

LEGITIMIDAD, VALIDEZ Y EFICACIA

La significación jurídica y política del sistema de producción de normas

Por JESUS F. FUEYO

Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO: I. *Consideraciones generales.* 1) *Ordenamiento y Norma.* 2) *El principio real de unidad del ordenamiento.*—II. *El principio de validez del ordenamiento.* A) *Supuestos del problema.* B) *Interpretaciones.* 1) *El principio de validez como políticamente dado.* 2) *La teoría del consentimiento.* 3) *Fundamento real del principio de validez.* C) *Justificación.* 1) *Legitimidad y existencia política.* 2) *Legitimidad y legalidad.* 3) *Legitimidad y comunidad.*—III. *El principio positivo de validez de la norma.* A) *El sistema de producción de normas.* 1) *Significado.* 2) *Naturaleza.* 3) *Contenido.* B) *Validez y eficacia.* 1) *La concepción de la validez de la teoría pura del Derecho.* 2) *Significación dualista de las normas de producción como fundamento de la distinción entre validez y eficacia.*—IV. *Los procedimientos de revisión de las normas irregulares.* 1) *Significación política del problema.* 2) *El examen de la regularidad como pretendido presupuesto lógico de la aplicación.* 3) *La revisión judicial.* 4) *Los Tribunales constitucionales.* 5) *La revisión en las Constituciones de la postguerra.*

I

En cuanto se pasa de la consideración del Derecho como algo dado al punto de vista del fenómeno mismo del darse en su existencia, afloran al plano especulativo los problemas constitutivos de esa singular categoría de realidad que llamamos Derecho. No sólo ocurre preguntar por la descripción fenoménica de ese acontecimiento, sino también por la índole peculiar de los atributos que incorpora para valer en la forma que vale. No sólo preguntamos «cómo» vale, sino también «por qué» vale.

1. Corresponde a SANTI-ROMANO el mérito de haber advertido cómo, en no poca parte, la tradicional desorientación de la ciencia jurídica acerca de la esencia de lo jurídico, se explica por haberse adoptado como exclusiva la metódica del Derecho privado, siendo así que, al menos en su constituirse, es el Derecho público el que descubre los rasgos más significativos de la realidad jurídica (1).

Pero la observación es más exacta si se interpreta, no como criterio de exclusión del Derecho privado para la conceptualización básica de lo jurídico —lo que sería también unilateral, según se cuida el propio RO-

(1) Vid. SANTI-ROMANO: *L'ordinamento giuridico*, 1.^a ed. reimp. Sansoni. Firenze, 1951, pág. 9.

MANO de advertir—, sino en el sentido más profundo de que sólo en el Derecho público denuncia inmediatamente lo jurídico la trama real de su existir. Con esto no quiere decirse que las relaciones de Derecho privado sean, por así decirlo, asépticas al mundo social circundante, sino que no patentizan ese mismo mundo en su corporeidad objetiva, en su totalidad estructural, como ciertamente lo hace el Derecho público.

Tan pronto como se acude a meditar la norma jurídica en la categoría de su pura existencia, queda al descubierto la organización social como todo que la pone como existente. Puede admitirse que esta organización—siempre que esta última expresión se adopte con cuidado, sin implicaciones naturalistas o mecanicistas— sea un puro «factum»; pero es entonces cuando con mayor razón surge la cuestión esencial de la norma. Siendo ello así, el contenido de la norma, cualquiera que sea, pasa a un segundo plano, y se suscita como metodológicamente previo el problema del título que confiere al mandato la significación peculiar que le presta la obligatoriedad jurídica.

Ahora bien, esta cuestión está, en cierto modo, más allá de la norma misma. Si ésta se contempla clausurada en su entidad concreta, el problema escapa a toda consideración. Sólo cuando lo jurídico queda emplazado en su totalidad objetiva, o cuando la norma concreta es referida a esa misma totalidad, cobran vigor esas implicaciones, que provisoriamente podemos englobar en la problemática de la «validez».

Por esto mismo es imprescindible aclarar la relación que existe entre la norma concreta y la totalidad jurídica en que se inserta. El «prius» lógico de esa relación es el concepto mismo de ordenamiento jurídico (2).

La concepción habitual de que el ordenamiento es un sistema de normas, no siendo inexacta en su consideración estrictamente formal,

(2) Para la ulterior explicación, remito a la obra citada de SANTI-ROMANO, cuya primera edición apareció en 1918, de la que en este punto he adoptado las líneas fundamentales. Su aportación metodológica es extraordinaria, según ya advirtió ORLANDO, quien le dedicó dos excelentes artículos: *Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato*, en «Rivista di Diritto Pubblico», 1926, y *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi-Romano*, en «Scritti giuridici in onore di Santi-Romano», Padova, 1940, I, págs. 17 y sigtes. Cuando, como en este caso, se trata de indagar fenómenos en los que el ordenamiento funciona en su totalidad unitaria, creo difícil tomar una perspectiva metódica más adecuada que la de situar lo jurídico en el orden de realidad donde conforma su existencia, superando la propensión a considerarlo como algo que *per se* cobra su propio sentido, como desde luego ocurre en la habitual consideración sistemático-formal del ordenamiento. Pero tampoco es prudente extrapolar este otro eje conceptual, ya que ello conduce o inclina peligrosamente a una desvirtuación de la realidad de lo jurídico. Algunos textos de ROMANO se prestan a este reparo en cuanto vienen a considerar el derecho como «el principio vital de toda institución», mientras que «la institución es siempre un régimen jurídico», no pudiéndose «distinguir entre sí ni material ni conceptualmente, como no se puede distinguir la vida del cuerpo viviente» (ob. cit., págs. 46-47). Creo que esta reducción unitaria conduce a una identificación de realidades justamente

es desde luego insuficiente para penetrar en lo que realmente es el ordenamiento, y por lo mismo, deja intacto el problema. Pues si la nota clave de ese concepto es la integración sistemática de las normas, toda respuesta será insuficiente en tanto no ponga de manifiesto el principio de orden del sistema. Que éste no es, desde luego, una conjunción puramente lógica, y no digamos un mero agregado aritmético, lo pone de relieve el hecho de que las normas no se producen como partes de un todo unitario, sino como unidades acabadas, que encuentran su función adecuada en un orden que en realidad es previo. El ordenamiento no es ni un código ni una recopilación: es un orden real que funciona y vive jurídicamente (3). Esta adecuación de la parte al todo no se produce por una deducción sistemática que, por así decirlo, haga de unas normas axiomas y de otras corolarios, sino que es expresión de una unidad real básica, que es la organización del cuerpo social conforme a un principio de autoridad. El ordenamiento puede, ciertamente, ser concebido como un sistema de normas; pero su principio constitucional trasciende de aquéllas, y, por lo mismo, la radical unidad del sistema se visibiliza en el hecho de que ellas no hacen sino actualizar una permanente unidad real, de la que dependen en su existir y en su significación normativa. La condición de esa unidad no es meramente sociológica, ni, por lo dicho, puede ser tampoco establecida en términos jurídicos, que serían siempre, a lo sumo, conformadores de algo que le es previo. Lo que en definitiva permite hacer de esa unidad algo sustantivamente distinto de un mero agrupado podría definirse como una constitución «pre-jurídica», es decir, como un «orden en autoridad», que postula la producción del derecho como determinación de su propio ser.

2. Incluso en una descripción elemental de la norma ésta denuncia

antitética a la de Kelsen pero no menos tendenciosa, pues si el normativismo lleva a una disolución jurídica de lo social, este «institucionalismo» propende a una disolución sociológica de lo jurídico. Aun cuando SANTI-ROMANO se ha defendido del reproche, sus aclaraciones no me parecen por entero satisfactorias. Sobre esto, confóntese CARBONARO: *Autonomia del concetto di Stato dei concetti affini*. Firenze, 1948, pág. 57, nota 4.

(3) Ciertamente, nada de lo dicho excluye una consideración puramente normativa del ordenamiento a otros efectos. Este otro es el punto de vista adoptado por el meokelseniano argentino Carlos Cossío cuando dice, por ejemplo: «Nosotros creemos que el orden jurídico es pleno y completo porque la noción de orden jurídico es la de un todo normativo, de manera que resulta contradictorio suponer un caso que esté fuera del todo.» (Vid. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. Losada, Buenos Aires, 2.^a ed., 1947, págs. 174-175), resucitando una tradición que, de creer a ZITELMANN (Vid. *Lücken im Rech*, 1.^a ed. al., 1902, t. e. C. G. POSADA, Losada, Buenos Aires, 1949, en el vol. *La ciencia del Derecho*, pág. 293, y la bibliografía allí citada), arranca de IHERING. Quizá esta posición ante el problema concreto de las lagunas ha contribuido más que ninguna otra a generalizar la visión puramente nomológica de ordenamiento. Cfr. también BRUNETTI: *Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico*. Firenze, 1924.

siempre que se pone como contenido o hace parte del contenido actual de una relación de autoridad preestablecida. Es decir, de una relación entre alguien que está autorizado en alguna forma frente a sujetos en alguna manera determinados, para producir mandatos de una peculiar significación exigitiva. Refiriéndonos a una norma concreta de derecho, este título de autorización viene expedido por otra norma jurídica; pero ésta, confrontada con la anterior, tiene, cuando menos, una característica singular: no es una norma de hechos, sino una norma de normas. En definitiva, no es una norma valorativa jurídicamente de una acción, sino una norma de organización del poder de creación normativa (4). Pero siendo como es una norma jurídica, requiere también su propia autorización. De esta forma se produce una postulación indefinida del título de autorización hasta un cierto punto que ha de tenerse por límite, y con respecto al cual el requerimiento de una autorización de esa misma índole parece dar en el vacío. Este último centro de imputación puede ser considerado como el postulado lógico —meramente supuesto— por virtud del cual es posible someter a un principio de ordenación el conocimiento de la realidad jurídica (5); pero detenerse en este punto es, sin embargo, desconocer la inserción de lo jurídico en el mundo de lo real. El jurista no puede, como quiere el normativismo, adoptar como base última de la comprensión de su objeto científico una mera «hipótesis metódica». Esta puede ser el fundamento suficiente para explicarlo en cuanto también se proyecta como una formación lógica; pero su entidad real no reside precisamente en esa conformación, sino en ser la expresión objetiva de un estatuto totalitario de autoridad, dado como ser

II

A. «La ciencia del Derecho —dice RADBRUCH— concibe, pues, con necesidad metodológica, al contenido del Derecho como algo debido, obligante, vigente. Pero en la busca del fundamento de esta validez tropezaba fatalmente todas las veces la teoría jurídica de la validez con la situación de hecho de un querer autoritario, irreductible a toda ulterior

(4) No de «organización social», al menos directamente, porque las normas «de contenido», también pueden organizar socialmente. Por lo tanto, no debe confundirse la distinción con la de DUCUIT entre «règles juridiques constructives» y «règles de droit normatives» (Vid. *Les transformations du droit public*, 2.^a ed., 1921, págs. 80 y sigtes), ni con la de EHRICH entre «normas de decisión» y «normas de organización» (Vid. *Grundlagen der Soziologie des Rechts*, t. inglesa de MOLL, 1936, págs. 23-24, y en otras obras), en las que hay una contraposición de categorías jurídicas (?) de signo muy diferente.

