es más conveniente proceder a una normación rígida y casuística preestablecida; etc.

Así pues, se han dibujado cuatro problemas distintos que es ineludible mantener separados, pues de lo contrario se promueve un barullo caótico en esta materia. Y, precisamente, esto es lo que ha ocurrido en la mayor parte de la literatura jurídica producida en torno a este asunto: que por haber sido involucrados estos cuatro puntos de vista, se ha caído en un máximo de confusión.

Repito que se trata de cuatro problemas distintos, que de nuevo voy a enumerar:

1ºCuál es la fuente o, mejor dicho, la razón de validez jurídica de todas las normas de un sistema de Derecho positivo (pregunta que se contesta diciendo que, siempre y necesariamente, esa fuente o razón es la voluntad del Estado).

2ºCuáles suelen ser en la realidad social las instancias productoras de normas jurídicas (pregunta que se contesta enumerando los modos o vías de producción de Derecho más habituales y difundidos: la producción legislativa, la producción consuetudinaria, la producción jurisprudencial y la autonomía de la voluntad —contratos, testamentos, etc.).

3ºSituados en un determinado ordenamiento, esto es, dentro del Derecho de un país en un cierto momento histórico, se pregunta cuáles son en él las instancias productoras de normas jurídicas (a lo cual se tiene que contestar indagando qué es lo que dicho ordenamiento dispone sobre esto).

4ºConsideración estimativa o política —en plan de teoría valoradora del Derecho, o en plan de Derecho constituyente— sobre qué fuentes sea mejor establecer, sobre si hay que dar preferencia a la ley o a la costumbre; sobre si hay que ampliar o restringir el ámbito de la autonomía de la voluntad privada para la producción de normas jurídicas; sobre si hay que aceptar o no como normas jurídicas las reglas espontáneamente surgidas en el seno de las corporaciones, etc.

#### 4. LA FUENTE O RAZÓN UNITARIA FORMAL DEL DERECHO POSITIVO.

En cuanto a su fundamento de validez jurídica, todo Derecho (consuetudinario, jurisprudencial, legislativo, contractual, institucional, judicial, etc.) deriva de la voluntad del Estado. Lo que se llama voluntad del Estado, en lenguaje jurídico, no es ninguna realidad psicológica, pues el Estado no es un sujeto real que tenga conciencia ni voluntad, en el sentido propio de estas palabras. Lo que se llama voluntad del Estado es sencillamente un caso de la *ley general de imputación normativa*, a saber: una serie de actos realizados por determinados individuos (legisladores, funcionarios administrativos, tribunales de justicia, partes contratantes, etc.) no son atribuidos a dichas personas individuales, sino a un sujeto ideal supuesto tras de las mismas, esto es, al Estado, que constituye y significa la personificación total y unitaria de todas las normas jurídicas. El Estado, o lo que es lo mismo, su voluntad, consiste en un punto central y común de imputación que constituye la unidad del ordenamiento jurídico. La voluntad del Estado, o lo que es lo mismo, su personalidad, es un término ideal de imputación creado por el Derecho.

Adviértase, por vía de digresión, que Estado y Derecho son para la consideración jurídica dos palabras que se refieren a un mismo objeto. No voy a tratar ahora

aquí, sino que lo reservo para uno de los próximos capítulos, el discutidísimo problema de si la realidad del Estado excede de la consideración jurídica del mismo, es decir, de si, en términos absolutos, el Estado es lo mismo que el Derecho positivo, o si, por el contrario, cabe distinguirlos y, por tanto, establecer cuáles son las relaciones que median entre ambos. Pero aun siendo, como soy, adverso a la tesis *hel-sensiana* de la plena identificación entre Estado y Derecho, sin embargo, he de reconocer que para el jurista, es decir, desde el punto de vista puro y exclusivamente jurídico, el Estado se manifiesta tan sólo en el Derecho y se agota en el Derecho. Para la consideración jurídica, Estado y Derecho aparecen como dos modos o acepciones de una misma cosa, a saber: como ordenamiento constituyente y como ordenamiento constituido, respectivamente. Para el jurista, existe el Estado sólo en tanto y como se expresa en el Derecho; no como grupo social institucionalizado (que sin duda lo es); no como poder social (que lo es también); no como producto histórico (que asimismo lo es, indiscutiblemente), sino como sujeto y objeto de sus normas, es decir, de las normas jurídicas. El Estado es el Derecho como actividad normativa; el Derecho es el Estado como situación normada.

Todo Derecho positivo (consuetudinario, jurisprudencial, legislativo, contractual, institucional, etc.) es tal Derecho positivo en tanto en cuanto podemos referirlo a la voluntad del Estado. Esta es, pues, la única fuente formal de las normas jurídicas positivas vigentes. Y es así porque toda norma positiva, sea cual fuere su origen efectivo, constituirá Derecho vigente en la medida en que deba ser aplicada, impuesta por el Estado, es decir, por sus órganos.

Órganos del Estado lo son aquellos que el Derecho establece como tales, porque determinados actos de ellos no se los atribuye a ellos, sino al Estado. Los órganos del Estado dejan de ser tales cuando lo que realizan no es lo que en el orden jurídico está previsto como voluntad del Estado. Pero todo aquello que realizan, dentro del ámbito de su competencia formal y material, vale como voluntad del Estado (aunque de hecho haya sido inventado en otra instancia: consuetudinaria, institucional, contractual, etc.).

No es Derecho positivo, no es Derecho vigente, una costumbre, o una norma contractual o institucional, que no sea susceptible de obtener aplicación por los tribunales o por los otros órganos del Estado que vengan en cuestión, esto es, una norma cuyo cumplimiento no vaya a ser impuesto inexorablemente por el Estado. Si la costumbre (o la norma institucional) es aplicada por un órgano estatal con competencia para ello, es ya por esto una manifestación de la voluntad del Estado; o, mejor dicho, porque se considera que el Estado hace suya la voluntad expresada en tal forma, es por eso aplicada por los órganos estatales.

Si de hecho existe una vigorosa costumbre normativa que parece tener la pretensión de constituir regla jurídica, pero que no es reconocida como tal por los órganos del Estado, los cuales no la aplican, los cuales no imponen su cumplimiento, tendremos que reconocer, sin ninguna duda, que esa costumbre no es Derecho vigente, aunque naturalmente quede a salvo la estimación crítica de que acaso debiera ser Derecho. Ahora bien, en esa supuesta afirmación estimativa de que debiera ser Derecho, va implícito el reconocimiento de que de hecho *no lo es* realmente. Y lo mismo podría decirse respecto de una norma institucional o contractual.

## 5. ALUSIONES SOCIOLOGICAS Y ESTIMATIVAS SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO.

Según apunté, cabe emprender un estudio sobre la génesis real de las normas jurídicas. Y, procediendo inductivamente en esta observación histórico-sociológica sobre los manantiales de donde fluyen reglas jurídicas, se puede establecer un cuadro de las más importantes fuentes típicas de los contenidos del Derecho y de aquellos factores que —en mayor o menor proporción— hallamos siempre, o casi siempre, como productores de determinaciones jurídicas. Esta observación nos mostrará que el Derecho ha ido brotando concretamente en la historia merced a procesos sociales diferentes: decisiones judiciales no basadas ni en norma legal ni en precedentes; costumbres; doctrina aplicada por los tribunales; leyes, reglamentos; reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada para crear normas jurídicas (por ejemplo, contractuales); Derecho extranjero que es incorporado a la práctica judicial; movimientos ideológicos que van penetrando en las resoluciones del Estado; convicciones sociales que son recibidas por el Derecho y se jurifican; usos profesionales que van cobrando la pretensión de obligatoriedad jurídica, jurisprudencia reiterada, etc.

Entre las fuentes enumeradas —y todas las demás posibles— destácanse tres por su constancia y permanencia, y por su poder de absorción respecto de las demás. Son: la costumbre, la jurisprudencia y la ley.

La costumbre ha tenido gran importancia, sobre todo en las sociedades primitivas, aunque desde luego persiste, bien que en menor cuantía —y aún conserva enorme alcance en pueblos de máxima civilización como los anglosajones. Pero, salvo esta excepción, en general, en el curso del progreso histórico, la costumbre va siendo en gran parte desplazada por la ley, es decir, por el Derecho escrito, dictado por el poder público competente, en el cual se formula una regla general para el porvenir.

En cuanto a la costumbre, recuerde el lector lo que expuse sobre el hecho de que ella constituye la forma primitiva de aparición de todas las clases de normas, y, por tanto, también de las normas jurídicas. Claro es que no todas las costumbres son jurídicas, pues a través de la costumbre se manifiestan también normas morales, reglas del trato social, máximas técnicas, etc. Es jurídica la costumbre a través de la cual se manifiestan reglas sociales con carácter de mando inexorable, esto es, como de imposición forzosa. Y cuando se desintegra ya la primitiva costumbre indiferenciada que contenía a la vez aspectos jurídicos, dimensiones morales, principios religiosos, reglas del trato social, máximas técnicas, etc., hallamos costumbres de cada uno de esos tipos, ya perfectamente delimitado cada uno en su propio y exclusivo carácter. Por lo tanto, encontramos costumbres jurídicas, es decir, costumbres mediante las cuales se manifiestan normas que tienen la pretensión de imperio inexorable.

Costumbre jurídica es la costumbre que rige en una colectividad y es considerada por el Estado como jurídicamente obligatoria. Se distingue en ella, de una parte, lo que propiamente constituye la norma jurídica, que es la convicción vigente en la colectividad de que determinado comportamiento es jurídicamente obligatorio, a lo cual se ha llamado *animus* y también *opinio iuris* u *opinio necessitatis*; y de otro lado, el hecho de la reiteración efectiva de esa conducta en el seno de una colectividad, a través del cual se manifiesta aquella convicción, hecho que crea la vigencia positiva de la norma. Este elemento extrínseco de la reiteración necesita una cierta

duración. Pero claro es que este concepto de duración es muy relativo, ya que el mayor o menor número de las repeticiones depende de la índole de la relación, pues hay actos, por ejemplo, la tala de los árboles de un bosque, que por su naturaleza sólo pueden realizarse a grandes intervalos, en cuyo caso un pequeño número de repeticiones será suficiente para demostrar una práctica uniforme. Lo que importa es que la costumbre constituya la expresión de un convencimiento efectivo en una colectividad. La costumbre jurídica traduce en lenguaje de hechos las convicciones que tienen los miembros de una colectividad respecto de aquello que reputan indispensablemente necesario para su vida común, de aquello que en este respecto constituye la convicción predominante.

En términos generales, salvando algunas excepciones, puede decirse que la costumbre jurídica tiene una superlativa importancia en las sociedades primitivas y rudimentarias, hasta el punto de que constituye el mayor volumen de su Derecho. En cambio, va perdiendo esa importancia en las sociedades adelantadas y es desplazada por la ley, en virtud de que se experimenta la necesidad de fijar de modo expreso y preciso las reglas jurídicas; y en virtud también de que la complicación de las relaciones sociales demanda un enfoque reflexivo de las mismas mediante la acción legislativa. De ordinario, la historia nos enseña que, al principio, la ley se limita a redactar por escrito y compendiar las antiguas normas consuetudinarias; pero después, al ritmo del progreso, se produce la necesidad de reformar y de complementar la regulación de origen consuetudinario, mediante nuevas normas emanadas ya de una acción reflexiva del legislador. Sin embargo, en el Derecho anglosajón la costumbre conserva una gran importancia. Ni siquiera en los países con preponderancia de Derecho legislado y codificado desaparece del todo la costumbre, sino que ésta pervive, aunque en diferente proporción, según las diversas ramas del Derecho.

A pesar de que la codificación ha restado enormemente importancia a la costumbre y ha restringido en gran medida su campo de acción, sin embargo, todavía subsiste en el campo del Derecho privado, pues la mayor parte de los códigos civiles —así como también mercantiles— le conceden vigencia como fuente subsidiaria de Derecho, en caso de que no exista ley aplicable al caso planteado; y también en otros casos completan su propia normación con la referencia de una regla consuetudinaria (por ejemplo, cuando la ley dice que el pago de un arrendamiento rural se verificará en la fecha que determine la costumbre del lugar). En Derecho constitucional la costumbre tiene todavía gran importancia: el Derecho constitucional inglés se basa en muy pocos textos y en su mayor parte se apoya sobre costumbres; la delegación de competencias por el poder legislativo al ejecutivo en Francia se fundaba en un precedente consuetudinario; el proceder el jefe del Estado a la consulta de los principales jefes políticos en los casos de crisis ministeriales, en el Derecho constitucional español —cuando España era un Estado constitucional—, tenía también base consuetudinaria, etc. También tiene la costumbre gran importancia en materia de Derecho público internacional; precisamente, por el carácter embrionario, rudimentario, que aún tiene el Derecho Internacional, en éste la costumbre juega un gran papel. En cambio, la costumbre está excluida del Derecho Penal nacional de los pueblos civilizados, porque en éste se consagra el principio de que no puede haber delito sin una ley que lo declare anteriormente; y que tampoco puede impo-

nerse ninguna pena sin que la haya establecido previamente una ley escrita. (En cambio, este principio no se aplica al Derecho penal internacional, por razón del carácter todavía embrionario del Derecho internacional. Así, recuérdese que los tribunales de Nüremberg y Tokio, al sancionar los crímenes de guerra, aplicaron no solamente previas leyes escritas, sino también principios de Derecho que formaban parte del orden jurídico internacional, aunque no estuviesen declarados explícitamente, pero que sin duda pertenecen y pertenecían a la conciencia jurídica de las naciones civilizadas.) Y también por razones de seguridad, se ha barrido la costumbre del campo del Derecho procesal, porque en él la certeza y el rigor de las formas juegan importante papel.

En general, la tónica racionalista e idealista del pensamiento moderno, desde el Renacimiento hasta el siglo XIX, desdeñó el Derecho consuetudinario. Por el contrario, el romanticismo, aplicado por la escuela histórica de Savigny, Hugo y Puchta a los temas jurídicos, exaltó superlativamente el Derecho consuetudinario, considerándolo como la fuente de Derecho auténtica y primaria. La reacción antirracionalista y la exaltación de lo instintivo y de lo intuitivo sentimental, que caracterizan al romanticismo, se manifiestan en la escuela histórica, en cuanto que sostiene que el Derecho no puede ser la obra de una especulación racional de gabinete, sino únicamente el producto espontáneo de la convicción jurídica del pueblo, como emanación de una supuesta alma nacional que se desarrolla en el proceso histórico y que se manifiesta mediante la costumbre. Y por eso la costumbre es elevada a fuente primaria del Derecho. No es este el momento de proceder a un detenido examen crítico del Romanticismo, lo cual exigiría una digresión de excesivas dimensiones. Baste aquí con indicar que la afirmación de un espíritu del pueblo o alma nacional, como una realidad substantiva, es una fantasmagoría mística, inexplicada, inexplicable y contradictoria, una arbitraria substancialización de lo colectivo. La realidad de lo colectivo no consiste en ser ni alma ni ningún otro género de cosa sustante, sino en constituir una especial forma de vida humana, según expuse ya. Además, precisa comprender que a medida que la vida social se complica, y que se acelera su ritmo, no es posible que la costumbre baste para colmar todas las necesidades de regulación.

Ahora bien, tampoco es lícito extremar el desdén hacia la costumbre jurídica, pues, en todo caso, siempre valdría para moderar el desvío hacia la costumbre el admirable espectáculo de la vida inglesa y norteamericana, en las cuales rige un gran volumen de Derecho consuetudinario.

Hay que advertir que las observaciones que acabo de hacer sobre el papel e importancia de la costumbre aluden principalmente a la situación de los países del continente europeo y de los hispanoamericanos; pero que, en cambio, ocurre otra cosa en el Derecho británico y también en el norteamericano. En los países del *Common Law*, se entiende que el Derecho está constituido principalmente por el cuerpo de reglas tradicionales establecidas por la costumbre y recogidas y formuladas en las sentencias de los tribunales, salvo en aquellos casos en que exista una norma legislativa. Esto significa que las reglas contenidas en las leyes son consideradas como normas de excepción, como sectores que, por mandato expreso del legislador, quedan exceptuadas del imperio del *Common Law* y son regidos por los preceptos que el legislador ha establecido. La regla general es la aplicación del *Common Law*; las

excepciones son aquellos sectores respecto de los cuales el legislador ha establecido leyes determinadas. Por eso la interpretación que los tribunales han de dar de las leyes debe ser siempre restrictiva, es decir, que los tribunales no deben proyectar los principios de las leyes más allá del campo *expresamente* abarcado por las leyes. Además, en los países sometidos al sistema del *Common Law* se acentúa muy vigorosamente el hecho de que la misma aplicación de las leyes debe estar subordinada a lo que los tribunales entiendan como procedente. Ciertamente que en lo que toca a este punto podría decirse que él no constituye una característica peculiar del *Common Law*, sino una nota general de todo sistema jurídico, puesto que en cualquier orden jurídico, sea éste el que fuere, por lo tanto también en los sistemas de tipo predominantemente legislado, Derecho efectivo es no lo que pueda parecer que dicen las normas generales formuladas, sino la *interpretación que de sus normas da el supremo órgano jurisdiccional*. Consiguientemente, esto se aplica por igual a los sistemas de Derecho legislado, tanto a los del *Common Law*, como a los de cualquiera otro tipo. Sin embargo, la característica del *Common Law*, a la que estoy refiriéndome, no es la mera proyección a este sistema de ese principio del "tácito cheque en blanco en favor del juez", sino que constituye un matiz peculiar del *Common Law*, en contraste con los sistemas europeo-continenciales e hispanoamericanos. Aunque también en estos últimos, en definitiva el órgano jurisdiccional es quien va a decidir sobre lo que será efectivamente Derecho positivo, se entiende que el órgano jurisdiccional tiene el deber de ser fiel a las normas establecidas por el legislador, tiene la obligación de obediencia a esas reglas. Ciertamente que no hay medio de corregir la interpretación que de esas normas dé el supremo órgano jurisdiccional, cuando se entienda que éste no las ha aplicado con fidelidad, y, que, por lo tanto, entonces Derecho es no lo que entendemos que dicen esas normas, sino lo que el órgano jurisdiccional considera que ellas dicen. Pero lo que sucede en el *Common Law* no es solamente esto, que ocurre en todos los sistemas jurídicos. Es algo más, es la aceptación del principio de que al juez corresponde determinar hasta qué punto y dentro de qué márgenes el legislador tiene competencia para irrumpir con sus propias normas en el sistema del *Common Law*, y le corresponde también determinar el modo de articulación de los preceptos legislativos en el orden jurídico tradicional. Se considera que quien sabe efectivamente lo que es Derecho, es el juez. Aunque se admita el poder del legislador de emitir normas para determinados tipos de situaciones, es, sin embargo, al juez a quien corresponde decidir hasta qué punto y con qué alcance tales normas legislativas son válidas.<sup>1</sup>

Sin perjuicio de todo lo dicho respecto del sistema del *Common Law*, lo cual refleja la doctrina tradicional todavía vigente en los países anglosajones, hay que notar que en éstos ha ido creciendo enormemente el volumen de Derecho legislado, y sigue creciendo todos los días en gran medida. El constante aumento de la complejidad de la organización administrativa, el crecimiento de las actividades del Estado, la aparición de tantas materias nuevas en el comercio, en el transporte y en muchos otros campos de la cooperación humana, son, entre otros, los factores que han determinado, cada vez más y más, que el área del Derecho legislado se vaya extendiendo también en el mundo anglosajón.

En términos generales, al contemplar la historia del Derecho se observa que la jurisprudencia, es decir, las decisiones de los tribunales, ha tenido el papel de prota-

gonista máximo en la gestación de las normas jurídicas. Y, aunque en menor volumen, sigue conservando hoy en día máxima importancia. Y aun hay que añadir a este respecto, que las corrientes más importantes del pensamiento jurídico actual en la mayor parte de los países están acentuando cada vez más la importancia de esta función creadora de Derecho por los jueces y tribunales. Es hora de que comprendamos con toda claridad que, en definitiva, la expresión última y máxima de lo jurídico es siempre la sentencia ejecutiva. La voluntad estatal de imposición inexorable se manifiesta siempre en última instancia en fallos concretos. Cuando surge un conflicto jurídico quizá no haya una ley formulada que explícitamente prevea el caso; quizá tampoco haya una clara norma consuetudinaria que sirva de orientación certera; pero —según se verá más adelante— el conflicto debe ser resuelto a todo trance; el juez no puede negarse a fallar; y, entonces, la voluntad normativa jurídica del Estado se manifiesta a través de la decisión judicial. Pero la decisión judicial significa la aplicación de una regla (que podía no estar formulada, mas que se consideraba como estando vigente) a un caso concreto; y en la sentencia queda, pues, expresada o aludida esa regla que en ella se aplica. Así, ocurre que, cuando se plantea en un caso análogo, existe ya el precedente de una regla formulada en un fallo anterior. Adviértase además que en la infancia de las sociedades la mayor parte de la regulación jurídica existente es consuetudinaria; pero no siempre las costumbres se muestran con inequívoco relieve, ni son coherentes entre sí; y entonces sucede que, la mayor parte de las veces, las decisiones de los tribunales declaran la costumbre, fijan su interpelación, la aclaran. Y, así, en la jurisprudencia se expresa reforzada la costumbre jurídica.

Adviértase además que en todo tiempo, incluso en nuestros días, la jurisprudencia conserva un importante papel en la gestación del Derecho, pues los tribunales tienen que confrontar las reglas jurídicas con los casos concretos; se encuentran ante problemas de interpretación que les fuerzan a precisar el sentido de la ley. Y, con ello, los tribunales tratan de coordinar sus juicios en un sistema lógico. Ocurre, además, que, aunque en principio la función de los jueces se limita a aplicar el Derecho, la aplicación judicial conduce no sólo a la aplicación de normas previamente formuladas, sino también a la integración de éstas con otras exigidas por la transformación de las condiciones sociales, económicas y técnicas. Más adelante me ocuparé de este problema, así como también de la cuestión de las lagunas.

Desde el punto de vista material, es decir, desde el punto de vista de la génesis de los contenidos jurídicos, suele también indicarse como una de las fuentes del Derecho la doctrina científica y la filosofía jurídica; porque se observa cómo, muchas veces, se incorporan al ordenamiento jurídico vigente las opiniones de los jurisconsultos y filósofos. Ahora bien, la ciencia y la filosofía del Derecho no funcionan directamente como fuentes de Derecho, sino en la medida en que penetran en otras de las fuentes formalmente reconocidas como tales, es decir, en la medida en que influyen el pensamiento del legislador, o sobre las convicciones jurídicas populares, o sobre las ideas de los tribunales. Esto puede ocurrir, como ha sucedido a veces, respecto de la ley, de una manera directa; es decir, la ley atribuye fuerza de Derecho a las doctrinas de determinados jurisconsultos, que es lo que, por ejemplo, ocurrió en Roma con la llamada ley de citas (año de 426), que convirtió en normas jurídicas vigentes las doctrinas de Papiniano, Gayo, Paulo, Ulpiano y Modestino. O bien lo

que sucede —y esto es lo más frecuente e importante— es que las doctrinas jurídicas influyen sobre el pensamiento de los legisladores y de los jueces, y aun también contribuyen a formar convicciones, que, después, se manifiestan consuetudinariamente. Y, así, a través de la jurisprudencia de los tribunales, la doctrina jurídica entra en el ordenamiento vigente.

Queda ya dicho que en muchos pueblos occidentales la fuente de Derecho que tiene un mayor volumen e importancia es la ley. En este sentido lato entendemos por ley toda disposición de carácter general, escrita, que es dictada por una instancia competente del poder estatal o público (incluyendo, claro es, a las entidades públicas subordinadas: Estado-miembro, región, provincia, municipio), y que, por tanto, comprende no sólo las leyes en sentido estricto (es decir, en el sentido que esta palabra tiene en los Estados democrático-liberales, a saber: regla aprobada por el parlamento y sancionada por el jefe del Estado), sino también, además, los reglamentos y las órdenes generales emanadas del poder ejecutivo.