(5) Cfr. Kelsen: *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*. Berlín, 1928, pág. 63.

derivación. Deducirá la validez de un precepto jurídico de la de otro precepto, la de un decreto de la de una ley, y la validez o vigencia de una ley, de la Constitución; pero la Constitución misma puede y tiene que concebirse en una teoría puramente jurídica, como una «causa sui» (6)

El problema de la validez jurídica queda emplazado en este texto por sus dos vertientes metódicas. De una parte, postula una teoría capaz de comunicar los supuestos de validez de las normas jurídicas en cuanto piezas de la totalidad de un sistema jurídico; de otra, suscita una indagación acerca del fundamento último, del cual el propio sistema como totalidad cerrada, trae su propio principio de validez.

Mas antes de afrontar una y otra, es obligado aclarar, al menos provisionalmente, el sentido con que el término «validez» es empleado, puesto que, sin anticipar el resultado de la elaboración conceptual que cabalmente se persigue, es necesario un acuerdo previo sobre el objeto del problema (7). A estos efectos, por «validez» debe entenderse una explicación jurídica por virtud de la cual un mandato de autoridad obliga jurídicamente. Así, pues, en principio, validez de una norma es el título jurídico de su obligatoriedad jurídica. Aun cuando las dos expresiones «validez» y «obligatoriedad» no deban canjearse como sinónimas, remiten en el fondo a una significación básica común. Esta base es lo que puede denominarse «estatuto de autoridad», es decir, una relación por virtud de la cual un sujeto determinado directamente o indirectamente (por una conexión al supuesto de la norma) queda obligado en ciertos términos frente a las declaraciones de voluntad, emitidas formalmente dentro de cierto ámbito, por un órgano, el cual, por estar dotado de tal virtualidad, decimos que está investido de autoridad. La validez de la norma significa su corrección desde el punto de vista de la virtualidad creadora del poder jurídico que la pone como existente, y a primera vista también a esa virtualidad parece conectarse la significación de obligatoriedad que le atribuye el destinatario. En estos términos, la validez es cuestión previa y anterior a todo contenido del mandato normativo. Cualquiera que sea éste, no puede ser la norma tachada de invalidez sin un examen del poder jurídico que la produce.

Al remitir el problema de la validez de una norma concreta a la relación de autoridad, conduce en realidad a una nueva norma, que es

(6) Vid. *Filosofía del Derecho*, t. e. de «Revista de Derecho Privado», 2.ª ed., 1944, pág. 103.

(7) Comp. Kelsen: *Teoría general del Derecho y del Estado*, t. e. de E. GARCÍA MAYNEZ. México, 1950, pág. 5. Esta obra, de la que se hace en este trabajo reiterado uso, no debe ser confundida con la clásica *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlín, 1925 (también t. e. de LEGAZ LACAMBRA, Labor, Barcelona, 1934), pues se trata de una nueva obra, *General Theory of law and State*, Harvard University Press, 1946, en la que el jurista de Viena ha intentado una adaptación de sus teorías a la realidad jurídica anglosajona.

la que, a su vez, establece como jurídico el estatuto de autoridad. Se produce así un reenvío sistemático a través de todos los grados de la organización del ordenamiento, y de ello resulta que el ordenamiento antes que un sistema de normas, es un sistema de producción de normas, es decir, una organización de poderes jurídicos para la producción del derecho. La validez de una norma significa, cabalmente, que ha sido producida desde el punto jurídicamente adecuado de la organización del poder y por el procedimiento establecido al efecto. Como se ha dicho, este reenvío tiene por límite una norma con respecto a la cual no es ya posible dar con una autorización jurídico-formal. Es en este punto donde el carácter del problema se modifica decisivamente y adquiere una importancia, al parecer trágica, para la ciencia jurídica. En realidad ocurre que en él se salta desde la consideración lógico-normativa del Derecho a la expresión ontológica de su misma realidad. En una palabra, se tropieza aquí con la base real de la que el derecho es una cierta categoría conformadora. En un cierto momento de la explicación del «ser» de esta base, es inevitable tropezar con su conformación jurídica, pero no es menos cierto que también la comprensión radical de lo jurídico termina por dar finalmente en un punto en que aquella base se muestra como un principio de constitución.

Por virtud de este recíproco condicionarse de los dos tipos de realidad resulta, hasta cierto punto, justificada la propensión a resolverlos finalmente en una unidad conceptual, bien sea puramente normativa (KELSEN), bien sea «institucional» (SANTI-ROMANO). Lo que en esta reducción a uno u otro tipo pueda parecer unilateral, es sólo resultado de tener en cuenta la posibilidad de formular la de signo contrario. Pero si conclusiones de esta índole son formuladas con la pretensión de expresar así conceptualmente la «esencia» de una realidad, es obligado entonces recusarlas, pues no es lícito tomar la mutua dependencia existencial de las dos realidades como la expresión ontológica de cada una. El que la autoridad como *factum* propenda a formalizarse en categorías jurídicas no quiere decir que sea una forma jurídica pura ni, por el contrario, el que el derecho aparezca sólo como *positum*, autoriza a interpretarlo como un hecho sin más. Ninguna de las dos entidades pierde al condicionarse lo que por esencia pertenece a cada una; es decir, el presentarse una como «ser», que a sí misma se determina como «deber ser», y el aparecer la otra como «debe ser», que tiende realmente a actuarse como «ser». Por esto mismo es siempre posible aprehenderlas en su pureza, haciendo abstracción de lo que existencialmente las condiciona. Y hasta esto puede ser metodológicamente preferible en general, bien que cuando precisamente la investigación conduce a un punto en el que cada realidad es ya incapaz de autoexplicarse, no deba considerarse *metacientífica* una conceptualización desde el plano de la otra, pues ello

equivaldría a hipostasiarlas y a desconocer en definitiva su encardinación en una sola unidad existencial.

B. 1. Que el análisis de la validez conduce finalmente a considerar en su juridicidad la instancia última de poder, es un dogma de la teoría del Derecho y del Estado. Tan pronto como se operó un corte sistemático con un principio transcendente que confería su propia validez al poder político, se hizo necesario arbitrar una explicación que justificara a éste desde dentro, lo que equivaldría a transferir al plano jurídico-político el problema de su propio ser en su radicalidad última. No es, en manera alguna, mera coincidencia que esa exigencia se impusiera como premisa metódica necesaria al primer gran teórico del Estado, como adoptó como regla política práctica la neutralidad «oficial» en las controversias religiosas, BODINO (8), quien al reducir el principio religioso a un mero dato natural le privaba así de toda significación valorativa. Desde el momento que la conceptualización teológica no se entiende como la máxima verdad acerca del Ser Supremo sino como un puro arbitrio racional, venía a ser imposible la justificación del poder político sobre la sola base de una religión positiva, y de hecho, la obra política de BODINO puede tenerse por el primer intento de autojustificación del vínculo político, es decir, como la primera afirmación temática de que es por sí sólo bastante, aun en el caso de que la comunidad política esté dividida por diferencias de religión, de idioma o cualesquiera otras (9). En estas condiciones, es una exigencia dialéctica que la *maiestas* se defina como *summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*, pero enton-

(8) Cfr. sobre este punto, FRANCISCO J. CONDE: *El pensamiento político de Bodino*. Madrid, 1935, págs. 23 y sigtes.; C. SCHMITT: *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes* t. e. de F. J. CONDE, Madrid, 1941, págs. 66 y sigtes., quien cita al propio CONDE. La actitud «neutralista» fué adoptada por primera vez por los «socinianos», una secta antitrinitaria fundada por LELIO y Fausto SOZZINI, que fué perseguida por CALVINO. Su importancia para la filosofía política ulterior fué considerable. Cfr. RUGGIERO: *Storia della filosofia*, 5.ª ed., pág. 3, vol. I. Bari, 1950, págs. 266 y sigtes. BODINO publicó su obra política fundamental sólo unos años después de la trágica noche de San Bartolomé, y él mismo actuó dentro del círculo de los llamados «políticos», cuya máxima aspiración era colocar la seguridad política por encima de las sangrientas polémicas religiosas. Finalmente, en su *Colloquium Heptaplomeres de rerum sublimium arcanis abditis*, que escribió hacia 1593, pero no se imprimió por completo hasta la ed. Noak de 1857, adoptó resueltamente la teoría de la «religión natural». Sobre esta obra, vid. E. GUHRAUER: *Das Heptaplomeres des Jean Bodin*, Berlín, 1841; DILTHEY: *El sistema natural de las ciencias del espíritu en el siglo XVII*, t. e. de E. IMAZ, en el vol. *Hombre y Mundo en los siglos XVI y XVII*, 2.ª ed., México, 1947, págs. 157 y sigs., y, en general, sobre BODINO, E. FEIST: *Weltbild und Staatsidee bei Jean Bodin*, Niemeyer Halle, 1930; R. CHAUVIRÉ: *Jean Bodin*, París, 1914.

(9) Cfr. SABINE: *Historia de la teoría política*, t. e. de V. HERRERO, México, 1945, pág. 389.

ces el problema de la justificación del poder se compromete por sí mismo a renunciar a toda explicación jurídica (10).

La primera afirmación positiva que puede hacerse para buscar la validez del Derecho en el campo histórico-real es la de que el Derecho vale, en tanto en cuanto, una fuerza es capaz de afirmarlo eficazmente como tal. Es característico que esta solución fuera adoptada sólo unos años después de la aparición de la obra fundamental de BODINO. En efecto, SPINOZA, partiendo de la consideración de que en el estadio prepolítico *quia unusquisque tantum juris habet, quantum potentia valet*, lleva el fundamento de la legalidad al hecho de que el Estado descansa sobre la máxima concentración del poder. Esto supuesto, el Estado nada puede hacer contra Derecho, ¡porque ningún poder existe sobre él! (11).

A esta reducción elemental del Derecho y sin entrar en el examen de la relación ante el aparato coactivo y el orden jurídico, se puede oponer siempre como válida la objeción de ROUSSEAU de que «la fuerza es una potencia física de cuyos efectos no puede resultar moralidad alguna. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; todo lo más es un acto de prudencia. ¿En qué sentido podrá ser un deber?» (12).