No es este lugar el oportuno para abordar el problema sobre las ventajas y los inconvenientes que tengan cada una de las fuentes aludidas, y singularmente la ley y la costumbre. Digamos sólo que la costumbre tiene los inconvenientes de que de ordinario constituye una instancia de perfiles más difusos, y que, por consiguiente, sirve menos a la urgencia de seguridad y de certeza, que es la raíz vital del Derecho; y que, además, es insuficiente para normar las complicadas relaciones de una sociedad adelantada; pero tiene la ventaja de que estando profundamente arraigada en la realidad, cuenta con decisivas probabilidades de que normará efectivamente y con éxito las relaciones para las cuales surgió. La ley tiene las ventajas de que sirve mejor a la seguridad y certeza jurídicas; de que puede subvenir a las nuevas necesidades que se vayan presentando; de que en ella puede encarnar mejor un ritmo progresivo; pero, en cambio, puede incurrir en el peligro de que se aparte demasiado de la realidad de las situaciones colectivas, de que quiera ir demasiado lejos en su afán reformador, y entonces fracase (se quede en mera letra muerta) o produzca resultados catastróficos por su enorme alejamiento respecto de unas determinadas condiciones históricas; o puede también caer en un mal contrario, a saber: que cuando la ley no cambie al compás de las modificaciones de la realidad social, venga a convertirse en una forma anquilosada, fósil, lejana a los hechos vivos, y, por lo tanto, carezca de adecuación y de justicia, y sea una barrera para el progreso y sea fuente de desaguisados.

En todo caso, tanto la costumbre como la ley —en los Estados de régimen liberal-democrático— son manifestaciones del resultado predominante de las voluntades de los miembros de la nación.

## 6. LA SISTEMÁTICA DEL ORDEN JURÍDICO VIGENTE.

Ya hice notar al comienzo de este capítulo que la totalidad del Derecho positivo de un Estado en un determinado momento, está compuesta no solamente de las leyes, de las costumbres, de los reglamentos, sino también por un numeroso conjunto de otras clases de normas; se trata de normas más concretas, e incluso individualizadas para situaciones singulares, como son: los contratos (cuyo tenor constituye la ley

que regula las relaciones de las partes contratantes), los testamentos (cuyas cláusulas regulan determinadas relaciones patrimoniales), las sentencias de los tribunales con referencia a la situación concreta para la que se dan, las disposiciones administrativas de las autoridades locales, las resoluciones de las autoridades administrativas sobre los casos sometidos a su decisión, etc.

Todos esos diversos preceptos, que integran el ordenamiento jurídico vigente en un momento dado, tienen distintos orígenes, rangos varios; pero, sin embargo, guardan entre sí una *conexión formal*, es decir, se dan en una articulación orgánica, a pesar de las diferentes fuentes de su procedencia y de sus caracteres dispares. No podemos interpretar todos esos componentes como constituyendo un mero agregado inorgánico y desordenado, una mera yuxtaposición fortuita, sino que hemos de ordenarlos de modo que formen un todo unitario y conexo, un ordenamiento sistemático, cuyas partes guarden entre sí relaciones de coordinación y de dependencia.

Ahora bien, ¿cuál es el principio que coliga en forma de sistema todas esas normas jurídicas de origen, de rango y de alcance tan dispares, se trata de un *común título de vigencia formal*, se trata de un *común fundamento de validez*, que es precisamente el que las constituye a todas en normas del ordenamiento vigente. Un conjunto de normas constituye un orden, es decir, un sistema relativamente independiente, cuando la razón de ser o validez de todas ellas se deriva de una sola y misma norma, sobre la cual todas se apoyan formalmente, la cual recibe con referencia a todas las demás, la denominación de *norma fundamental*.

Debemos esta teoría para construir el sistema del orden jurídico vigente a los maestros de la escuela vienesa Kelsen, Mehl y Verdross.<sup>2</sup> La creación o determinación de unas normas jurídicas está regulada en otras normas jurídicas. Así, por ejemplo, el establecimiento de las leyes ordinarias está regulado por la Constitución; quién y de qué manera ha de emitir los reglamentos, se halla pautado en ciertas leyes; los fallos y los trámites judiciales están condicionados por normas jurídicas legales y reglamentarias, tanto de índole substantiva (civil, penal, administrativa, etc.), como de carácter adjetivo (procesal); las ordenanzas locales se fundan en preceptos legales y reglamentos que determinan las condiciones y la competencia de las autoridades municipales; los contratos son válidos cuando han sido concluidos por personas a las que la ley declara capaces, dentro del ámbito permitido por la ley, y según las formas ordenadas por ésta, etc. Así pues, el principio de conexión interna de un orden o sistema jurídico es una relación de fundamentación de la validez de unas normas en la validez de otras.

Si se pregunta cuál sea la razón de validez de una norma jurídica, es decir, la razón por la cual es parte integrante de un ordenamiento o sistema de Derecho (verbigracia del Derecho mexicano vigente), veremos que estriba en otra norma que regula la producción de la primera. Una norma vale, es decir, es tal norma jurídica formalmente válida, porque y en tanto que fue establecida por quien y de la manera que dispone una norma superior; así, por ejemplo, el precepto individualizado de la sentencia judicial encuentra la razón de su validez en determinadas leyes del Estado (la ley substantiva que aplica, las orgánicas por las que se establecen los órganos judiciales y las procesales que regulan la actividad de éstos); y todas ellas a su vez en la Constitución.

Resulta, pues, que cada parte del sistema jurídico, es decir, cada clase de nor-

mas, se apoya en otros grados superiores del mismo, y además constituye a su vez la base o sostén de otros grados inferiores. La totalidad del orden jurídico (vigente) constituye, pues, un sistema construido en forma escalonada o graduada, en estructura jerárquica, en el cual cada uno de sus pisos o eslabones depende de otros, y a su vez sostiene a otros. El Derecho regula su propia creación, su ulterior producción y su reforma; de tal modo que la producción de una norma aparece condicionada en su validez por otra norma; y aquella a su vez es el fundamento determinante de la emisión de otros preceptos; y así sucesivamente, hasta llegar a los mandatos ejecutivos.

Ahora bien, la validez de todas las normas de un orden jurídico viene a desembocar al fin, esto es, a fundamentarse en última instancia, en la *constitución* —entendiendo por constitución la norma que determina la suprema competencia del sistema jurídico, es decir, la suprema autoridad del Estado.

Pero ¿y sobre qué se basa la constitución, de dónde recoge ésta su razón de ser? Puede ocurrir que una constitución vigente se derive de otras leyes constitucionales anteriores, que fueron modificadas por el órgano y según los trámites establecidos en ellas mismas; de suerte que la nueva constitución nació apoyándose por entero en lo previsto en la anterior. Pero, por fin, se llegará a una constitución que ya no fue establecida conforme a los preceptos de otra más antigua, bien porque fue la primera de la comunidad jurídica en cuestión, bien porque nació a través de una revolución o de un golpe de Estado, es decir, representando una solución de continuidad en la historia jurídica; en suma, llegaremos a la *primera constitución en sentido jurídico-positivo*.

Ahora bien, el que esta primera constitución tenga validez, el que sea Derecho positivo, es algo que ya no puede fundarse en puros argumentos jurídicos, *sensu stricto*, extraídos del propio sistema, porque precisamente la totalidad del sistema jurídico y todo cuanto de él se derive se apoya en la constitución —mientras permanezcamos dentro de la esfera del orden jurídico de un Estado al que consideremos como plenamente soberano. La validez o fundamento de esta primera constitución —nacida de un modo originario, por ejemplo, por virtud del establecimiento de un nuevo Estado, o a través de una revolución o golpe de Estado— no puede justificarse mediante *razones jurídico-positivas*. Su justificación ha de fundarse en otras consideraciones, en consideraciones políticas e históricas, que, en suma, implican un juicio de valor. El jurista, en tanto que puramente tal, y desde el exclusivo punto de vista jurídico, da por *supuesta* la validez de la constitución.

Claro es que la validez de ese supuesto puede ser discutida en un terreno estimativo, y pueden aducirse, según los casos, razones en pro o en contra de la justificación de aquel supuesto. Pero esto no pertenece a la estricta función jurídica: el jurista se aloja en un determinado sistema, y dentro de él procede a razonar el fundamento de cada una de sus partes; pero él no puede salirse fuera del sistema sobre el cual se apoya; y, por eso, no puede construir jurídicamente la cimentación de la norma fundamental del sistema. La fórmula de este *supuesto* o *hipótesis*, que fundamenta la unidad y la validez de un sistema jurídico, rezaría aproximadamente: *se debe uno comportar como manda el órgano establecedor de la primera constitución*; o bien: *aquello que ordene el órgano establecedor de la primera constitución será la base positiva del Derecho vigente*. A este supuesto, Kelsen le llama *norma*

*fundamental hipotética o constitución en sentido lógico-jurídico*, para diferenciarla de la primera constitución positiva, que es establecida fundándose en ella, a la cual denomina *constitución en sentido jurídico-positivo*.

Al decir que la *norma fundamental* tiene sólo un fundamento hipotético, nos referimos al punto de vista estrictamente jurídico, inmanente al sistema; pero no queremos decir que carezca de fundamento: lo tiene ciertamente, pero de otra índole, no jurídico en el sentido restringido de esta palabra, sino histórico, sociológico, y, en última instancia, fundado en consideraciones estimativas. Pero desde el ángulo puro y exclusivamente jurídico de un sistema, resulta que la norma jurídica primaria, la constitucional, a fuer de piedra básica o angular de todo el ordenamiento, ya no puede tener fundamento dentro del mismo, sino fuera de él. O, dicho con otras palabras, la base de la norma jurídica primera ya no puede ser otra norma jurídica, sino una razón de otra índole, razón que se fundará en unos determinados hechos sociales conjugados con unas estimaciones políticas. Efectivamente, cada una de las partes de un sistema jurídico se apoya sobre otras partes del mismo, de similar modo a como cada uno de los sillares o ladrillos de un edificio gravita sobre otros; pero la totalidad de un orden jurídico positivo ya no puede apoyarse sobre un precepto positivo, sino sobre algo que es previo al mismo sistema, análogamente a como los cimientos de una casa ya no descansan sobre ningún elemento de la construcción, sino sobre un plano previo. En el fondo, la base de un sistema jurídico consiste en un fenómeno de *voluntad social predominante*, en cuya formulación va implícito un *juicio político estimativo*. Pero este punto será abordado más adelante.

La explicación que antecede se refiere al propósito de construir o entender el Derecho nacional o estatal como un orden jurídico total e independiente. Pero en verdad el Derecho estatal no puede ni debe ser considerado como tal orden jurídico total e independiente, sino que, por el contrario, debe ser considerado como una especie de orden provincial de un orden jurídico superior y más extenso, a saber: como *parte del orden jurídico internacional y como subordinado al Derecho internacional*. Todos los ordenamientos jurídicos nacionales, así como los supranacionales particulares —por ejemplo, la Organización de las Naciones Unidas—, integran el orden jurídico internacional o universal entero y están subordinados a éste, así como fundados en éste. Según Kelsen, el Derecho internacional general positivo contiene la norma de que un orden jurídico estatal, para ser considerado como válido, debe ser eficaz, es decir, debe hallarse efectivamente realizado en tanto que sistema en su conjunto. Desde el punto de vista del Derecho internacional positivo, la constitución de un Estado es válida solamente si ésta cuenta con efectividad, con facticidad. "De acuerdo con esto, las normas fundamentales de los diferentes órdenes jurídicos nacionales o estatales se hallan a su vez fundadas en una norma general del orden jurídico internacional. Si concebimos el Derecho internacional como un orden jurídico al que todos los Estados (es decir, todos los órdenes jurídicos nacionales) están subordinados, entonces la norma fundamental de un orden jurídico nacional ya no es una mera hipótesis usada por el pensamiento jurídico, sino que es una norma jurídica positiva, una norma de Derecho internacional aplicada al orden jurídico de un Estado concreto. Partiendo del supuesto de la *primacía del Derecho internacional sobre el Derecho nacional*, el problema de la norma fundamental se desplaza del orden jurídico nacional al orden jurídico internacional. Entonces la

verdadera norma fundamental, la norma no creada por un procedimiento jurídico, sino presupuesta por el pensamiento jurídico, es la norma fundamental del Derecho internacional."<sup>3</sup>

Esta teoría de la sistematización escalonada o graduada del ordenamiento jurídico en tanto que vigente ha sido blanco de numerosas objeciones. Pero yo creo que las críticas que se le han dirigido se basan, la mayor parte de ellas, en una deficiente comprensión o mala inteligencia del sentido y del alcance de esta teoría. Se ha dicho en contra de esta teoría que ella servía para explicar sistemáticamente el ordenamiento jurídico de la República Austríaca (fundado en la Constitución de 1920), cosa natural, porque su estructura constitucional fue inspirada por el propio Kelsen, y también el de la República Checoslovaca (basado en la Constitución de 1920), en cuya elaboración tuvieron también influencia jurisconsultos de la escuela kelseniana; pero que, en cambio, ya no es igualmente apta para el Derecho francés o para el mexicano, y desde luego casi inservible para el Derecho inglés. Pero quienes formulan tal objeción no se han percatado de cuál es el sentido, el alcance y la función de esta teoría. No pretende esta teoría ni remotamente constituir una fotografía de la realidad y de la gestación histórica de las normas positivas que integran un orden jurídico vigente. Lo que se propone es suministrar un método de ordenación lógica, para convertir en sistema unitario y plenario los materiales normativos que integran la regulación jurídica de cualquier Estado en un cierto momento, y dar la razón lógica de la validez formal de cada uno de ellos. Esta teoría no pretende afirmar que en la realidad histórica se hayan producido las normas efectivamente por un perfecto sistema de delegaciones sucesivas de competencia. Lo que pretende es ofrecer un método científico para articular sistemáticamente esos materiales. O dicho con otras palabras: dicha doctrina no quiere constituir una copia de la realidad histórica de las normas vigentes, ni un relato de cómo se han producido, ni una indagación sociológica sobre su proceso de elaboración, sobre su observancia y su aplicación efectivas, ni tampoco una justificación estimativa de ellas. El sentido y el alcance de dicha doctrina es proporcionar un método para la sistematización indispensable que debe llevar a cabo la ciencia jurídica.

Adviértase algo que muchas veces suele olvidarse, y cuyo olvido provoca graves confusiones en la teoría jurídica. El Derecho positivo, como complejo de normas vigentes, que proceden de las instancias autorizadas para dictarlas, no cabe que sea o no sea científico. Podrá ser justo, menos justo o injusto; más o menos conveniente; pero no puede ser objeto de calificación de científico o no científico. La ciencia no está en el *objeto* de estudio, sino en el *modo* como se estudia. No hay plantas científicas, menos científicas o no científicas; la ciencia está en el modo como las estudia el botánico, es decir, en el conocimiento de estos objetos. Ahora bien, como el Derecho no es producto de la naturaleza, sino que es obra del hombre, puede ocurrir que el legislador, en lugar de limitarse a su función de dictar normas, proceda, además, a sistematizarlas, y para ello se inspire en métodos científicos. Nada de malo hay ciertamente en esto; pero conviene darse cuenta de que la función propia del legislador es la de emitir normas, que valen como dogmas para el jurista. Si además el legislador cumple también la función (científica) de sistematizarlas, enhorabuena, pues posiblemente con ello se facilite la faena del jurista; pero esa obra de sistematización, que no es de dictar mandatos, sino de articularlos

con un propósito científico, ya no liga dogmáticamente al jurista. Este, si considera correcto desde el punto de vista científico el método que empleó el legislador, podrá aceptarlo, con lo cual recibirá realizada ya de antemano una parte de la labor que le incumbe como jurista, porque el legislador se la dio ya hecha. Pero si no considera correcta la sistematización del legislador, el jurista podrá y deberá hacer otra. Así pues, el Derecho, en tanto que Derecho y nada más que como tal, es decir, como conjunto de normas, no puede ser calificado de científico ni de no científico. La ciencia propiamente no está en el Derecho, sino en el conocimiento, en el estudio y en la sistematización de éste por el jurista. Como obra humana que el Derecho es, sus autores pueden sentirse deseosos de articularla en un sistema científico, anticipándose al trabajo del jurista o al menos facilitando a éste en gran medida su tarea.

Pues bien, ocurre que hay ordenamientos jurídicos que salieron de manos del legislador ya en forma de un claro y coherente sistema, como la estructura del Derecho de la República Austríaca o de la República Checoslovaca. En estos casos resulta que, como el criterio que usó el legislador fue precisamente la teoría del sistema graduado o escalonado de las normas, el ordenamiento presenta ya una fisonomía a primera vista concorde con aquella estructura lógica de carácter jerárquico. En cambio, hay otros ordenamientos jurídicos que se hallan compuestos por una muchedumbre heterogénea y desordenada de normas: costumbres inveteradas que obtienen aplicación como reglas vigentes por los tribunales, viejas leyes que se dictaron en la Edad Media, jurisprudencia de los tribunales que valen como pautas obligatorias, leyes y reglamentos recientes, etc. Eso es lo que sucede, por ejemplo, en el Derecho inglés. Frente a un ordenamiento de tal clase, el jurista tiene una magna labor que llevar a cabo para sistematizarlo. Adviértase que la sistematización formal es forzosa, pues probablemente serán muchos los casos en los que se presenten dos disposiciones de contenido antagónico, ambas con la pretensión aparente de hallarse en vigor; y entonces habrá que indagar cuál de las dos está vigente. Ahora bien, esa labor de sistematización tendrá, en cuanto a su aspecto formal, que elaborarse precisamente con el criterio tan luminosamente aclarado por la teoría del orden jurídico graduado y escalonado. Para zanjar las colisiones entre dos o más normas que parecen estar vigentes, habrá que descubrir cuál es, respectivamente, la de rango formal superior, o cuál es la instancia que tiene competencia para determinar la vigencia de una y negársela a la otra. Aparte de cuáles sean los motivos históricos que han suscitado las normas, aparte de las razones de justificación con sus contenidos —todos ellos, desde luego, problemas de la mayor importancia—, se presenta la cuestión sobre la validez formal de los preceptos. Pues bien, para resolver esta cuestión hay que sistematizar formalmente todo el conjunto de normas en una estructura unitaria desde el punto de vista lógico. Y para este menester, la teoría del sistema graduado o escalonado suministra el método pertinente. Dicha teoría constituye, por lo tanto, un método aplicable a todos los regímenes jurídicos, con independencia de cuál sea la faz aparente que éstos presenten.

Dicho sea ahora, entre paréntesis incidental, pues se trata de un asunto por completo diferente del apuntado en el párrafo anterior, quiero en este momento llamar la atención del lector sobre otro problema por entero diverso, y que trataré más adelante: sobre el hecho de que a veces el juez se halla con dos normas de igual rango formal y de contenido contradictorio o contrario, y entonces tiene que

resolver este conflicto entre dos preceptos de igual jerarquía acudiendo a otros métodos, los cuales suelen ser valoraciones de contenido. El punto tratado en el párrafo anterior, es otro: es el de la ordenación jerárquica de las normas, ordenación que resuelve con facilidad los casos de conflictos entre dos o más normas, cuando ellas tienen diferente rango formal: la norma reglamentaria cede ante la norma legal; la norma legal cede ante la norma constitucional, por ejemplo.

#### 7. LAS FORMAS DE PRODUCCIÓN DEL DERECHO: DE MODO ORIGINARIO Y DE MODO DERIVATIVO.

De lo dicho se desprende que debemos distinguir entre dos maneras de producción de normas jurídicas:

a) *Producción originaria*, que es aquella en que se crea la norma fundamental de un sistema u orden, y da nacimiento al mismo, sin apoyo en ninguna norma jurídica positiva previa, por ejemplo: el establecimiento de una comunidad jurídica en un territorio no perteneciente a ningún Estado; la fundación de un nuevo Estado, como ocurrió con el Imperio Alemán en 1870, y con la fundación de la República Checoslovaca y de la República de Polonia en 1918; asimismo, la revolución, el golpe de Estado y la conquista triunfantes.

b) *Producción derivativa*, que es aquella que tiene lugar cuando se producen normas, a tenor de lo dispuesto en un sistema jurídico ya constituido, por las competencias y según los procedimientos establecidos en éste; verbigracia: las leyes ordinarias dictadas por el poder legislativo que está consagrado por la constitución; los reglamentos decretados por las autoridades competentes para ello; las sentencias pronunciadas por los tribunales competentes, según lo previsto en las leyes aplicables; los contratos concertados por los particulares, que sean capaces, según la ley, dentro del campo por ésta admitido, etc.

#### 8. LA PRODUCCIÓN ORIGINARIA. EL PODER CONSTITUYENTE.

Cuando surge un orden jurídico por vez primera, es decir, sin apoyarse sobre ningún otro orden positivo anterior, es claro que aquél representa una producción originaria: es decir, brotan normas que no hallan su razón de validez en otras normas, porque van a inaugurar un sistema, y, por tanto, constituyen normas primeras. Esas normas primeras no pueden aducir un fundamento de *legitimidad* jurídica dimanante de un previo sistema, puesto que no hay tal sistema previo. Podrán aducir otro tipo de justificación: histórica, política, ética —en suma, un juicio de valor—; pero no una legitimidad jurídica.

El problema no parece tan grave cuando se trata de la creación de un nuevo Estado. Pero, en cambio, se presenta como angustiante para la Filosofía del Derecho cuando la producción originaria dimana de la ruptura violenta del orden jurídico anterior (revolución, golpe de Estado o conquista).

La revolución, el golpe de Estado y la conquista triunfantes —que representan una violación del orden jurídico anterior—, en muchos casos crean nuevo Derecho, originan un nuevo sistema jurídico. Esto no puede ser explicado por el puro jurista,

por el jurista *sensu stricto*, porque él se mueve dentro del campo inmanente de un sistema jurídico positivo vigente; y cuando se produce el hecho violento que arruina dicho sistema, el jurista se encuentra con que ha quedado destruida la esfera en que él moraba. Podrá transmigrar a la nueva esfera, al nuevo sistema creado por el movimiento triunfante; pero no podrá aducir para ello razones jurídico-positivas, sino otro tipo de razones (históricas, políticas, siempre en conjugación con puntos de vista estimativos). Cuáles sean estas razones constituye un grave problema para la Filosofía del Derecho. Y puede ocurrir que cuando se habla de razones estimativas no se supone con ello forzosamente una sincera devoción política al nuevo régimen que haya surgido, sino que, aun sintiendo hostilidad contra él, si éste adopta la forma de la juridicidad y obtiene un asentimiento mayoritario normal —es decir, no por una violencia continuada, sino por adhesión de la conciencia social predominante—, se preste acatamiento al nuevo sistema, por considerar que es necesario que haya Derecho; y una vez que se arruinó el anterior, es preferible aceptar el nuevo —si tiene forma jurídica— a que no haya ninguno. Y, entonces, se reconoce que ha nacido nuevo Derecho.

Ahora bien, el reconocimiento o comprobación de que ha nacido nuevo Derecho —aunque se haga por las consideraciones que acabo de apuntar—, no implica necesariamente, en modo alguno, ni un juicio valorativo favorable a lo que haya creado la revolución o el golpe de Estado triunfante, ni muchísimo menos que se tenga que bajar forzosamente la cabeza ante los hechos consumados. Puede reconocerse que ha nacido nuevo Derecho, y estimar, sin embargo, que por ser éste tan abominable se tenga el deber de hacer todos los esfuerzos para derrocarlo, aun acudiendo a la violencia. Es decir, se puede registrar la *legalidad de hoy*; y, no obstante, en mérito de unas consideraciones valorativas, al servicio de una idea de justicia, estimar que se deben hacer todos los esfuerzos para derribar esa legalidad de hoy y sustituirla en el mañana con una legalidad más justa, bien reanudando la de ayer, bien estableciendo otra nueva sobre bases mejores.

Adviértase que aquí se habla de revolución en un sentido puramente jurídico-formal, como solución de continuidad en el desenvolvimiento del Derecho, es decir, como caducación del sistema anterior y producción originaria de otro sistema nuevo. Digo desde un punto de vista *jurídico-formal*, porque se considera que un sistema caduca en tanto en cuanto su norma fundamental pierde el *mínimum* de facticidad, de realidad efectiva, que necesita para su vigencia, y porque se considera que el nuevo sistema es *nuevo* en tanto que se basa sobre otra norma fundamental, que es primera, ya que no se funda en el régimen anterior. Así pues, muere un sistema jurídico y nace otro (siempre y cuando se cumplan los dos requisitos de que hablaré más adelante), porque se sustituye la norma fundamental, sin que la nueva tenga ningún apoyo en la vieja.

El nuevo sistema, que es nuevo formalmente, porque tiene una base de validez diferente de la que servía de cimiento al anterior, puede ser muy diverso del precedente en cuanto a su contenido, o, por el contrario, puede conservar muchas de las normas que integraban éste. Pero, aunque suceda esto último, se trata de un nuevo sistema, porque la razón de validez o vigencia formal de esas normas, que ya formaban parte del anterior, es, dentro del nuevo, distinta de la que tenían en el precedente: valen en el nuevo sistema, porque el poder triunfante en la revolución o en

el golpe de Estado o en la conquista, las ha aceptado como propias, y no en virtud del fundamento formal que tuviesen en el régimen precedente.