2. Lo que en realidad ocurre es que se opera así una confusión entre el hecho de que en el orden real no es posible la efectividad de un ordenamiento jurídico sin un cierto grado de organización del aparato coactivo y el sentido de esa efectividad que arbitrariamente es interpretado como un puro efecto dinámico de aquel aparato. Esta impresión procede de que la organización coactiva reacciona con relativa eficacia ante cada transgresión, pero si bien se piensa, incluso esta posibilidad, está rigurosamente condicionada a que normalmente se observe la regla sin poner en juego el recurso coactivo. La cuestión «psicológica» de la

(10) Así, RADBRUCH, ob. cit., pág. 104, «... ni al mandato de un paranoico que se cree rey, se puede negar la validez con fundamentos concluyentes... únicamente se puede, siempre desde el punto de vista de un orden jurídico, criticar la pretensión de validez de los otros —*tamquam e vinculis sermocinari* (BACON)—, pero nunca fundar con propia fuerza por qué aceptó precisamente el punto de vista de aquel orden jurídico... Hay, pues, que asignar a la ciencia del Derecho el objeto de su labor por medio de una consideración metajurídica... saltar del mundo de los significados al mundo del ser».

(11) Cf.: O. BAENSCH: *Spinoza*, t. e. «Revista de Occidente», 1925, pág. 83; GONELLA: *Il diritto come potenza secondo Spinoza*, en el vol. *Spinoza nel III Centenario della sua nascita*, Milano, 1934.

(12) Cfr. G. GENTILE: *I fondamenti della filosofia del diritto*, 2.^a ed., Roma, 1923, págs. 69-70, quien rechaza la objeción puesto que la «fuerza» no es una «mera necesidad mecánica», sino la misma ley, que no es ni un *prius* ni un *posterius* respecto de la actividad enérgica, sino «actividad del espíritu», que la pone con su propia fuerza como ley. Pero la cuestión no está en que la fuerza de que se trata sea o no «espíritu» —también RADBRUCH, ob. cit., pág. 106— sino en la medida en que siendo fuerza pueda poner un «deber». Cualquiera que sea la índole de la fuerza, si pone sus efectos como necesarios, hace imposible tenerlos como propios de un deber.

motivación de la conducta normativa no puede ser contestada con certeza (13), pero se puede asegurar que una organización de Derecho que de modo habitual se viera obligada a apelar a la coacción para la efectividad de sus normas, sobre ser históricamente imposible, tendría el carácter de una organización de lucha, lo que por supuesto, es la negación misma del orden del derecho, que es expresión de paz social (14).

Si se toma, en cambio, como referencia la habitual observancia pacífica de la norma, el imperio de ésta parece descansar sobre un «consentimiento» como dato objetivo del «ser en común», que encuentra una forma de exponerse a sí mismo en la exigencia normativa. También, visto de esta forma el problema, se evade de los rígidos cauces metódicos que el normativismo impone como criterios de rigor científico. Mas con ello, no se hace sino reiterar la habitual limitación de tener como inexistente, a los efectos de la formulación conceptual, todo lo que rebasa el horizonte del «objeto» derecho tal como es puesto por su propio «método», aun cuando sea el principio de su constitución real. Y, sin embargo, es innegable que en cuanto el Derecho se indaga en la perspectiva de su realidad, se le descubre inscrito en un campo de condiciones totalmente inasequibles si es visto solo como objeto abstracto del conocimiento. Esto ha sido especialmente subrayado por E. LASK, quien distingue de modo preciso «el dualismo metódico de la ciencia jurídica (que) se basa en el hecho de que el Derecho o puede ser considerado como un factor *real* de la cultura, como un suceso de la vida social, o puede ser examinado, como un complejo de *significaciones*, más exactamente de *significaciones* normativas acerca de su «contenido dogmático» (15).

Esta comunión en algo, sencillamente distinto de un mero hecho de fuerza. puede ser interpretada, y de hecho lo ha sido, como un «consentimiento» formal. Este es el fondo último de todas las teorías del «contrato social», cuya prolongada tradición exime en este caso de exponer (16). Al traducirse en esta forma aquel principio se busca un fundamento aparentemente más firme, por ahistórico que pueda ser; ya que se estima que la formalización del consentimiento aparece connotada de *significaciones* jurídicas. Pero a la eterna objeción de que, desprovisto de toda base jurídica objetiva, tal contrato no sería técnicamente un contrato, hay que añadir una consideración menos dogmática pero em-

(13) Así, Kelsen, ob. cit., pág. 24.

(14) Dejo aquí al margen la cuestión de si el elemento coactivo constituye o no una nota esencial del concepto del Derecho. Se rechaza, simplemente, que sea en su entidad reducible a la coacción.

(15) Vid. *Filosofía jurídica*, t. e. de R. Goldschmidt, Buenos Aires, 1946, pág. 63.

(16) Cfr. J. W. Gough: *The Social Contract. A Critical study of its development*, Oxford, 1936; Atger: *Essai sur l'histoire des doctrines du contrat social*, Paris, 1906.

papada de una honda comprensión de la realidad, y es que con la explicación pactista se pulveriza en infinitas versiones individuales algo que es un todo, no separable ciertamente, pero sí irreductible, a toda consciente integradoción individual. Esa unidad total, si se quiere, puede ser explicada como sostenida por un «plebiscito cotidiano», pero es forzoso admitir que están dados *a priori* los términos de opción (17). Aun cuando hubiera de admitirse, lo que no es el caso, que «la única manera de decidir si un individuo pertenece a la comunidad es preguntárselo al interesado» (18), habría de advertirse siempre que el «querer» de disociación puede ser un acto de voluntad individual, pero, en cambio, el «querer» de constitución no puede ser un acto de voluntad individual, o en otros términos, no es lo que psicológicamente llamamos un «querer». En efecto —y por aquí se descubre la ingenuidad sociológica de las teorías del contrato— es completamente arbitrario transferir a un grupo social como totalidad los mecanismos de conducta individual. El individuo puede hacer, hasta cierto punto, lo que «quiera», aun cuando le perjudique, pero el organismo social tiende por su propia dinámica a proceder en una línea de constante actualización; como organización tiende en cada acto a «recrearse» sobre sí mismo. Así, pues, interpretar esta tendencia en los términos de que el grupo «quiere» seguir siendo es *mutatis mutandis* tan arbitrario como decir que la planta «quiere» conservarse.

3. Al trasladar la problemática última del sentido del Derecho al trasfondo real de la constitución del grupo como entidad social, se descubre el buscado principio de justificación. El «orden en autoridad» es la estructura natural del grupo; no es un modo accidental de conformación, sino el verdadero principio ontológico de su constitución. Esta exigencia estructural explica el hecho de que todo fenómeno hostil a una constitución histórica del grupo es por sí mismo un principio de constitución. No se pone sin más como un hecho que tiene por todo sentido el estar fácticamente dado, sino que aloja una formal pretensión de valor. Todo poder que se impone como tal, se impone, al mismo tiempo, con una pretensión de «deber ser»; es decir, no sólo se da, sino que se da jurídicamente. En su propia condición está determinada la tendencia a «autorizarse», esto es, a postular para sí mismo aquella forma de imperación que pertenece a la *forma entis* del grupo.

Así, pues, la indagación acerca del principio de valor del Derecho conduce al principio de ser del Derecho. Si el Derecho vale en el sentido de su imperatividad, lo es hasta el punto en que incorpora la regla de existencia de una totalidad social. El Derecho no es entidad

(17) Vid. RENAN: *Qu'est-ce qu'une nation?*, Calmann-Levy, París, 1882, pág. 7.

(18) Vid. W. B. PILLSBURY: *The Psychology of Nationality and Internationalism*, Appleton, Nueva York, 1919, pág. 267.

acabada, en el sentido de que —como quiere el racionalismo a ultranza— se dé a sí su principio y su fin, sino que, como todo sistema de orden, su significado último está en la teleología real de aquello a que sirve, ordenando.

Ciertamente, esta conclusión no resuelve directamente el problema de la validez de un ordenamiento jurídico en concreto, sino sólo la validez en abstracto de la ordenación jurídica del grupo. Sin embargo, establece la premisa necesaria de esta segunda cuestión, en el sentido de aquellas luminosas palabras de GOETHE: «Yo prefiero sufrir la injusticia al desorden.» El poeta habla aquí en los términos de la doble función que le atribuye BURCKHARDT de «exponer de un modo ideal el contenido interior del tiempo y del mundo y transmitirlo como un testimonio imperecedero» (19), y su «preferir» es una vivencia muy profunda de la esencia del pueblo como entidad. El pueblo prefiere siempre *per constitutionem* la injusticia al desorden, porque el orden es el principio de su ser, mientras que el desorden es el principio de su negación. Así, pues, cuando un poder revolucionario es obedecido jurídicamente, trae la causa de su validez, es decir, el título que justifica su imperación como jurídica, ciertamente del hecho de ser generalmente obedecido, pero este hecho no tiene que ser interpretado como expresión de un «consentimiento legitimador» —pues el problema de la legitimidad es muy otro y no queda prejuzgado favorablemente por ese consentimiento ni desfavorablemente por el origen revolucionario— sino del hecho de que en determinado momento ese poder es capaz de mantener la existencia del grupo como una comunidad de vida (20).

C. Desde el punto de vista de una consideración científica de la realidad jurídica puede bastar el fundamento aducido como base de la validez temporal de un ordenamiento positivo. La teoría científica de la validez tiene por horizonte la explicación de la obligatoriedad de lo que positivamente aparece como jurídico, pero no alcanza a su «justificación». Es ciega al sentido del valor. Proporciona un recurso para distinguir en el campo de los fenómenos un orden jurídico de un cuerpo de francotiradores, una partida rebelde o una organización clandestina, pero no suministra criterio de estimación alguno acerca de la validez del propio

(19) *Reflexiones sobre la Historia Universal*, t. e. de W. ROSES, México, 1943, pág. 247.

(20) Comp. con RADBRUCH, ob. cit., pág. 109, «La primera promesa de un Gobierno revolucionario es crear de nuevo y mantener «el orden y la tranquilidad que la revolución destruyó»; y es la primera de sus promesas, porque sólo por el mantenimiento de la tranquilidad y el orden es como puede legitimarse un Gobierno revolucionario.» Aparte de que en el texto se intenta explicar la razón de este hecho, es decisivo no confundir «valer jurídicamente» con «deber valer jurídicamente» (vid. infra). La actitud positivista lógica consigo misma en Kelsen: *La teoría pura del Derecho*, t. e. J. G. TEJERINA, 2.ª ed., Buenos Aires, 1946, págs. 102-103.

poder. Y ciertamente se trata de algo situado muy en otro plano. La teoría de la validez del ordenamiento es el resultado de una selección de fenómenos desde el punto de vista de la ontología jurídica de la realidad social; por el contrario, la teoría de la justificación o de la legitimidad tiene que hacer entrar en juego categorías de valor que no pueden ser determinadas por ninguna ordenación positiva precisamente porque éstas no son sino momentos históricos explicativos de esas categorías. Se comprende, y hasta cierto punto es razonable, que la ciencia jurídica positivista declare un problema de esta índole lesivo a la economía del pensamiento jurídico, desde el momento en que éste puede desenvolverse autónomamente haciendo supuesto del mismo, pero la concepción íntegra de la realidad, exige desde luego afrontarlo en toda su densidad filosófica.