Así pues, la revolución, el golpe de Estado y la conquista son considerados aquí como casos de producción originaria del Derecho, a pesar de que para la teoría jurídica formal sean casos de ruptura radical del orden jurídico anterior, de solución de continuidad en el desarrollo jurídico. Por tanto, tomo aquí la revolución tan sólo en esa acepción de ruptura formal del orden jurídico anterior y sustitución de él por otro sistema con nueva base, independientemente de cuál sea la magnitud de novedades que ese nuevo sistema ofrezca en cuanto al contenido material de muchas de sus normas.

Pero claro es que, aparte de este *concepto formal de revolución como ruptura o solución de continuidad de la historia jurídica*, la palabra revolución tiene otras acepciones; es decir, hay otros conceptos de revolución desde otros puntos de vista. Así, por ejemplo, *desde el punto de vista del contenido*, no toda ruptura de la continuidad jurídica puede ser considerada como revolución en sentido profundo, en lo político y en lo social. Desde ese punto de vista del contenido político y social, podrá llamarse revolución tan sólo una ruptura con el pasado, de manera súbita, es decir, con corte respecto de la situación pretérita, y la instauración de un nuevo sistema, que sea nuevo no sólo en cuanto a su base formal, sino también en cuanto al contenido de una gran parte de sus normas.

De otro lado, asimismo en un sentido de contenido, pero con más amplia cabida o comprensión, puede llamarse revolución también a una honda transformación de la vida histórica, en la cultura y en la sociedad, fundada en el *descubrimiento de nuevos valores*, descubrimiento que suscita un cambio radical en la actitud de los hombres ante la existencia, en la orientación de sus quehaceres, en sus preferencias, en sus estructuras sociales. En ese sentido puede, por ejemplo, hablarse de las revoluciones llevadas a cabo por el Cristianismo, por el Renacimiento y la mentalidad moderna. Carlos Cossio, en un libro muy interesante y valioso, ha tratado de hallar un concepto puro de revolución aplicable no sólo a esas manifestaciones, sino a todos los casos incluíbles bajo esta palabra, un concepto que constituya una categoría del conocimiento histórico. Caracteriza Cossio este concepto puro de revolución como unos hechos del hombre histórico, que rompen la lógica de sus antecedentes y se refieren y afectan directamente a la sociedad.<sup>4</sup>

Por fin, cabe hablar no de revolución, sino de lo que podríamos llamar una forma específica de *actitud revolucionaria*, la cual es un fenómeno característico *sobre todo de la Edad Moderna*. Consiste en una actitud o estado de ánimo racionalista de menosprecio a las estructuras reales fraguadas en el proceso histórico del pasado, de deseo de derribarlas y de sustituirlas por la puesta en práctica de una concepción del intelecto, en la que se tiene plena confianza. En este sentido, la actitud revolucionaria constituye un estado de ánimo de *hipertrófica devoción a la razón pura, abstracta, de tipo matemático*, que trata de imponerse a la vida para amoldarla a su forma; es decir, entraña el propósito de adaptar la realidad social a un esquema ideal, a la cuadrícula de ideas que la razón ha forjado; lo cual lleva, en alas de un entusiasmo superlativo, a una postura radical, y, a la vez, a una especie de amor fervoroso y exaltado por la tarea revolucionaria; de suerte que, por ejemplo, en la revolución violenta no se ve algo así como un áspero recurso quirúr-

gico, al cual no haya más remedio que apelar en momentos dramáticos de la historia, en los que se han cerrado todos los demás caminos, antes bien, se ve en la revolución un procedimiento magnífico de barrer las tradiciones y estructuras pretéritas, engendradas turbiamente (es decir, no obedeciendo a los esquemas del intelecto) y de llevar a la práctica los planes fabricados por la razón.

Sería muy sugestivo desarrollar los temas esbozados sobre los diversos conceptos o acepciones de revolución e indagar las relaciones que pueda haber entre ellos. Pero no es este estudio de Teoría Fundamental del Derecho el lugar adecuado para desenvolver esos temas. Demasiado larga ha resultado ya esta digresión, cuyo único objeto ha sido aludir a esos otros conceptos de revolución; y hora es de cerrar este paréntesis para volver al tema del presente epígrafe, que es el de la producción originaria de Derecho y, dentro de ella, los casos de revolución, golpe de Estado y conquista, que constituyen, los tres, una ruptura del orden jurídico vigente y la creación de uno nuevo sobre diversa base fundamental, es decir, que representan una solución de continuidad en la historia del Derecho.

Se preguntará, tal vez, por qué ha de admitirse que de una ruptura violenta del orden jurídico pueda nacer en algunos casos nuevo Derecho; y por qué, en cambio, no se sostiene el principio de la legitimidad, es decir, el principio de que el Derecho tan sólo podría reelaborarse y reformarse mediante los procedimientos establecidos en el orden jurídico vigente. Pero adviértase que, si pretendiéramos establecer tal criterio, habríamos de concluir que no hay actualmente en el mundo entero un sólo ordenamiento jurídico, pues en la historia de ninguna nación faltan revoluciones y golpes de Estado que hayan roto la continuidad jurídica. Nótese, además, que aun admitiendo hipotéticamente dicho criterio de la legitimidad, el problema planteado por la aparición originaria del Derecho quedaría íntegramente en pie, pues la cadena que una las sucesivas fases del desarrollo legítimo del Derecho ha de tener un principio; esto es, tendrá un primer eslabón o peldaño, que no se apoyará en otros anteriores, sino que representará un momento de creación jurídica originaria, sin previo sustentáculo jurídico-positivo, pues hemos visto ya que hay otros casos de producción originaria de Derecho, aparte de la revolución, del golpe de Estado y de la conquista triunfantes.

En el fondo de la explicación y justificación de que tales hechos (de solución de continuidad en la historia jurídica) puedan crear —con arreglo a determinadas condiciones— nuevo Derecho, late el sentido de certeza y seguridad que es una de las raíces vitales del Derecho. Una vez que se ha derrocado y se ha hecho añicos el ordenamiento jurídico anterior, queda la sociedad sin Derecho; y entonces, la necesidad que crea este vacío es colmada por el nuevo Derecho que funda la revolución, o el golpe de Estado o la conquista. Y, ya desde un punto de vista estimativo, puede resultar preferible el nuevo Derecho surgido de ese acontecimiento violento —aunque no se le considere bueno— que la ausencia de todo orden jurídico.

Ahora bien, he de reiterar dos advertencias, que he esbozado ya. En primer lugar, nótese que la constatación de que ha nacido nuevo Derecho no significa de ninguna manera una aprobación valorativa de su contenido. El nuevo Derecho puede resultar mejor que el anterior, más justo, más adecuado a las circunstancias sociales y a las necesidades de la colectividad, como, verbigracia, ocurrió con el Derecho surgido de la Revolución Francesa, en relación con el derrocado del *Ancien Régime*.

O, por el contrario, el nuevo Derecho surgido del golpe violento puede representar algo mucho peor que el derrocado, como, por ejemplo, ocurrió con el orden creado por algunas revoluciones de nuestro tiempo, en el viejo continente, que significaron una pura regresión y un agente de rebarbarización —aparte de que en dichos regímenes había un gran volumen de arbitrariedad, que no era Derecho, ni justo ni injusto, sino pura fuerza bruta al servicio del capricho.

En segundo lugar, he de hacer notar que no todo cuanto haga el poder triunfante en una revolución, golpe de Estado o conquista, representa creación o nacimiento de nuevo Derecho. Para que se pueda registrar una producción originaria de Derecho son precisos esencialmente dos requisitos: 1º Que el nuevo producto, que pretende valer como Derecho, posea los caracteres o notas esenciales del concepto formal de la juridicidad, es decir, que se trate de mandatos con forma jurídica y no de mandatos arbitrarios; 2º Que la voluntad social predominante esté de acuerdo con el nuevo régimen, en virtud de una adhesión a él y no por el mero influjo aplastante de la fuerza bruta.<sup>5</sup>

El primer requisito se refiere, como he indicado, a la diferencia entre Derecho y arbitrariedad. Para que los mandatos emitidos por el nuevo régimen constituyan Derecho, es preciso que no sean mandatos arbitrarios. Es decir, se necesita que no sean mandatos que sólo respondan al capricho fortuito e imprevisible de quien dispone de la suprema fuerza, desligados de toda regla general, ajenos a todo principio fijo, sino que, por el contrario, es menester que, fuere cual fuere su contenido, constituyan expresión de reglas generales que se imponen como vigentes para todos, obligando incluso a quien las dicta; esto es, precisa que representen principios inviolables con validez general, con vigencia estable, mientras no se los derogue o sustituya por otros de igual índole. Con este primer requisito no se formula ningún juicio de valor sobre la justicia o injusticia, ni sobre la adecuación o inadecuación de los contenidos de las nuevas normas, sino tan sólo se traza la delimitación entre aquello que tiene forma jurídica —y que a fuer de tal satisface la urgencia de certeza y seguridad— y aquello que representa única y exclusivamente la manifestación de los antojos singulares del detentador del poder, sin arreglo a ningún criterio fijo y estable; en suma, aquello que constituye pura arbitrariedad —y que, en tanto que tal, representa la destrucción de toda certeza y seguridad.

El segundo requisito consiste en que, para que el nuevo sistema de normas pueda ser considerado como Derecho vigente, es menester que en su conjunto consiga un reconocimiento o una adhesión de la mayoría de la comunidad, cuya vida se propone regular. Ciertamente pertenece a la esencia de la juridicidad la dimensión de imperio inexorable o imposición coercitiva; pero esta dimensión se refiere a todas y cada una de las normas dentro de un sistema *vigente*. Ahora bien, para que un sistema, en su conjunto, pueda ser considerado como *vigente*, precisa que se apoye sobre la efectiva voluntad social predominante; es decir, que cuente con una base real de asentimiento de la mayoría de la colectividad; que constituya una expresión de la predominante manera de pensar y de sentir de los componentes de la sociedad.

La raíz de la vigencia de un sistema jurídico no puede consistir en una pura relación de fuerza bruta. Por el contrario, ha de consistir en una *resultante* de las voluntades que forman la textura social. La más profunda raíz del mando jurídico no es jamás la fuerza material. El mando jurídico tiene a su disposición la mayor

concentración de poder y de fuerza que hay en la sociedad, para hacer cumplir inexorablemente, impositivamente, si es preciso, sus preceptos. Pero su instalación como mando jurídico no se funda en la tenencia de los instrumentos de fuerza material, sino en un apoyo de opinión pública. Precisamente porque un régimen se instala con la aquiescencia de la opinión pública, porque cuenta con la resultante de las voluntades que integran la colectividad, por eso tiene a su disposición el aparato que se llama fuerza.

Esta adhesión de la opinión pública puede darse en muy diversos grados. Pero un *mínimum* de adhesión, que represente la tranquila y normal aceptación de la mayor parte de las gentes, es siempre indispensable para que se pueda decir que ha nacido un nuevo régimen jurídico, porque de lo contrario nos hallaríamos tan sólo ante un mero fenómeno de brutalidad. El nuevo régimen puede surgir apoyado desde el primer momento por un entusiasmo fervoroso de la inmensa mayoría o de la casi totalidad de la comunidad, como, por ejemplo, ocurrió en la República Española en abril de 1931, exaltada con ardiente devoción por más de las tres cuartas partes de la nación. En este caso, no hay problema de ninguna especie, porque el nuevo régimen cuenta no sólo con la aquiescencia de las gentes, sino con algo más intenso y vigoroso: con el fenómeno activísimo de una resultante de voluntad enervada. Puede suceder también que el nuevo régimen cuente tan sólo con el apoyo entusiasta de una mayoría y con la anuencia pasiva de los demás grupos. Y puede acontecer que el nuevo sistema disponga en su apoyo únicamente de la conformidad pasiva de las gentes, sin una ferviente devoción. Este sería el *mínimum* a que me he referido como indispensable, para que el nuevo sistema pueda ser considerado como Derecho. Esa aceptación pasiva, pero pacífica y normal —diríamos conformista—, constituye un acatamiento, sin identificación con lo que el nuevo régimen representa, inspirado por motivos diferentes de los de entusiasmo o de plena satisfacción. Estos motivos, por ejemplo, pueden ser que, considerando difícil superar por el momento el nuevo régimen instalado y pensando que sería peor vivir sin Derecho, en situación de anarquía, se opta por plegarse a él, en espera de coyuntura más favorable para modificarlo o derrocarlo. O bien las gentes, sin sentirse identificadas con el nuevo régimen, lo consideran como el mal menor entre todas las demás posibilidades inmediatas y se avienen a acatarlo por ese motivo. En tales casos, aunque no exista un sentimiento de plena satisfacción ni una coincidencia entusiasta con lo que el régimen representa, se produce un asenso normal y pacífico, una aceptación habitual. Con esto se cumple ese segundo requisito indispensable para que el ordenamiento surgido con figura jurídica —reuniendo por eso el primer requisito— pueda ser considerado como nuevo Derecho.