1. Una primera actitud, es la legitimación *ex post facto* de todo lo que es. A ella conduce, antes que nada, una interpretación de la historia como despliegue dinámico racional. Fué cabalmente ésta la solución adoptada por la filosofía de HEGEL, y hasta un punto tal que su concepción general de la historia puede decirse que es una visión jurídico-política. «La historia descansa en HEGEL —dice E. BLOCH— sobre el Derecho político como simple eslabón final del Derecho del Estado... la historia se convierte así, en la lectura de los fallos judiciales pronunciados acerca de los diversos Estados y ejecutados por la historia misma en la derrota o en la victoria, en la decadencia o en el auge de las naciones... la historia es, por tanto, una sentencia que no admite apelación, tanto porque falta la instancia superior ante la que puede apelarse como por su justeza absoluta» (21). Por esta razón, HEGEL tiene que afirmar que la legitimidad es un contenido intrínseco del darse del poder como *factum*. Pues no es virtud de un Derecho previo como surge el Estado, sino que el mismo es una totalidad metajurídica dotada de una fuerza irresistible para imponerse. De esta forma, la filosofía política hegeliana puede interpretarse —de hecho lo ha sido— como el holocausto del Derecho en aras de la divinización del Estado, por cuanto éste se identifica plenamente con la «sittliche Totalität», y viene a ser así el supremo ser moral de la historia (22). Nada aparentemente más «horrible» que esta legitimación de lo existente en cuanto y meramente como existente. «Hasta donde se me alcanza —escribe HAYM— cuanto han enseñado HOBBS o FILMER, HALLER o STAHL, resulta, relativamente, razonable comparado con la famosa frase relativa a la racionalidad de lo real en el sentido del prefacio de HEGEL a su *Filosofía del Derecho*.

(21) Vid. *Die Selbsterkenntnis Erläuterungen zu Hegel*, t. e. W. ROCES, México, 1949, págs. 210-211.

(22) Cfr. ROSENZWEIG: *Hegel und der Staat*, Munich-Berlin, 1920, I, pág. 185.

La teoría de la libre gracia divina y la teoría de la obediencia absoluta son inocentes e inoportunas, en comparación con la espantosa doctrina que canoniza lo existente en cuanto tal» (23).

Sin embargo, una interpretación más justa y, desde luego, más en consonancia con el temperamento conservador de HEGEL (24), puede conseguirse, si no se incurre en la parcial y habitual limitación de la crítica liberal de no ver otra cosa que la «estaticación de lo ético», sin advertir la total objetivización e impersonalización de la realidad política a que HEGEL propende llevado de sus premisas dialécticas, que hace del mismo acontecer el sujeto de su propio contenido. La verdadera limitación de su filosofía política —bien que en este caso le disculpe frente a esa crítica— es pensarla como una proyección ética de la que toda individualidad se hace desaparecer. Sin duda, es un error decisivo residenciar la eticidad absoluta precisamente en la comunidad con una total desconsideración al verdadero sujeto ético que es la persona (25), pero con ello la «canonización de lo existente» puede servir tanto a la legitimación del tirano como a la justificación del derecho de rebeldía. Y es más, es preciso decir que en el transcurso de la imagen sacra del Estado hegeliano hay una potente llamada a la unidad histórica del pueblo como destino, mientras que jamás se advierte esa complacencia morbosa en la apología de los tiranuelos, que a primera vista debiera ser la obligada expresión literaria del dogma de su filosofía política (26). En una palabra, su concepción de la legitimidad más que trascendentalizar la vieja teoría de la fuerza, debe considerarse la expresión de una fe íntima —por lo demás, totalmente injustificada— en los resultados objetivos del acontecer.

2. El punto de vista de la legitimidad absoluta para poder ser positivamente establecido tiene que ser indagado más allá de toda realidad

(23) R. HAYM: *Hegel und seine Zeit*, Gaertner, Berlín, 1857, pág. 367, cit. E. CASSIRER: *The myth of the State*, 1946, t. e. de E. NICOL, México, 1947, pág. 296.

(24) «El hubiera rechazado con seguridad la mayor parte de las consecuencias que se derivaron de las premisas de su teoría política. Por lo que se refiere a su carácter y su temperamento personal, él era opuesto a toda solución radical. Era un conservador que defendía el poder de la tradición.» Vid. CASSIRER, ob. cit., pág. 297.

(25) En sus propias palabras «...so setzen wir das Positive voraus, das die absolute sittliche Totalität nichts anderes als ein Volk ist». Vid. *Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie*, en «Werke», ed. Lasson VIII, pág. 368.

(26) Su gran admiración por MAQUIAVELO, a quien reiteradamente cita en el ensayo sobre la Constitución de Alemania, debe ser interpretada como producto de una afinidad de situaciones históricas en la lucha de sus pueblos respectivos por la unidad. «Es sumamente irrazonable —dice— tratar la ejecución de una idea que nacia inmediatamente de la intuición del estado actual de Italia, como un compendio de principios político-morales, indiferentes a la situación histórica, buenos para todas las condiciones, lo que equivale a decir que no son buenos para ninguna. Es preciso ponerse a leer el *Príncipe*, partiendo inmediatamente de la historia de los siglos pasados

jurídica inmediata. Este fué el criterio de la filosofía tradicional, la cual contaba con la seguridad de que la apelación a una instancia suprema y trascendente encontraba un eco sostenido en la conciencia histórica. TROELTSCH atribuye a SAN PABLO un giro conservador ante la realidad política frente a las inquietudes revolucionarias del Apocalipsis. «San Pablo —dice— se vuelve hacia la teoría estoica de la ley natural innata, y atribuye también a los paganos una conciencia del bien, que se exterioriza en su Estado y en su Derecho. El imperio tiene la espada por voluntad de Dios y según la ordenación de Dios» (27). Pero por lo mismo que este autor ha probado de modo brillante que la «predicación de JESÚS y la formación de la nueva comunidad religiosa no fueron en absoluto productos de un movimiento social, esto es, no derivaron de una lucha de clases, ni se informaron en ninguna lucha de clases y, en general, no se vinculan directamente en ningún punto a los traumatismos sociales de la sociedad antigua» (28), sino fenómenos puramente religiosos, esa discontinuidad ideológica, tantas veces subrayada con respecto a la concepción paulina, es sólo fruto de una insuficiente apreciación del marco histórico distinto en que actúa en uno y otro caso la nueva fe. La evolución ulterior de la doctrina cristiana del poder viene precisamente a probar que éste, como todo fenómeno del mundo histórico, queda justificado como hecho, pero también sometido a las pautas trascendentales de la valoración cristiana. Es una justificación que hace del poder no un hecho canonizado, sino un sujeto ético y, por lo mismo, portador de deberes morales.

Las doctrinas tradicionales de la justificación vienen sencillamente a probar hasta qué punto también este problema queda resuelto como dato ideológico por el sistema general de valoraciones que cada cultura hace suyo. Pues se trata menos de establecer absolutamente la legitimidad

y de la historia de la Italia coetánea a MAQUIAVELO... entonces parecerá no sólo justificado sino que se manifestará como una concepción inmensamente verdadera y grande. de una verdaderamente política...», cit. S. VANNI ROVIGHI: *La concezione hegeliana della Storia*. Milán, 1942, pág. 39.

(27) Vid. E. TROELTSCH: *Le Doctrine sociali delle Chiese e dei gruppi cristiani*, t.it. de G. SANNA, de la ed. alemana de 1923. Nuova Italia, Firenze, 2.^a ed., 1949, t. I, pág. 91.

(28) Ob. cit., pág. 21. El punto de vista marxista, en cambio, en PÖHLMANN: *Geschichte des antiken Sozialismus und Kommunismus*, 1893-1901, y, sobre todo, KAUTSKY: *Geschichte des Sozialismus in Einzeldarstellungen*, 1895. La obra de TROELTSCH es, en este punto, una réplica incontestable contra estos abortados intentos de explicaciones materialistas. A ellos parece aproximarse también TOYNBEE: *Estudio de la Historia*, t. e. de J. PEBBIAUX, Buenos Aires, 1951, vol. I, pág. 79: «Esta era la opresión moral contra la cual el «proletariado interno» y el «proletariado externo» de la sociedad helénica —el «proletariado interno», mediante la Iglesia cristiana, y el «proletariado externo», mediante la «völkerwanderung», bárbara...»

que de indagar el canon que la unidad histórica adopta como regla de su legítima constitución. Toda la literatura política medieval, al aparecer como una mera paráfrasis de textos bíblicos y de corolarios teológicos, no hace más que testificar la potencia de lo religioso, incluso como vivencia histórica. Todos los textos políticos del período, y hasta los más dispares, discurren desde esa coincidencia decisiva. «Así, pues —escribe uno de los más acreditados historiadores de la teoría política medieval—, resulta que todas las pretensiones de supremacía, tanto del Emperador como del Papa, se fundan en un concepto esencialmente religioso. A ninguno de los dos, ni remotamente pudo ocurrírseles que la esfera de la teología se separa de la política, o que la fuente de toda especulación política se encuentre fuera de la revelación. Ninguno de los dos bandos concibe más medio para desacreditar las opiniones del contrario que demostrar que son contrarias a los deberes religiosos y al sentido de las enseñanzas de Cristo. Según BONIFACIO VIII, quienes nieguen la supremacía política del Papa son herejes; quienes la sostengan, también lo son, según Marsilio de Padua» (29).

Por la radical incapacidad de la Historia para justificarse a sí misma, siempre que el principio de legitimidad se ha querido comprender como «justicia política», ha habido que acudir al laudo suprahistórico. Esto fué impuesto, por ejemplo, a Adam MÜLLER, autor de una obra tan significativa en su propio título como la de *De la necesidad de un fundamento teológico para todas las ciencias del Estado* (30), y no en menor grado a otro romántico menos conocido, FRANZ VON BAADER, de quien se cita un texto significativo: «Se echa de ver que, puesto que en toda sociedad el regente y los regidos sólo merced a una mediación pueden convivir en una unión orgánicamente libre, únicamente un poder superior que esté por encima de ambos, por lo tanto, un poder espiritual y moral, es decir, el de la religión, podrá realizar esa mediación. De ahí que hayan de declararse superficiales y reprobables todas esas teorías científicas respecto al Estado que creen poder explicar de un modo natural y sin la religión, el principio, la conservación y la restauración del Estado» (31).

La disolución de estos criterios y, en definitiva, la crisis histórica de las formas tradicionales de legitimidad, va englobada en el vasto proceso de racionalización que ha experimentado la cultura occidental. En

(29) Vid. J. NEVILLE FIGGIS: *El derecho divino de los reyes*, t. e. de E. O'GORMAN, México, 1942, pág. 43.

(30) *Von der Notwendigkeit einer theologischen Grundlage der gesamten Staatswissenschaften*, Leipzig, 1819.

(31) Cit. por W. SCHUBART: *Europa y el alma de Oriente*, t. e. de A. SANCHO, Madrid, 1946, pág. 147.

el fondo de toda pretensión de legitimidad hay una no disimulada invocación al misterio, que puede ser absorbida por la fe, pero no asimilada por un análisis racional. La comprensión de la realidad política dentro de sistemas que «hicieran innecesaria la hipótesis de Dios,» denunciaba una mentalidad racionalista que forzosamente tenía que repudiar como «irracionales» los títulos de legitimidad no susceptibles de una comprobación lógica. En este «pathos», y puesto que el hecho del poder seguía reclamando una explicación satisfactoria, dado que «el hombre nace naturalmente libre», se hizo entrar la teoría de la legitimidad en el callejón sin salida por el que la empujó ROUSSEAU al indagar la razón que pudiera «hacer legítima» la esclavitud del hombre en sociedad. Pero este punto de partida, que es el basamento decisivo del organismo del Estado de derecho, no significa otra cosa que la legitimidad se da por supuesta allá donde el poder ajusta sus decisiones a una pauta jurídica preestablecida. Como el «contrato social» no puede ser aducido como un hecho histórico predeterminante del «status» político, hay que creer que se trata sólo de una regla ideal, conforme a la cual es posible establecer el carácter jurídico o antijurídico de la ley positiva (32). En estos términos, el punto de vista democrático disolvió la legitimidad en legalidad (33), con lo cual sólo consiguió una versión menos aparatosa, pero más técnica y efectiva que la «canonización de lo existente» hegeliana.

En efecto, si, como ya se ha indicado, todo poder de imperación política tiende por su propio impulso interno a configurar jurídicamente esta imperación, quiere decirse que en su puro darse como tal lleva ya determinada su propia legalidad. Es cierto que la legalidad democrática exige formas de legalización que encuentran su última inserción en el consentimiento popular formalmente expresado. De otra manera el poder no se considera «legítimamente constituido». Mas cuando se apunta a esta valoración final, se da por supuesto que permanece «legítimo» el ordenamiento jurídico, es decir, la legalidad preexistente, con lo cual el problema entra en un círculo vicioso. Tras esta explicación late, en definitiva, la pretensión de hacer entrar «semper ab omnibus» todo el discursar político dentro del cauce de un tipo histórico de legalidad. O se establece formalmente que determinados cambios fundamen-

(32) Vid. FREYER: *Politische Grundbegriffe an ihrem Ursprung aufgesucht* Wiesbaden, 1951, pág. 9.

(33) Cfr. Max WEBER: *Economía y Sociedad*, t. e. de J. M. ECHEVARRÍA, México, 1944, págs. 221 y sigtes.; SMEND: *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, asegura que el legalismo democrático desconoce todo principio de legitimidad. El estudio más acabado sobre este punto es la famosa monografía de C. SCHMITT: *Legalität und Legitimität*, München, 1932, t. f. de W. GUEYDAN DE ROUSSEL, París, 1936. Cfr., además, SPECTORSKY: *Evolution de l'idée d'autorité*, en «Archive de la Philosophie du Droit», 1933, 1-2, págs. 137 y sigtes.

tales no pueden adoptarse, o se predetermina que todo cambio constitucional debe llevarse a cabo conforme a un procedimiento fijado, que es el que le confiere validez. La cuestión no es si de «hecho» tiene algún sentido la pretensión de esgrimir como título de justificación un ordenamiento positivo; pretensión que históricamente cae por su base, puesto que, conforme a tal criterio, no existe Gobierno legítimo alguno sobre el planeta (34), sino la de si, desde un punto de vista lógico-constructivo, esa teoría tiene algún valimiento.

Por lo que se refiere a las constituciones llamadas «eternas», es decir, a preceptos contenidos en determinadas constituciones positivas que se declaran inalterables, o al menos establecen que instituciones fundamentales, como, por ejemplo, la forma de gobierno, «no pueden ser objeto de una propuesta de revisión» (35), constituye una grave contradicción dentro de la teoría legalista el que tales preceptos, no obstante venir referidos al mismo principio de validez que los demás, se consideren sólo como «meros deseos, sin fuerza jurídica obligatoria para los sucesores de los constituyentes y para las generaciones futuras» (36). La razón que para ello se da pertenece al mismo tipo de consideraciones por virtud de las cuales podemos, justamente, tener por muerta la legalidad cuando ha sido derrocada la base de su poder por vía revolucionaria; consideraciones que, sin embargo, son estigmatizadas como «no jurídicas», sino «políticas», en otras ocasiones. Se dice, en efecto: «El legislador constituyente, cualquiera que sea, no hace sino organizar por la Constitución las fuerzas políticas existentes en un momento dado en la sociedad estatal. No puede pretender la inmovilidad de su obra: el estado político y social no pueden cristalizarse indefinidamente en un texto legislativo» (37). Nada hay que objetar a esta consideración, sino que esta remisión a la base histórico-real es tenida dentro del legalismo a ultranza por «no científica» cuando, por ejemplo, se trata de la legalidad de un poder adquirido por vía revolucionaria.

Para KELSEN, que parte del principio —en el orden de la mera legalidad, exacto— de que «una norma vale porque y en tanto fué producida en una forma determinada, esto es, en una forma determinada por otra norma» (38), el problema no tiene otra salida que la de estimar los preceptos declarados inalterables como imposibles de alterar jurídicamente, puesto que ello implicaría la violación de las normas de pro-

(34) Desde ese otro punto de vista, yo mismo he estudiado la cuestión en el artículo *La doctrina de la Administración «de facto»*, publicado en esta misma Revista, número 2, mayo-agosto, 1950, págs. 35 y sigtes.

(35) Vid. los ejemplos citados por J. BARTHELEMY y DUEZ, en *Traité élémentaire de Droit constitutionnel*, París, 1926, pág. 225.

(36) BARTHELEMY y DUEZ, ob. cit., pág. 226.

(37) *Ibid.*, págs. 223-224.

(38) Cfr. *La teoría pura del Derecho*, cit., pág. 108.

ducción del derecho; es decir, la norma alteradora no sería formalmente una norma jurídica» (39). La estimación de KELSEN es consecuente con el carácter meramente «supuesto» de la norma básica de la que depende toda la validez del ordenamiento (40). Tal «supuesto» significa precisamente la consciente confusión metódica del problema de la legitimidad en la legalidad. El propio KELSEN no se recata de confesar que «... la característica del llamado positivismo jurídico estriba, sin embargo, en que prescinde de cualquiera justificación religiosa del orden jurídico (41). La referencia al principio religioso descarna todavía más la expulsión radical del problema de la legitimación del ámbito de la teoría del Estado y el Derecho. Por eso es característico que jurídicamente no pueda hacerse cuestión del orden establecido violentamente, sino que precisamente con respecto a él «la significación de la norma fundamental se torna singularmente clara» (42).

Tampoco en lo que a la revisión constitucional se refiere hay base sólida para sostener que en todo caso, llevada a cabo la modificación por los procedimientos predeterminados, se mantiene intacto el ordenamiento como totalidad, aun cuando queden alteradas algunas de las normas. A este respecto, debe distinguirse entre normas esenciales de la estructura constitucional y normas del mismo rango en el orden formal, pero que no afectan al principio de poder (43). En este último

(39) Cfr. *Allgemeine Staatslehre*, cit., pág. 254. En el círculo de sus ideas, W. EBENSTEIN busca salida, afirmando que no hay ruptura cuando la modificación de la «constitución eterna» es llevada a cabo por el poder constituyente, puesto que el contenido de la norma básica —en sentido lógico— es conferir poder de producción de derecho a esa autoridad precisamente. Pero aun cuando se consigue así una explicación sólo parcial, lo cierto es que, además, la posición de KELSEN es más correcta, dadas sus premisas, como lo prueba el propio ejemplo elegido *ad hoc* por EBENSTEIN de que si la norma básica fuese «*voluntas regis est observanda*», continuaría siendo la misma aun cuando el rey «como autoridad constitucional, alterase una provisión declarada inalterable». Vid. EBENSTEIN: *La teoría pura del Derecho*, t. e. de MALAGÓN y PEREÑA, México, 1947, pág. 148. El ejemplo aducido es incompatible con los términos del problema, puesto que por definición si la norma A no puede ser alterada «*voluntas regis*» no es la norma básica y si la norma inalterable es adoptada por el rey absoluto, en ese mismo momento se limita jurídicamente. Es obvio que KELSEN tiene en presencia los ejemplos clásicos de «constituciones eternas», con respecto a las cuales no es posible acudir a una norma positiva superior. En general, vid. Ch. LEFEVRE: *Etudes sur les lois constitutionnelles de 1875*, Paris, 1882, y EGON ZWEIG: *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, 1909. La posición dominante, inspirada en razones prácticas, no tiene por válidas tales disposiciones. La tesis opuesta ha sido, sin embargo, sostenida por W. MARBURY: *The Limitations upon the Amending Power*, en «*Harvard Law Review*», 33, 1919, págs. 323 y sigtes.

(40) Cfr. *La teoría pura...*, cit., pág. 99.

(41) Cfr. *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pág. 119.

(42) Cfr. *La teoría pura...*, cit., pág. 100.