Por el contrario, si el nuevo ordenamiento, aunque tenga figura jurídica, se mantiene sólo por la fuerza bruta de las armas y del terror, en contra no sólo del modo de pensar y de sentir de la mayoría de las gentes, sino también de su voluntad taxativa, tan sólo porque se las ha reducido a la impotencia mediante la violencia atroz, entonces no puede considerarse como jurídico al nuevo régimen, aun cuando emita normas que tengan forma jurídica. Quien cuente única y exclusivamente con la brutalidad de una fuerza material podrá dirigir una agresión contra un pueblo, y aun sostenerla durante algún tiempo, pero propiamente no ejercerá un mando jurídico sobre el mismo. Dice a este respecto José Ortega y Gasset: "Conviene dis-

tinguir entre un hecho o proceso de agresión y una situación de mando. El mando es el ejercicio normal de la autoridad. El cual se funda siempre sobre la opinión pública —siempre, hoy como hace diez mil años, entre los ingleses como entre los botocudos—. . . La verdad es que no se manda con los jenízaros." Así, decía Talleyrand a Napoleón: "Con las bayonetas, Sire, se puede hacer todo menos una cosa: sentarse sobre ellas. Y mandar no es gesto de arrebatarse el poder, sino tranquilo ejercicio de él. En suma, mandar es sentarse. Trono, silla, curul, banco azul, poltrona ministerial, sede. . . El Estado, en definitiva, es el estado de la opinión pública." Quien manda jurídicamente dispone, como he dicho, de toda la fuerza para imponer sus normas a los rebeldes. Pero el hecho global de su mando o, lo que es lo mismo, el fundamento del sistema jurídico, del régimen como totalidad, no puede ser la fuerza, sino que debe ser una adhesión de la comunidad nacional. Para que las órdenes que emite un poder sean normas jurídicas, no basta con que tengan la forma de tales y con que cuenten con el apoyo de la fuerza bruta detenida por los que ocupan el poder. Es preciso, además, esencialmente, que esas normas en tanto que totalidad, es decir, en su conjunto, traduzcan una situación de normalidad. Un sistema jurídico, para que sea tal, requiere una base de normalidad congruente.

Repito que la comprobación de que ha nacido un nuevo Derecho, porque el anterior sistema quebró o fue derrocado y el nuevo cumple los dos requisitos señalados (forma jurídica y adhesión normal de la mayoría de las gentes), no implica ningún juicio estimativo, no supone una valoración positiva del nuevo régimen. Este puede representar, en contraste con el precedente, una mejoría, ser más justo, o, por el contrario, acaso encarne una regresión, una menor justicia. De lo uno y de lo otro hay múltiples ejemplos en los anales de las revoluciones, golpes de Estado y conquistas. Claro es que el problema del juicio estimativo que merezca el nuevo régimen es de la mayor importancia; y aún más, que esa valoración, según sea positiva o negativa y en la medida en que se produzca en la conciencia de la mayoría de sujetos, tendrá un poderoso influjo sobre la permanencia o transitoriedad del apoyo social que el régimen consiga. Pero aquí se trata sólo de la cuestión de mostrar cuáles son los requisitos necesarios, desde el punto de vista de la Teoría jurídica fundamental, para registrar el nacimiento de un nuevo Derecho, con independencia de que éste sea superior o inferior al precedente.

Debe mencionarse aquí el ensayo realizado por Kelsen para construir o explicar *jurídicamente* la solución de continuidad (revolución, golpe de Estado) del Derecho estatal, desde el punto de vista del Derecho internacional. El Derecho internacional en el que se integran todos los órdenes jurídicos estatales y al cual éstos se hallan subordinados, regula la creación del Derecho estatal. Cuando la constitución de un Estado se modifica no por la vía prescrita por esa misma constitución, sino por una vía revolucionaria, es decir, violando esa constitución, entonces si el nuevo poder público que surja es capaz de mantener la nueva constitución por éste creada, sucede que esa nueva constitución es reconocida como válida por el orden jurídico internacional. Según el Derecho internacional positivo, la revolución o el golpe de Estado triunfantes crean un nuevo orden jurídico. Según el Derecho internacional, un orden jurídico nacional es válido desde el momento en que consigue eficacia; y cesa de ser válido cuando pierde su eficacia. Desde el punto de vista del Derecho internacional el hecho revolucionario no implica una solución de continui-

dad en la historia jurídica de un Estado, siempre y cuando el nuevo orden jurídico se aplique al mismo territorio, por lo menos al mismo territorio aproximadamente. El hecho revolucionario viene a representar una especie de procedimiento extraordinario para modificar la constitución —el cual, si es ilegal desde el punto de vista del Derecho estatal, está en cambio reconocido por el Derecho internacional. Desde ese punto de vista, el hecho revolucionario triunfante no destruye la identidad del orden jurídico que es sustituido por otro: el poder victorioso es considerado por el Derecho internacional como el nuevo poder legítimo de ese Estado. La revolución o el golpe de Estado triunfante se constituye en fuente de un nuevo orden jurídico.

Para que esa teoría de Kelsen resultase aceptable, sería preciso completarla añadiéndole los dos requisitos que especificué antes: primero, que el nuevo orden tenga forma jurídica, es decir, que no constituya un conjunto de hechos arbitrarios; y segundo, que la eficacia que obtenga sea una eficacia debida a un pacífico asentimiento, a una aceptación normal y no al efecto de la violencia material o del terror. Cuando falten esos requisitos o tan sólo uno de los dos, entonces el Derecho internacional no puede reconocer como un nuevo orden jurídico lo que carezca de la forma jurídica, o lo que sea tan sólo expresión de un mero hecho de fuerza bruta.

#### 9. TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE.

No toda sustitución o reforma de la constitución representa producción originaria de Derecho, ni, por tanto, inaugura un nuevo sistema jurídico, ni tampoco, por ende, determina una solución de continuidad respecto del orden anterior. Una constitución puede ser modificada o substituida *normalmente, legalmente*, es decir, siguiendo para ello el procedimiento de reforma previsto de modo explícito o tácito en la constitución anterior, esto es, en la que se modifica o reemplaza; y, entonces, en nada se rompe la continuidad de la vida jurídica estatal, puesto que al anterior cimiento constitucional se superpone otro nuevo engarzado con él, fundado en él; de suerte que la validez de la nueva constitución no representa algo primario, no es algo radicalmente originario, no es algo de nueva planta, sino que se deriva de la validez de la constitución precedente, la cual sirve de fundamento a la nueva.

Ahora bien, la reforma normal o legal de la constitución está limitada por barreras infranqueables: puede abarcar una serie de puntos, pero nunca el relativo a la titularidad legítima del supremo poder. Para que una modificación de la constitución pueda ser considerada como reforma legal, normal —y no como otro tipo de alteración completamente diverso—, es necesario que respete la titularidad originaria del supremo poder, que se siga apoyando sobre el mismo poder primariamente consagrado como legítimo. Una reforma normal o legal de la constitución no puede llegar al punto de cambiar la esencia de la constitución, no puede modificar el supremo poder del Estado; por ejemplo, no puede transformar un régimen democrático en un régimen de monarquía absoluta de derecho divino, ni viceversa, pues cualquiera de esos dos cambios representaría una solución de continuidad, representaría el surgimiento de un nuevo régimen, no apoyado en el anterior, sino basado precisamente sobre la negación de lo que era esencial en el anterior. Esto es así por la siguiente consideración, que resulta harto clara y notoria: el órgano o poder autori-

zado para reformar la constitución vigente es tal, precisamente porque esta constitución le confiere competencia para ello; y, por consiguiente, de la constitución ese órgano podrá modificar los puntos para cuya reforma se le otorga esa competencia, pero en ningún caso podrá modificar —aunque esa competencia no hubiere sido explícitamente limitada— aquello que se refiera esencialmente a la titularidad del supremo poder. En el momento en que el órgano competente para la reforma de la constitución pretendiese modificar este punto —el de la titularidad o fuente del supremo poder— negaría el fundamento de su propia competencia legal; y, entonces, lo que hiciera en ese sentido, constituiría la fundación originaria de un nuevo sistema jurídico, sin conexión con el anterior, sin ningún fundamento sobre el anterior; representaría una ruptura total con el orden jurídico precedente, aun en el caso de que ésta se produjese de modo pacífico e incruento. Adviértase que para que se dé una solución de continuidad en la historia jurídica, esto es, para que se produzca la derrocamiento del sistema anterior y la fundación de un nuevo Derecho, no es de ninguna manera indispensable que ocurran hechos de violencia material. Aunque esto último sea lo más frecuente, sin embargo, la historia registra casos en que, sin ningún acto de violencia, un viejo régimen se hunde y aparece entonces un nuevo régimen —como producción originaria de nuevo Derecho.<sup>7</sup>

La producción originaria de Derecho implica lo que se llama *poder constituyente*. Cuando se funda por vez primera una comunidad estatal (y también cuando, en un viejo Estado, ha sido derrocado el régimen anterior), se da la situación constituyente, que se caracteriza porque no hay un Derecho positivo anterior que esté vigente, y porque va a fundarse un nuevo sistema jurídico.

Respecto del poder constituyente han de plantearse dos cuestiones: 1º En qué consiste el poder constituyente. 2º A quién debe corresponder el poder constituyente. El primero de los temas consiste en preguntarnos por el concepto esencial o puro de poder constituyente. El segundo es propiamente un problema de estimativa jurídica o de filosofía política.

Ocupémonos, ante todo, de la primera de esas cuestiones: de la índole del poder constituyente. El poder constituyente es por naturaleza *ilimitado, absoluto*, en tanto en cuanto que no se halla sometido a ningún ordenamiento positivo, y en tanto en cuanto no deriva su competencia de ningún otro poder, sino que se funda sobre sí mismo, en sí mismo, a fuer de primero y originario. La actuación del poder constituyente representa una formación originaria de Derecho, y, por lo tanto, no está regulado por ningún orden jurídico positivo preexistente. Precisamente el poder constituyente es la condición para que después pueda haber Derecho constituido; y, por ello, no se encuentra condicionado por ninguna norma positiva anterior. El acto constituyente es el acto primordial y originario de soberanía, superior y previo a los actos de soberanía ordinaria —cuya futura regulación él mismo habrá de establecer. El poder constituyente no puede hallarse sometido a ningún precepto positivo anterior —si antes había un ordenamiento, éste caducó—; por eso, el poder constituyente es superior y previo a toda norma establecida, ya que en él se fundará la validez de todas las normas que se establezcan. Por eso, el poder constituyente no está ligado por ninguna traba positiva: representa una voluntad inmediata, previa y superior a todo procedimiento estatuido. Como no procede de ninguna previa

norma positiva, no puede ser regulado por preceptos jurídicos anteriores. Por eso, decía Sieyès, que el poder constituyente "lo puede todo".<sup>8</sup>

Ahora bien, no se malinterpreten las afirmaciones que anteceden, dándoles un sentido y un alcance diverso del que tienen. Al hablar del carácter ilimitado y absoluto del poder constituyente, se anuncia tan sólo que no está sometido a ninguna norma jurídica anterior, sencillamente porque no hay ninguna norma jurídica anterior que esté vigente —las que sigan vigentes mientras actúe el poder constituyente, no derivan su vigencia de ningún título antiguo, sino de una convalidación tácita o expresa de parte del poder constituyente. Pero esa formal ilimitación del poder constituyente de ninguna manera implica que hayamos de considerar que el poder constituyente no esté sometido a otras normas no positivas, ni que no deba seguir determinadas orientaciones valorativas. Es decir, el poder constituyente no está sometido a ninguna traba positiva, pero sí está sometido a los valores jurídicos ideales y a las exigencias del bien común en una determinada circunstancia histórica. El poder constituyente no se halla restringido por *ninguna autoridad jurídica humana, pero debe obedecer a los principios de justicia* y a los demás valores jurídicos y a la opinión social que lo ha originado.

El poder constituyente es por esencia *unitario e indivisible*, es decir, no es un poder coordinado a otros poderes divididos (legislativo, ejecutivo, judicial); antes bien, es el fundamento de todos los demás poderes que vayan a surgir, y de sus respectivas competencias. La elaboración de una constitución *primera* (escrita o no escrita, de un tipo o de otro, expresa o tácita) supone un poder constituyente; y, sí, del concepto mismo de constitución se deduce la diferencia entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Todas las competencias o facultades de los poderes constituidos se apoyan en la norma fundamental, base de la primera constitución, y, como ésta es la obra del poder constituyente, resulta, por ende, que derivan de él. Todo el sistema jurídico se basa en la norma fundamental instituidora del poder constituyente ("será Derecho lo que ordene el poder constituyente"). El poder constituyente surge precisamente cuando no hay un sistema jurídico anterior —bien porque se trata de la fundación de una nueva comunidad política soberana, bien porque en una preexistente se arruinó el antiguo régimen—; y, por tanto, entonces no existe ningún poder constituido con título jurídico-positivo; el único poder legítimo es el constituyente; *en él se confunde el hecho de su realidad con el Derecho*, pues todo el Derecho que va a nacer se apoyaría en el hecho del poder constituyente.

Se argüirá quizá, que, a través de los cambios de régimen, sucede a veces que subsisten en el nuevo ordenamiento una serie de normas jurídicas recibidas del anterior —por ejemplo, el código civil, etc.—, cual ha ocurrido en más de una revolución. Pero tal objeción no está justificada en contra de la tesis que he expuesto, por la sencilla razón que confunde el contenido de las normas y su procedencia real con el título de su validez formal. Si después de una revolución triunfante subsiste el código civil que había nacido e imperado en el régimen anterior derrocado, aunque se trate del mismo código civil, ha variado sustancialmente su fundamento de validez. Impera en el nuevo régimen, no en virtud del título que lo apoyase en el pasado, sino merced a que el nuevo régimen lo ha convalidado expresa o tácitamente. Así, por ejemplo, en España, después del golpe de Estado del general

Miguel Primo de Rivera en 1923, siguió rigiendo el viejo código civil; pero, a partir de aquella fecha, rigió no porque lo hubiesen aprobado las Cortes de 1888 y lo hubiese sancionado la corona, sino porque el poder absoluto de la dictadura lo convalidó tácitamente. El mismo código civil siguió rigiendo después de la proclamación de la República, en virtud de que el poder constituyente de ésta lo convalidó.

De ningún modo debe confundirse el poder constituyente con la competencia legal establecida por una constitución para la reforma parcial de alguna de sus normas. El poder titular de esa competencia para la reforma de algunos preceptos de la constitución no posee el carácter de poder constituyente *stricto sensu*, por la sencilla razón de que recibe sus facultades de la misma constitución que se va a reformar, cuya identidad fundamental persistirá a través de todas las modificaciones normales que se le introduzcan. Esa facultad de reformar la constitución, aunque tenga carácter extraordinario, es una competencia basada en el Derecho constituido; y, a fuer de tal, está regulada y limitada por éste. En cambio, el poder constituyente puede estructurar el Estado como quiera, sin restricciones, libre de toda vinculación a organizaciones pretéritas.

He examinado hasta aquí la cuestión acerca de lo que es en esencia el poder constituyente; es decir, en qué consiste. Pero queda la otra cuestión, que ya enuncié, la de *quién deba ser* el titular del poder constituyente. Ahora bien, este ya no es un problema de Teoría general del Derecho, sino una cuestión de Estimativa jurídica y de Filosofía política. Por lo tanto, debería quedar aplazada esta cuestión para la última parte del libro, en la cual se tratará de la Estimativa jurídica. Mas para no romper la unidad del asunto relativo al poder constituyente, enfocaré ahora el mencionado tema, aunque él representa un punto de vista formalmente distinto de los que integran el contenido de esta investigación, pues ahora no se trata de indagar la esencia de un concepto jurídico, sino de preguntarnos por una exigencia valorativa.

Las concepciones de la monarquía absoluta fundada en un supuesto Derecho Divino —tesis que jamás fue admitida por ninguno de los grandes filósofos escolásticos y que en cambio tuvo representación en algunos pensadores luteranos— sostenían que el poder constituyente correspondía al rey, quien lo recibía plenariamente en su persona concreta, en virtud de una Voluntad Divina taxativa y determinada. Esta tesis hace ya más de un siglo que entró en franca decadencia, aun en el mismo seno del tradicionalismo monárquico, el cual trató de buscar fundamentos democráticos para su tesis —cual ocurrió dentro de los partidos realistas del luteranismo alemán, pues el propio Bismarck aducía la voluntad del pueblo como base de la corona prusiana y de la institución imperial. En tiempos recientes, los movimientos políticos totalitarios (italiano, alemán, ruso) lanzaron otras tesis, que no resisten a un examen serio, pues representan la expresión de piruetas frenéticas —la entronización de mitos; audacia violenta, raza, clase social—; y aun tales mitos fueron proclamados sin convicción plena, pues al mismo tiempo que eran predicados con paroxista estruendo, se trataba de buscar un apoyo democrático (real o fingido) a dichos regímenes. (Adviértase que los regímenes totalitarios —lo mismo el fascista y el nazista que el soviético— no se caracterizan tanto por su antidemocracia, pues son típicamente revoluciones de masas, sino por la negación de la dignidad humana y de la libertad; y es fundamentalmente en esa negación de la libertad donde reside su

barbarie y monstruosidad consistentes en un propósito de deshumanización integral, es decir, de desindividualización y, por tanto, de subversión de todas las valoraciones).

La zona de cultura occidental mantiene la concepción democrática, según la cual, el poder constituyente compete a la comunidad nacional de modo plenario. El titular del poder constituyente debe ser la nación, como unidad capaz de obrar, como conjunto de sujetos que tienen conciencia de su integración nacional y voluntad de afirmarla. Según la teoría democrática clásica,<sup>9</sup> el poder constituyente compete legítimamente a la soberanía nacional, una, plena e indivisa; y es inalienable, permanente, intransmisible e imprescriptible. Permanece siempre en potencia, latente bajo toda constitución derivada de él. Y, así, cuando la constitución positiva caduca y con ella cae todo el ordenamiento jurídico positivo, entonces el poder constituyente de la plena soberanía nacional asume el carácter de única autoridad legítima.<sup>10</sup>

Ahora bien, hay que advertir, acentuándolo con todo vigor, que la filosofía política prevalece en los países plenamente civilizados del Mundo Occidental, no es, ni ha sido desde las grandes revoluciones de Inglaterra, Norteamérica y Francia, pura democracia sin más, antes bien es *democracia liberal*. Esto significa que, si bien por una parte se afirma —de acuerdo con la vieja tradición escolástica— por Derecho natural que el único titular primario del poder político es la comunidad nacional, se afirma asimismo, y haciendo gran hincapié en ello, que ese poder político no es de ninguna manera ilimitado, sino que, por el contrario, *está limitado* por normas de Derecho natural, lo cual tiene, entre otras manifestaciones, la consecuencia importantísima de que el poder soberano debe respetar los derechos fundamentales del individuo. Una mayoría de todos menos uno carece de poder justificado para desconocer y violar los derechos básicos de ese único individuo, porque tales derechos tienen un rango axiológico más alto que los principios que sustentan el gobierno democrático.

La filosofía de la democracia liberal, al aplicarse al poder constituyente, produce la exigencia ideal de que éste, desde el punto de vista de la Estimativa o Axio-lógica Jurídica, aunque de hecho posea una potestad absoluta, debe limitar esa potestad mediante el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de la persona individual.

Esta es una de las diferencias esenciales y tajantes que separan la filosofía democrática frente a las concepciones totalitarias. Entre los dos sistemas hay un abismo inzanjable que excluye toda posibilidad de compromiso.

10. LA PRODUCCIÓN DERIVATIVA DEL DERECHO. LA LEGISLACIÓN CONSTITUCIONAL. LA LEGISLACIÓN ORDINARIA. LOS REGLAMENTOS. EL NEGOCIO JURÍDICO. LA SENTENCIA JUDICIAL. LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA. EL ACTO EJECUTIVO.

Se ha puesto ya de manifiesto que el ordenamiento jurídico positivo regula él mismo su propia producción, es decir, la producción de sus normas.

Sea cual fuere el origen real concreto de las diversas normas y aun el orden cronológico de su producción, todas ellas se articulan —según expliqué— en un sistema unitario jerárquico o escalonado; de suerte que cada una tiene en otra supe-

rior el fundamento formal de su vigencia de otras inferiores. Los grados o escalones del sistema jurídico se organizan en una serie que va desde la norma fundamental, pasando por las normas superiores más abstractas y generales —constitución positiva, legislación ordinaria, reglamentos—, pasando a través de otros grados intermedios (órdenes, estatutos, negocios jurídicos), hasta las más concretas e individualizadas —sentencias, resoluciones, actos ejecutivos.

En contra de esta doctrina de Merkl y de Kelsen, se ha argüido que ella puede ser válida para explicar determinados ordenamientos jurídicos —v. gr., el de la República Austriaca de 1920, el de la República Checoslovaca de 1920, el de la República Española de 1931, etc.—, que han sido contruidos según ese patrón de sistema jerárquico, pero que, en cambio, no sería aplicable a otros ordenamientos jurídicos, como el inglés. Pero en esa objeción anida un grave error. Se supone indebidamente que la doctrina de la jerarquía de las normas o construcción escalonada del orden jurídico trata de afirmar que en la historia, real y efectivamente, los ordenamientos jurídicos se han producido según ese patrón; y entonces resultaría que esto no sería aplicable al Derecho inglés ni a otros muchos ordenamientos. Pero, como se ha indicado ya, no es este el sentido de la doctrina; ella no pretende de ninguna manera ser la copia fotográfica de la realidad de los elementos que constituyen un orden jurídico, cuyo origen efectivo puede ser heterogéneamente dispar, y vario en el tiempo, sino que esta teoría se propone otra cosa. Se propone interpretar todos esos elementos varios, es decir, todos los múltiples y diversos preceptos —sean cuales fueren las peripecias reales de su gestación— como formando un *sistema jurídico*, que sólo puede basarse en una articulación jerárquica de competencias formales. Se propone explicar, no los azares reales a través de los cuales han surgido las diversas normas, antes bien, el fundamento de validez formal de cada una de ellas. Por ejemplo, dos personas celebran un contrato ignorando la legislación civil y, por tanto, sin tener conciencia clara de que ellas están obrando con una competencia recibida del código civil; pues bien, sin embargo, las cláusulas de ese contrato son válidas como Derecho vigente para determinadas relaciones entre las partes, en virtud de la delegación que el código establece a favor de los particulares para que éstos, dentro del ámbito concedido por la ley, regulen contractualmente sus relaciones. Una sentencia puede enunciar expresamente por primera vez una norma, que antes no estaba formulada; pues bien, sin embargo, se estima que esta norma, aunque antes no se hallaba formulada, estaba ya de antemano vigente, y que ella es precisamente la que concede validez al fallo dictado en la sentencia, que de otra manera no podría ser considerado como un precepto inserto en el orden jurídico vigente. Una corporación puramente privada crea sus propios estatutos, sin intervención de ninguna autoridad oficial; pero esos estatutos forman parte del Derecho vigente, tan sólo en virtud de que una norma superior del mismo admite que ese sea un medio de producción de Derecho. En algunos Estados americanos, de hecho el Ejecutivo podrá ser el poder más fuerte, el que en realidad obre con prepotencia decisiva; pero sus determinaciones valen jurídicamente en tanto en cuanto podemos interpretarlas como ejercicio de competencias que le concede la constitución, o como delegaciones recibidas del Legislativo. Así pues, la teoría de la estructura jerárquica de las normas o construcción escalonada del orden jurídico no es un relato de realidades ni una narración histórica, sino que es el instrumento

metódico mediante el cual el jurista puede construir el sistema del orden jurídico positivo vigente, con los materiales que recibe.

Esta serie escalonada parte de la norma fundamental en sentido lógico-jurídico (cuyo concepto ya expuse) —por ejemplo: "será Derecho aquello que establezca el poder constituyente X". De esta norma fundamental o primera constitución en sentido *lógico-jurídico*, se deriva la primera constitución en sentido *jurídico-positivo*, esto es, el conjunto de normas (establecidas por el poder constituyente, supuesto como válido) que regulan la creación de las demás normas ulteriores.