(43) Esta distinción era establecida ya por CROMWELL. Vid. FRIEDRICH: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, t. e. de V. HERRERO, México, 1946, pág. 146.

caso, la rigidez de la revisión juega sólo un papel dentro del marco del ordenamiento en el cual esas normas, por su rango superlegal, presentan dificultades técnicas de derogación. Ahora bien, cuando la revisión afecta a la última instancia de poder —por ejemplo, modificando la forma de gobierno o suplantando la dinastía reinante—, ¿puede sostenerse que el régimen así constituido trae su validez del ordenamiento derrocado? A esta cuestión, C. SCHMITT responde negativamente: «Los límites de la facultad de reformar la Constitución resultan del bien entendido concepto de reforma constitucional. Una facultad de «reformar la Constitución», atribuida por una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución, considerada como un todo» (44); y, en consecuencia, «una reforma de la Constitución que transforme un Estado basado en el principio monárquico en uno dominado por el poder constituyente del pueblo, no es ningún caso constitucional» (45). Siendo exacta la conclusión, SCHMITT se ve arrastrado aquí, por los conceptos capitales de su teoría política, en el sentido de referir todo cambio en la Constitución como «orden concreto» a una decisión existencial del ente político (46), y no advierte que ello puede ocurrir también permaneciendo indemne el ordenamiento como «sistema de normas». No es que por ello el fenómeno político pueda ser explicado como «efecto» de una «causa» jurídica, lo que desde luego no es; pero es evidente que si la modificación se lleva a cabo por el procedimiento legal establecido, se subraya así expresamente que el ordenamiento permanece vigente como sistema de producción de derecho. Con ello no se significa que permanezca inalterado el principio de legitimidad, puesto que éste, aun cuando pueda incorporarse a una norma positiva, no sigue nunca la suerte de ésta.

3. En este punto es posible ya advertir la significación distinta que es preciso atribuir a los conceptos de legalidad y legitimidad. Están orientados hacia campos de realidad distintos, pues mientras que el uno expresa el poder en su conformación jurídica y decide acerca de la validez de sus actos de creación normativa, el otro es un juicio de valor acerca de ese mismo poder como momento episódico en el existir de una comunidad de vida histórica. Así, pues, no sólo no es este último un concepto jurídico-positivo, sino que, por el contrario, en cierto sen-

(44) Cfr. *Teoría de la Constitución*, t. c. «Revista de Derecho Privado», pág. 120.

(45) *Idem id.*

(46) Por lo demás, SCHMITT apuntaba aquí a un objetivo político concreto: que la Constitución de Weimar no seguía en vigor por el hecho de que Hitler hubiera subido legalmente al Poder.

tido, apunta a algo «intemporal», puesto que ninguna coyuntura es capaz de agotarlo por completo en una realidad históricamente dada. Si la razón última de la validez de un ordenamiento positivo es el principio de conservación de una comunidad de vida, la razón última de la legitimidad de un poder está en el grado en que en su propia constitución incorpora la entidad de esa comunidad como tipo del «ser en común». La constitución legítima de un «pueblo político» (47) puede definirse como la «protoforma» (48) de su propio ser en constante creación histórica.

MAX WEBER ha intentado una explicación de la legitimidad, adoptando como método su conocida tipología descriptiva. Parte de la consideración de que, «de acuerdo con la experiencia ninguna dominación se contenta voluntariamente con tener como probabilidades de su persistencia motivos puramente materiales, afectivos o racionales con arreglo a valores. Antes bien, todas procuran despertar y fomentar la creencia en su legitimidad. Según sea la clase de legitimidad pretendida, es

(47) El concepto de «pueblo político» surgió en la literatura alemana de los años inmediatos a la guerra (FRAYER, KOELLREUTTER, HUBER, etc.). Como tantos otros conceptos de un periodo tan dramático estuvo desde un principio *sensiblemente afectado por las exigencias de la polémica política cotidiana*. Por otra parte, asumió en seguida las coloraciones panteístas que traslucían el encanto plástico de algunas fórmulas retóricas de la filosofía del primer SCHELLING como de la de HEGEL. Todo ello contribuyó a malograr la posibilidad muy valiosa de superar por medio de él — y a falta de otra expresión más feliz — la oposición dialéctica entre Estado y Sociedad, con la que el marxismo — y quizá no menos que él, su predecesor en tantos puntos LORENZ VON STEIN — consiguió el impacto más decisivo sobre la teoría clásica del Derecho político. Cfr., por ejemplo, ENGELS: «La sociedad crea un órgano para la defensa de sus intereses comunes contra los ataques internos y externos. Ese órgano es el poder del Estado... (el cual)... llegando a ser un poder independiente de la sociedad, produce súbitamente una nueva ideología» («Ludovico Feuerbach e il punto d'approdo della filosofia classica tedesca», t. it. en MARX-ENGELS: *Scritti filosofici*, Roma, 1945, pág. 100.) La preocupación por reestablecer un radical principio unitario entre esos dos términos, sin perjuicio de su formal discriminación conceptual, me parece que debe ser, hoy más que nunca, la aspiración de todo pensamiento político constructivo.

(48) Para el concepto de «protoforma» (URBILD) que surge en la morfología romántico-naturalista (HERDER, GOETHE, NOVALIS), vid. A. LOVEJOY: *The Great Chain of Being. A Study of the History of An Idea*, Cambridge Mass, 1936, y A. GODE VON AESCH: *El romanticismo alemán y las ciencias naturales*, t. e. de Ilse T. M. de BRUGGER, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1947, págs. 162 y sigtes. En el mismo, HERDER reaparece en el campo historiográfico en la idea del «Volkgeist», aun cuando con significación menos mística que después en la Escuela Histórica. Vid. MEINNECKE: *El historicismo y su génesis*, t. e. Mingarro y Muñoz Molina, México, 1943, págs. 364 y sigtes. Más tarde ha operado enérgicamente en las teorías «fisiognómicas» de la cultura (LAMPRECHT, FROBENIUS, SPLENER), reconociendo SPENGLER expresamente la ascendencia goethiana. Vid. *La Decadencia de Occidente*, t. e. de M. G. MORENTE, 7.ª ed., Madrid, 1947, t. I, pág. 167. Aun cuando no es posible en este lugar una fundamentación positiva, en el texto significa o quiere significar el esquema de notas que constituyen la síntesis ideal de una comunidad histórica tal como puede ser aprehendido en un momento dado en contraposición, precisamente, al dato empírico de la realidad concreta de ese momento.

fundamentalmente diferente tanto el tipo de la obediencia como el del cuadro administrativo destinado a garantizarla, como el carácter que toma el ejercicio de la dominación» (49). Sin embargo, sin entrar a considerar el mérito o demérito de las descripciones de WEBER de los tipos de legitimidad que reconoce, es lo cierto que por tal método no se puede llegar más que a una idea abstracta de la legitimidad, como singular principio del reconocimiento de la autoridad; atributo que, por lo demás, no sólo es predicable del poder legítimo, sino de todo poder jurídicamente organizado. Por lo demás, nunca dejó de reconocer la labilidad del método tipológico en general, y singularmente en este punto (50). Por tanto, la construcción de tipos de legitimidad inducidos de la realidad histórica, pero al propio tiempo «puros», hace de masiado sugestiva la tentación de vaciar en uno de ellos una realidad concreta y explicarla por aquél como principio de legitimidad. Por esto mismo, a los efectos del problema de la legitimidad como fundamento concreto, la exposición de WEBER tiene el valor —por lo demás, considerable— de una descripción de fenómenos, entre los que parece haber alguna similitud genérica.

Si la ciencia jurídica es concebida estrictamente como teoría de las normas —incluso de normas no positivas—, el problema de la legitimidad escapa de los límites de esta concepción, puesto que por definición frente a toda norma queda en juego la cuestión de su principio de autoridad. Ahora bien, al fijarse esta pauta crítica se toma ya, consciente o inconscientemente, posición ante el problema, confundiendo la legitimidad en la legalidad. Por esto es preciso salir del campo nomológico —cualquiera que sea el valor metódico de esta actitud ante cuestiones puramente jurídicas— y buscar el sentido de la relación entre el poder organizado y la comunidad social como base de posición del problema como tal.

Partiendo de que el tipo de unidad social que se conforma jurídicamente no es un conglomerado de relaciones interindividuales que vinculan a los sujetos en momentos y aspectos parciales de su existencia, sino que se expresa en conductas que responden, no a la aceptación, sino a la vivencia común de ciertos valores que constituyen una estructura espiritual que hasta cierto punto puede ser aceptada como centro de imputación (51), se puede comprender el poder como la organización técnico-material de aquella estructura. Si esto es así, puede afirmarse que

(49) Ob. cit., pág. 222.

(50) Ob. cit., pág. 225: «El que ninguno de los tres tipos ideales... acostumbre a darse puro en la realidad histórica...»

(51) Se apunta aquí la conocida dicotomía de F. TÖNNIES entre «comunidad» y «sociedad».

debe existir una radical vinculación entre la constitución de aquella unidad en su ser y la estructuración de su poder, que puede expresarse en los términos de que cada unidad, en su determinación progresiva de tal, determina también el tipo de su poder. La constitución real del grupo es, en definitiva, una síntesis en constante dinamismo de una complicada variedad de factores religiosos, culturales, históricos e incluso naturales, que determina también una confesión de legitimidad. La legitimidad es así menos un «consentimiento» que un «sentimiento en común» acerca del principio de unidad. Un sentimiento de esta índole es sensiblemente más plástico cuando es capaz de «personificarse» o simbolizarse de alguna manera, y esto solo basta para explicar su potente significación en el legitimismo teocrático, dinástico, o en los tipos de dominación para los que WEBER ha propuesto la explicación «carismática».

Finalmente, la aporía a que en este punto conduce la teoría general jurídico-política, no hace sino denunciar la condición ultralógica de su correlato objetivo. En este problema límite, la teoría general del Derecho y del Estado encuentra el momento culminante de la síntesis teórica que enuncia entre el hecho concreto del poder y su conformación jurídica, y respecto de él se muestra insuficiente tanto una explicación meramente facticia como sólo normativa. Así se ve conminada a dar por supuestos sus propios fundamentos, lanzando esta preocupación fuera de su marco especulativo, o a buscar satisfacción en un campo concreto, lo que lleva consigo el distorsionar los propios ejes lógicos de la teoría. En efecto, al intentar aprehender el principio concreto de legitimidad del poder, se hace formalmente «teoría del ser» y se compromete a renunciar a fórmulas generalizadoras, dado que, por supuesto, el ser de que se trata no tiene respecto de aquel principio un «genus» común. En una palabra, en este punto la teoría general del Estado y del Derecho tiene que convertirse en ontología de un concreto histórico, sin que por ello deje de ser menos necesaria (52).

(52) Hasta cierto punto, F. J. CONDE llega a una conclusión idéntica: «*El derecho político no puede ser teoría general*» del Estado, por la sencilla razón de que no cabe hacer la teoría «general» de una realidad histórica, concreta y específica. La aprehensión de las realidades del mundo histórico social sólo es posible por caminos harto diferentes. Los conceptos válidos para esa realidad no son «genéricos», sino concretos, «estructurales». Vid. *Introducción al Derecho político actual*, Madrid, 1942, pág. 348. Los subrayados y entrecuadrados son del autor citado, quien se remite, además, FREYER: *Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft*, 1930. Si yo no he entendido mal —y la alusión a FREYER lo comprueba—, hay, sin embargo, aquí una total inserción de los conceptos en el plano concreto que el texto —sin entrar por lo demás en el problema gnoseológico— sólo considera obligada respecto del punto límite en que la teoría general se ve conducida al principio de constitución de un todo político concreto. Al menos, FREYER no deja a este respecto lugar a dudas al afirmar que el pensamiento sociológico tiene que «historizarse en todas sus categorías». Cfr. obra citada, pág. 185, en la t. c. de F. DE AYALA, Buenos Aires, 1944.

III

A. Mientras que la validez del ordenamiento como totalidad cerrada es positivamente referida a un principio de realidad en sí mismo dado, el principio de validez de una norma jurídica es siempre otra norma jurídica. Esto es así de necesidad lógica, pues supuesta la organización jurídica, no queda posibilidad alguna de que se produzca una imperación de tal carácter en alguna manera no reconocida por la organización. Esta función de «reconocimiento de lo jurídico» en cuanto es hecha efectiva lo es precisamente porque el ordenamiento dispone de un aparato categorial para reconocer sus propios productos normativos.

1. Entre la norma que impone un contenido como reglado y la que la autoriza como norma, hay por de pronto una diferenciación, al menos de sentido. Consiste en que la proyección de la segunda no es hacia un fenómeno del mundo real cuya significación jurídica se establece, sino precisamente al mundo jurídico puro, es decir, a la propia norma como entidad que se pone como norma. Si esta peculiaridad no altera la estructura lógica de la norma, implica, en todo caso, características muy peculiares, que reclaman el examen de este tipo de normas como una categoría aparte dentro del sistema normativo.

Por de pronto, puesto que este tipo de reglas tiene por objeto de regulación una norma, parece ir dirigida ante todo al sujeto llamado a producir la norma autorizada. Con respecto a éste se entiende definida una conducta como debida jurídicamente al producir el mandato, de modo que cuando menos, tal como aparece concebida la organización, se exige que el mandato se produzca de esa y no de otra forma. Hay que admitir que una conducta irregular a este respecto es, desde luego, un fenómeno jurídico, al que se ligan determinadas consecuencias. La índole de éstas no puede ser establecida con carácter absoluto, o al menos —como se verá más adelante— no se puede sentar como principio general el de que toda norma defectuosamente producida no es reconocida como existente por el ordenamiento jurídico. Y, sin embargo, es preciso admitir que, por otra parte, se tiende a procurar la producción del derecho en la forma establecida, y esto es así porque esta forma no es sino el reflejo o la proyección en un caso concreto del tipo de organización y de los mecanismos de funcionamiento, que el ordenamiento se señala a sí mismo como ideales. En este sentido, el sistema de producción es la ordenación como tal del estatuto totalitario de autoridad a que se ha referido el principio de validez del ordenamiento.

Pero la norma de producción no es sólo una norma de estructura en el sentido expuesto. Teniendo por objeto la actualización de un estatuto de autoridad, que, por lo demás, ella misma define, es tam-

bién una regla que determina frente a un cuerpo de sujetos el carácter de normas jurídicas de ciertas declaraciones de voluntad, las cuales son consideradas por el aparato de poder como dotadas de aquella significación específica que cobran por ser precisamente suyas. En este sentido, el sistema de producción es realmente una «teoría del conocimiento jurídico», en cuanto proporciona los criterios adecuados para destacar como categoría aparte la norma jurídica de todas las demás.

Se da así, con respecto a este tipo de reglas, una dualidad de funciones que se hacen efectivas a través de una identidad o no de resultados jurídicos. Es posible hacer coincidir la exigencia de que el órgano de producción actúe regularmente con la virtualidad jurídica de lo ordenado; pero también es posible —y, como se verá, más frecuente— no enlazar totalmente esta consecuencia a tal supuesto. Depende, en definitiva, de que todos los requisitos de producción se consideren condición «sine qua non» de la existencia del mandato como categoría normativa, o de que algunos de ellos se estimen sólo prescripciones dirigidas al órgano emiteute, cuya inobservancia, sin dejar de producir algunos efectos jurídicos, no afecta a la entidad de la norma como tal. Esto quedará debidamente precisado al estudiar tales requisitos en concreto, y se apreciará cómo algunos de ellos, por fundamentales que puedan ser en cuanto al aspecto funcional de la organización, no aparecen incorporados a la textura formal de la norma.

2. Importa advertir que lo que se viene llamando «sistema de producción de normas» es más bien una construcción dogmática que un apartado jurídico, destacado con rigor sistemático en la totalidad del ordenamiento. Aun cuando teóricamente nada se opone a que ello fuera así, es lo cierto que en la práctica es imposible dar un corte preciso que separe las normas de producción de las demás. Ciertamente, en sus líneas maestras (tipos normativos, competencia, contenido básico, etc.) el sistema de producción es destacado en normas de la máxima significación; pero sería muy erróneo creer que se agota en ellas, cuando muchos otros elementos subyacen en las propias normas de contenido formando parte de su supuesto o quedan definidos como consecuencias ligadas al mismo. Lógicamente, tiene el mismo carácter la norma que determina expresamente la competencia de un órgano que la que establece un procedimiento para impugnar su actuación con incompetencia; pero, por razones prácticas, las dos normas no aparecen casi nunca formando parte de una unidad sistemática. En cambio, en muchísimos casos la norma de contenido engloba otra de producción, como ocurre con la frecuentísima autorización para adoptar medidas de ejecución.

Formalmente la norma de producción es idéntica a las demás, en cuanto necesariamente ha de incorporarse a uno de los tipos normativos establecidos. Esto es así de necesidad, habida cuenta de que también

como norma postula su propia validez y ésta viene definida por el hecho de revestir precisamente una de las formas a las que se reconoce virtualidad de obligar jurídicamente. Del rango de esta forma depende que exista o no una superioridad jurídica respecto de la norma autorizada. Por esto no puede considerarse rigurosamente exacta la posición de KELSEN y su escuela en este punto, al afirmar que se da siempre una prevalencia de la norma autorizante sobre la autorizada. En efecto, la relación entre estas dos normas es entendida por KELSEN como una relación de desarrollo, y por esto se estima que todo el proceso de creación jurídica es en cada momento creación y aplicación al mismo tiempo, de modo que cada norma, de acuerdo con la imagen plástica de MERKL, «mira a los dos lados como la cabeza de Jano» (53). Esta consideración es sólo correcta en cuanto en la «aplicación» así entendida se vea apuntado únicamente el hecho de que la segunda norma remite a la primera en cuanto al título de validez, pero de ninguna manera en el sentido de que exista por sí misma, una dominación normativa de la primera sobre la segunda. Necesariamente no se trata de una aplicación entendida como desarrollo de preceptos básicos a preceptos secundarios y esto sencillamente por no ser el vínculo entre las dos normas de tal naturaleza que haga depender la existencia normativa de la autorizada de la constante existencia de la autorizante. La norma de producción, en general, es sólo un título que ha de postularse frente a toda norma al darse ésta como tal y conforme al cual es posible reconocerla como un producto jurídico normativo. Fuera de esto, cobra una existencia objetiva, desprendiéndose totalmente de la autorización, a menos que expresamente se declare que queda sujeta a las vicisitudes de la norma que la autoriza.

Es esto lo único que permite explicar un hecho bien frecuente, pero difícilmente asimilable dentro del sistema conceptual kelseniano, a saber: la permanencia de las normas de contenido, al menos en gran parte, no obstante quedar removido en sus fundamentos todo el sistema de producción. En efecto, al exponer KELSEN lo que él llama el «principio de legitimidad» (es decir, la significación de validez que la aplicación de las normas de producción confiere), teniendo en presencia el fenómeno de la revolución, esto es aquello que «ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es nulificado y sustituido en forma ilegítima por un nuevo orden, es decir, cuando la sustitución no se hace

(53) «La norma que regula la creación de otra —dice KELSEN— es «aplicada» en el acto de creación. La creación del derecho es siempre aplicación del mismo. Estos dos conceptos en manera alguna se oponen absolutamente, como lo piensan los partidarios de la teoría tradicional. No es enteramente correcto dividir los actos jurídicos en actos de creación y de aplicación del derecho, pues, prescindiendo de los casos límites..., normalmente cada acto es, al propio tiempo, creador y aplicador del derecho. Cfr. *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., pág. 138. Vid. MERKL: *Die Lehre vom der Rechtskraft*, Viena, Springer, 1923, pág. 216.

en la forma prescrita por el orden anterior» (54), advierte que «comúnmente, los nuevos hombres a quienes la revolución lleva al poder únicamente anulan la Constitución y ciertas leyes de significación política superior, poniendo en su lugar otras normas. Una gran parte del viejo orden jurídico «permanece» válida, incluso dentro del marco del nuevo orden» (55). La explicación a este fenómeno, realmente frecuente, que proporciona Kelsen, es la siguiente: «...la frase «permanece válida», no ofrece una descripción adecuada del fenómeno. Únicamente los contenidos de tales normas son los que no cambian, no su razón de validez. Dejan de ser válidas en virtud de haber sido creadas en la forma prescrita por la vieja Constitución. Esta deja de tener fuerza obligatoria y es reemplazada por una nueva Constitución, que ya no representa el resultado de una modificación constitucional de la anterior. Si ciertas leyes promulgadas bajo el imperio de la vieja Constitución «continúan siendo válidas» bajo la Constitución nueva, ello únicamente es posible porque la nueva les confiere validez, ya expresa, ya tácitamente... La razón de su validez no debe buscarse en la Constitución vieja, sino en la nueva, y entre ambas no existe continuidad, ni desde el punto de vista de la primera, ni desde el ángulo visual de la segunda. Así, pues, nunca es la Constitución simplemente, sino todo el orden jurídico, lo que cambia como consecuencia de una revolución» (56). La primera duda que ofrece este texto es si el reiterado término «Constitución», va empleado en sentido lógico o en sentido positivo, conforme a la dualidad de significados que la teoría de Kelsen le atribuye (57). Si fuese lo segundo, es claro que la cuestión se reduce meramente al alcance de las normas que se establecen, puesto que nada impide que contengan una declaración derogatoria. Pero supuesto que no fuera así la razón de la validez de las viejas normas no puede buscarse en la nueva Constitución, pues en tal caso habría que entender consecuentemente que sólo desde que la nueva Constitución se promulga existen normativamente lo que parece bien absurdo; de otro modo, contra lo que se afirma, se da una continuidad entre la Constitución nueva y la antigua, cualquiera que sea el grado de ilegitimidad con que la primera se establece. Dentro de la

(54) Ob. cit., pág. 120.

(55) Ob. cit., pág. 121.

(56) Ob. cit., pág. 121. Cfr. también, HERRFAHRDT: *Revolución y Ciencia del Derecho*, t. e. de A. POLO, Madrid, 1932, pág. 25.