La constitución positiva puede establecer una diferencia de rango o grado entre sus normas y las leyes ordinarias ulteriores, en tanto en cuanto determine que las modificaciones o enmiendas de la constitución deban ser elaboradas siguiendo un procedimiento diverso del de la legislación ordinaria (bien porque se confíe su producción a un órgano legislativo especial, distinto del órgano legislativo ordinario; bien confiriéndosela a este mismo, pero imponiéndole un procedimiento especial o determinados requisitos extraordinarios). Cuando se produce esta diferencia entre ley constitucional y ley ordinaria, podemos formular entonces un concepto formal de constitución, que representa un rango supremo en la jerarquía de las normas positivas, por encima de las leyes ordinarias. Bajo esta forma constitucional pueden ser reguladas materias diversas. De ordinario, ocurre que mediante esta forma de legislación constitucional se determina no sólo la elaboración de las leyes, sino también el ejercicio del poder ejecutivo, la administración de justicia, la ley económica suprema; de otra parte, asimismo, los llamados derechos fundamentales o de libertad individual (de conciencia, de pensamiento, de movimiento, seguridad, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia); y, asimismo, los derechos políticos (igualdad ante la ley, petición, sufragio, acceso a cargos públicos, etc.); y también los derechos a prestaciones positivas del Estado (los relacionados con el trabajo, con la asistencia social, con la educación, etc.). Pero algunas constituciones incluyen, además, la regulación de otras materias, con objeto de dotar a esa regulación de una especial y más fuerte protección. Y, así, hay preceptos constitucionales que norman la institución del matrimonio y la del divorcio, la autonomía municipal, los derechos de los funcionarios, los derechos de los trabajadores, etc. La regulación constitucional de esas instituciones tiene por objeto hacer imposible que sus normas sean suprimidas o reformadas por vía de la legislación ordinaria. Naturalmente que esto tiene sentido sólo en el caso de que la constitución no pueda ser reformada por el procedimiento de la legislación ordinaria; porque en el caso de que la constitución pueda ser modificada por una ley ordinaria, entonces no tiene finalidad práctica eficazmente decisiva el incluir tales materias dentro de la norma constitucional; aunque a veces se haga así para dar a tales normas una especial solemnidad de declaración política fundamental.

La *legislación ordinaria* representa, en el sistema jurídico, el grado inmediatamente inferior a la constitución. En sentido material se llama ley a toda disposición jurídica escrita, de carácter general; y, por lo tanto, dentro de ese concepto caen también los reglamentos y, en suma, todas las reglas jurídicas generales, dictadas deliberada o conscientemente por los órganos con competencia para ello. Ahora bien, se llama *ley en sentido más estricto, en sentido formal*, a las reglas generales emanadas del poder legislativo y según los trámites que la constitución preceptúa para la

función legisladora. También suelen recibir el nombre de leyes en sentido formal, aunque impropiaemente, todos los acuerdos y actos del poder legislativo, aunque no sean el establecimiento de normas de carácter general, como, por ejemplo, la concesión de la ciudadanía a una persona por un acuerdo del Legislativo, o la otorgación por éste de pensiones a ciudadanos ilustres, el nombramiento de un Regente, la declaración de guerra, el voto de fondos para un homenaje, etc. Así pues, *ley en sentido material* equivale a norma jurídica escrita de carácter general. Y *ley en sentido formal* es la norma emitida bajo la forma establecida por la constitución para la legislación ordinaria, sea cual fuere su contenido —general o particular.

Los *reglamentos* son disposiciones generales dictadas por órganos del llamado poder ejecutivo (Jefe del Estado con la asistencia de un Ministro o de un Secretario, Ministros o Secretarios por sí mismos, Directores generales, autoridades de la administración local). Aparte de las diferencias por el respectivo rango de la jerarquía administrativa de que emanen, pueden distinguirse varias clases de reglamentos. En primer lugar debemos registrar los reglamentos que, aunque dictados por el Ejecutivo, tienen un rango parejo a las leyes *sensu stricto*, y que son de dos clases: a) Los que emite en virtud de una delegación expresa recibida del poder legislativo, para regular determinadas materias con rango de ley; b) Los llamados reglamentos de necesidad, que puede dictar el poder ejecutivo, en circunstancias especialmente graves, teniendo fuerza de ley, pero que, en su momento, deben ser sometidos a la consideración del Legislativo. En segundo lugar, encontramos los reglamentos propiamente tales, que representan un rango inferior a las leyes en la jerarquía de las normas; y estos reglamentos pueden ser: a) Una especificación o concreción detallada de normas formuladas más ampliamente en las leyes; b) Normas supletorias de las leyes, en puntos no regulados por éstas en lo que no se opongan a ellas. Finalmente, hay lo que podríamos llamar reglamentos de reglamentos, es decir, disposiciones aclaratorias y concretadoras de otros reglamentos superiores, dictadas por autoridades de menor categoría, a saber: órdenes generales de subsecretarios, directores generales, etc.

De otro lado, encontramos normas de carácter particular que regulan las relaciones recíprocas de varios sujetos, y que representan un grado inferior en la jerarquía del orden jurídico; se trata de las *normas estatutarias o corporativas* y de las nacidas de los *negocios jurídicos* (contratos, testamentos, etc.). Suele llamarse Derecho corporativo el contenido en los estatutos de las fundaciones, de las corporaciones autónomas, de las asociaciones. Las reglas contenidas en esos estatutos no proceden materialmente de órganos del Estado, pues han surgido en el mismo seno de las mencionadas entidades. Pero esas reglas son normas jurídicas, insertas en el sistema de Derecho vigente, porque éste concede a tales entes (corporaciones, asociaciones, fundaciones, etc.) competencia dentro de cierta esfera y con arreglo a determinadas condiciones, para dictar normas jurídicas que regulen determinadas relaciones recíprocas entre sus miembros y aun del grupo con otros sujetos. Tienen dimensión de normas jurídicas vigentes, porque quien las dicta ha recibido de la ley una competencia delegada para ello. Tanto es así, que dichos estatutos —en cuya elaboración no ha intervenido materialmente ningún órgano público— si son aplicados por los tribunales, es porque se entiende que formalmente valen como voluntad del Estado.

Lo mismo podemos decir respecto de las normas concretas y particularizadas

que son creadas en los negocios jurídicos, mediante una declaración de voluntad, a la que el Derecho atribuye competencia para producir preceptos aplicables a determinadas relaciones. Las partes que intervienen en un contrato elaboran ellas mismas las cláusulas del contrato, que constituirán las reglas jurídicas según las cuales tendrán que regirse determinadas relaciones entre aquéllas. Pero esa declaración de concorde voluntad, que constituye el negocio jurídico llamado contrato, es una norma de Derecho, porque la ley autoriza a los particulares para que establezcan reglas concretas sobre determinados aspectos de su comportamiento, dentro de ciertos límites y con sujeción a unos especiales requisitos. Las partes, al establecer sus pactos, obran como delegadas por la ley. La ley estatuye determinados supuestos para los contratos en general, y otros especiales para cada tipo de contrato en particular; pero deja a las partes —la mayoría de las veces— un margen de autonomía, para que ellas mismas acuerden libremente la regulación concreta de varias de sus pretensiones y deberes. Lo que acuerden las partes es una norma jurídica concreta (es decir, de contenido concreto, concreto lo mismo en lo que se refiere a las personas que a la materia de la relación) porque así lo establece la ley; porque ésta ha delegado en las partes la facultad de dictar de común acuerdo tales reglas. Tanto es así, que cuando dos sujetos (capaces) realizan un convenio sobre materia no admitida por la ley, ésta no reconoce como norma jurídica lo que hayan acordado; es decir, no reconoce efectos jurídicos a ese convenio. Y lo mismo ocurre cuando la ley exige que un determinado convenio para que tenga validez haya de ser celebrado según ciertas formalidades (v. gr., la hipoteca, mediante documento notarial); pues bien, en ese caso, si falta la forma, el convenio no crea precepto jurídico, en suma, no es jurídicamente válido (tal ocurriría, verbigracia, con un contrato verbal de hipoteca); y entonces nos encontraríamos pura y simplemente ante un convenio social, pero que nada tendría que ver con el Derecho.

Los grados inferiores en el sistema jurídico están constituidos por las normas de tipo más concreto e individualizado: las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas. Las normas generales regulan situaciones de hecho abstractamente determinadas, adscribiendo a esos supuestos (es decir, a esas situaciones de hecho) unas consecuencias también abstractamente determinadas. Pero la norma general (ley, reglamento, estatuto, etc.), para ser llevada a la práctica y obtener así su aplicación efectiva, precisa de una individualización, tanto respecto del sujeto de la misma cuanto de la conducta que impone. Este es el papel que cumplen las normas individualizadas y concretas de la sentencia judicial y de la resolución administrativa. Mediante la sentencia judicial —o la resolución administrativa— se comprueba de un modo cierto si se da concretamente la situación de hecho prevista en abstracto por la ley —como condición para el deber jurídico, que ésta establece—; se determina concretamente además el contenido concreto de ese deber jurídico, y, por fin, se le impone a un sujeto singularmente determinado. Muchas veces, entre la ley y la sentencia se interpone la norma creada en un negocio jurídico; y, entonces, la sentencia no sólo cumplirá las prescripciones de la ley, sino también las normas más concretas establecidas en el negocio jurídico (v. gr., en el contrato).

Finalmente, llegamos al último extremo de la cadena jurídica, a saber: al acto de ejecución material, en el cual se impone —si es preciso por la fuerza— el cumplimiento de un precepto jurídico individualizado; v. gr., los actos de los agentes

de la autoridad que practican la ejecución de una sentencia o de una resolución administrativa, o que evitan por medio de la fuerza la comisión de un delito, etc., etc.

Así pues, todo el proceso de producción y desarrollo de Derecho aparece como un sistema de sucesivas delegaciones, que va desde la constitución hasta los actos individualizados de ejecución forzosa.

#### 11. ESTUDIO ESPECIAL SOBRE LA NORMA INDIVIDUALIZADA. (SENTENCIA JUDICIAL Y RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA.)

En el siglo XIX se sostuvo por muchos autores en varios países una doctrina cándidamente ingenua, según la cual la actividad judicial y, consiguientemente, la sentencia judicial se explicaban como un simple silogismo, en el cual la premisa mayor estaría representada por la norma jurídica general (ley, etc.); la premisa menor, por la constatación de los hechos relevantes, y la conclusión, por el fallo. Esta teoría, de apariencia brillante, pero de una superficialidad y simplismo intolerables, entusiasmó a gran número de juristas del siglo pasado en muchos países, y llegó a convertirse en una tesis generalmente aceptada. Incluso, rezagadamente, todavía ha habido en los primeros lustros del siglo XX autores que han seguido adhiriéndose a esa tesis tan frívola, que ignora la auténtica esencia de la función judicial. Tal tesis ha sido objeto de los más duros ataques y de las más fuertes críticas desde muy diversos campos del pensamiento jurídico contemporáneo, por parte de múltiples y dispares escuelas, y por virtud de muy diferentes argumentos, todos ellos con plena fuerza de convicción contra tan cándido esquema.

Tal esquema supersimplifica la realidad y la inteligencia de la función judicial, concibiendo ésta como una especie de puro mecanismo. Por eso se ha llamado a aquella doctrina "concepción mecánica de la función judicial". Esta doctrina fue mantenida por la Escuela Francesa de la Exégesis, por los pandectistas alemanes y por los principales maestros del *Common Law* en el siglo XIX —y predominó también en Hispanoamérica y en España.

Pero hoy en día la "concepción mecánica" de la función jurisdiccional, o de la sentencia como un silogismo, ha sido enérgicamente repudiada por la casi totalidad del pensamiento jurídico contemporáneo. Incluso los pocos autores que en apariencia quieren seguir fieles a aquélla, le añaden una cantidad tan grande de importantes reservas y de substanciales limitaciones, que, en el fondo, la invalidan. Contra esta tesis se han pronunciado abiertamente: la Jurisprudencia teleológica de Ihering; las doctrinas Gény; las aportaciones de Oliver Wendell Holmes, la axiología jurídica de Stammler; la Teoría Pura del Derecho de Kelsen; la Jurisprudencia sociológica norteamericana; la escuela alemana de la Jurisprudencia de intereses; el movimiento del Realismo Jurídico en los Estados Unidos; la teoría francesa de la institución; la Escuela Ecológica Argentina; las nuevas teorías de Derecho procesal, y muchas otras manifestaciones del pensamiento jurídico de muy diversas tendencias, pero todas coincidentes en rechazar la "concepción mecánica" del silogismo.<sup>11</sup>

Kelsen ha puesto en evidencia que las normas individuales de la sentencia judicial y de la resolución administrativa son tan "Derecho" como las normas gene-