(57) Vid. EBENSTEIN, ob. cit., pág. 160: «El curso dinámico del derecho se origina, en todo caso, en la norma básica, la primera y soberana norma del sistema, que no es promulgada, sino presupuesta; no constituida, sino preconstituida. Esta norma la llama Kelsen la *constitución en sentido lógico* («Reschtslogisch») por cuanto, en primer lugar, instituye la autoridad legislativa. Esta autoridad establece normas que regulan la formación del derecho: esas normas forman la *constitución en sentido de derecho positivo*.» Los subrayados son del autor citado.

construcción kelseniana, la única vía de explicación abierta es de un barroquismo conceptual realmente notable, puesto que la norma se entiende: *a*) abrogada «por el hecho de que el orden jurídico, considerado como un todo, ha dejado de ser eficaz» (58), y *b*) promulgada, al menos tácitamente, por «recepción», siendo ésta «un procedimiento abreviado de creación jurídica» (59), pero los dos efectos —entre sí contradictorios— son atribuidos de un solo golpe a *un mismo* fenómeno: la derrocaación del ordenamiento establecido. El razonamiento lleva a configurar un sólo supuesto de hecho como principio de dos consecuencias jurídicas que se excluyen mutuamente.

Si, por el contrario, el término «Constitución» tiene el otro sentido de «supuesto lógico de la totalidad jurídica», entonces, el «coup d'Etat», significaría no sólo la presuposición de que el Derecho no tiene otro principio de validez que el nuevo poder establecido, sino que, además, no lo ha tenido nunca ni puede tenerlo en lo futuro, con lo cual el ordenamiento aparece como sistema intemporal y absoluto desprendido de toda contingencia histórica. Esta conclusión me parece que rebasa hasta los límites de la megalomanía más exagerada que haya podido padecer dictador alguno; sencillamente significa una hipóstasis del poder que llega en su configuración conceptual, con mucho, más allá que la estaticación hegeliana del Derecho.

Pero, retomando constructivamente la cuestión, nada exige que la alteración por vía revolucionaria del sistema de producción lleve consigo la nulificación de toda norma vigente conforme al «status» preexistente. Este efecto catastrófico no se produce, sin perjuicio de una declaración concreta de no vigencia que se explica por el expediente derogatorio, cuya validez sí hay que referir al nuevo orden establecido, sencillamente porque si la norma trae su principio de creación de una autorización no está condicionada en su existencia a la permanencia de esa autorización como norma. O quizá más exactamente al producirse la norma incorpora su título de autoridad y adquiere una entidad objetiva contra la cual nadie, sino el sistema de producción, puede reaccionar. El error de Kelsen procede aquí también de la comprensión del ordenamiento pura y simplemente como sistema de normas, lo que permite considerarlo como totalidad cerrada desprendida de todo antecedente y de toda sucesión. En cambio, en cuanto se advierte que el sistema de normas define una situación de orden concreto referido a una base real en continuo proceso, se advierte también que las pretendidas «recepciones» son precisamente la expresión normal de tal continuidad.

Se puede, pues, concluir que la relación entre la norma de produc-

(58) Ob. cit., pág. 123.

(59) Ob. cit., pág. 121.

ción y la norma de contenido es una relación de creación de Derecho, pero no de aplicación, al menos en sentido de que la segunda requiera el concurso permanente de la primera para ser tenida como tal norma.

3. La relación entre las dos categorías de normas tiene por contenido, si se la concibe lógicamente todo el proceso de producción del Derecho, o en otros términos, tiene por objeto la aparición de la norma como fenómeno jurídico. Es, ante todo, determinación de un procedimiento de creación, pero también y al propio tiempo, determinación de la significación jurídica de lo creado. No sólo, por ejemplo, señala cómo han de elaborarse las leyes, sino que también define la «ley» como categoría normativa.

Por lo que al primer aspecto se refiere, contiene, ante todo, una autorización para expedir mandatos, es decir, determina la competencia normativa de un órgano, sea por referencia a un estatuto personal de autoridad, sea por la configuración de un supuesto que sirve de punto de conexión para señalar la autoridad de un órgano. Puede ocurrir, además, que se fije un procedimiento de tramitación del mandato, es decir, que se establezcan requisitos en serie que deben observarse para la formación y expedición de aquél. Finalmente, puede incluso pre-determinarse positiva o negativamente el contenido del mandato, fijando principios a desarrollar o prohibiendo, con carácter más o menos general determinadas prescripciones.

Por otra parte, la norma de producción constituye una declaración abierta en el sentido de que ciertas declaraciones de voluntad deben ser tenidas por normativas. Para destacarlas de todo otro tipo de normas se hace preciso fijar «formas», es decir, tipos de declaración que por su sola contextura formal incorporen una significación normativa dada y no otra. Todo mandato viene a quedar, por esto encajado en un «tipo normativo», que es construido —por el sistema de producción— con un minimum de rasgos aprehensibles inmediatamente. En primer término, esta vestidura formal viene dada por la propia disposición de contenido que se autodefine como norma de un tipo dado y no de otro. En segundo, por la referencia al órgano que la produce.

Entre estas dos notas existe una correlación que procede del hecho de que la distribución de competencias es llevada a cabo exigiendo para los mandatos sobre cierta materia o de cierto contenido, un tipo normativo especial, mientras que, consecuentemente, los tipos normativos son asignados a órganos determinados. De esta forma la tipología normativa es realmente un artificio lógico para la ordenación funcional del aparato de poder.

Pero el hecho de que esa seriación de tipos sirva realmente para una configuración racional de la actividad del poder, debe ser pospuesto a lo que constituye su verdadera función lógica: constituir un sistema

categorial para el reconocimiento, dentro del derecho mismo, de los fenómenos normativos. La especial significación que ciertas declaraciones de voluntad tienen de ser normativas, les es atribuida en cuanto revisten la forma de un tipo normativo reconocido sin necesidad de tener que referirlas a otro título de autoridad. Todo lo que revista esas formas obliga, a menos que expresamente se desautorice su aplicación, sea reconociendo abiertamente la facultad de examinar previamente si se ha cobrado esa forma de modo regular, sea autorizando tal competencia únicamente a un órgano determinado. El ordenamiento conecta la consecuencia jurídica de obligatoriedad a un supuesto puramente formal, y sólo en el grado en que constituyan notas de tal supuesto son los requisitos de producción al propio tiempo requisitos de normatividad.

El que esto sea así responde a la necesidad lógica de establecer un criterio dogmático para discernir entre las infinitas declaraciones de voluntad que puede emitir un órgano, aquellas que han de cobrar una significación normativa. Esto sería imposible si tal categoría específica no fuera formalizada de alguna manera. Como consecuencia, el llamado «Derecho objetivo» es menos objetivo desde el punto de vista de la impersonalización obligatoria del mandato, que por virtud de la objetivación de la norma como una categoría formal, que, en cierto sentido, se desprende de su órgano de creación. El poder se conforma jurídicamente sólo en el grado que proporciona criterios para discernir objetivamente lo normativo de lo que no lo es. Si no lo hace así, parece quedar agotada toda posibilidad de señalar este tipo de dominación como algo específicamente distinto de los demás, con respecto a los cuales puede decirse que el poder de coerción y la conducta imperada entran en un sólo fenómeno. La formalización de los mandatos de carácter jurídico es, en primer término, expresión del monopolio de la autoridad, pero lleva consigo el que esa misma autoridad, en el sentido de creadora del Derecho, aparezca —en cierto modo— como transferida, sino real al menos sí lógicamente, a la norma como categoría objetiva. De esto puede justamente concluirse que el poder se expresa sólo normativamente, pero sería un error, en el que ha incurrido el normativismo, creer por esto que sólo «es» un sistema de normas. Por el contrario, todo parece indicar que, justamente de este modo, se fija como la realidad previa que atribuye un significado peculiar a toda la realidad jurídicamente dominada.

El grado de independencia u objetivación que la forma normativa cobra con respecto a su peculiar proceso de creación, sólo es decidida por el propio Derecho positivo. En primer término, puede adoptar el criterio de que todos los requisitos de producción (entendiendo que ésta es una expresión abreviada dentro de la cual, va desde luego, una posible predeterminación del contenido normativo) quedan incorporados al tipo,

de tal manera, que cualquier irregularidad tiene por efecto que la declaración del órgano no adquiera fuerza normativa, o lo que es lo mismo. no sea tenida jurídicamente por norma. Este criterio tiene que llevar consigo una denegación expresa de la fuerza de obligar para la norma irregular, puesto que la significación normativa le es atribuída al tipo como tal, y no todos los requisitos pueden ser reconocidos en la textura formal de aquél (60).

Se puede adoptar un criterio totalmente opuesto, que podría ser definido en estos términos: de todos los requisitos de producción sólo condicionan la significación normativa del mandato los que condicionan la existencia del tipo normativo como mera forma. Concurriendo éstos. el mandato cobra fuerza de obligar, cualquiera que sean las consecuencias jurídicas de otra índole, que se reconozcan a la irregularidad en que, eventualmente, pudiera haberse incurrido. En tal caso, los requisitos que podemos denominar de carácter no formal tienen por objeto regular el funcionamiento de los órganos al producir el Derecho, pero no la producción del Derecho como tal. Las normas que los establecen son de carácter orgánico, pero, hablando estrictamente, no son normas de producción.

Las notas formales que integran el tipo normativo pueden ser reducidas a la indicación que del mismo hace el propio mandato y a una referencia a la autoridad de producción. Supuesto que un órgano retenga en exclusiva la expedición de mandatos de un tipo dado, la creación por otro de una norma atribuyéndole el carácter de aquel tipo, es una creación privada de toda virtualidad normativa. Como en tal caso la conexión de autoridad es un requisito formal del tipo, sencillamente ese

(60) Aun cuando la exégesis de nuestro Derecho positivo se deja para otro momento, no quisiera dejar de mencionar un caso concreto en que nuestro sistema de producción consagra este criterio. El art. 9.º del Fuero de los Españoles establece que «nadie estará obligado a pagar tributos que no hayan sido establecidos con arreglo a ley votada en Cortes». En este caso —en mi modo de ver— no se trata sólo de declarar la garantía de que cierto contenido del mandato exige un tipo normativo muy concretamente determinado, sino que, además, para tal caso todo otro tipo de mandato queda desautorizado para el contenido de fijar tributos. En estas condiciones, la desobediencia a la norma irregular en tal sentido es declarada jurídica por el propio ordenamiento. Por lo demás, políticamente, es la expresión más radical del principio «no taxation without representation».

VILLAR PALASÍ me ha llamado la atención sobre el art. 20 de la Ley de 16 de octubre de 1942 que declara que «serán nulos y carecerán de todo valor y eficacia siendo jurídicamente inexigibles los acuerdos adoptados en esta esfera de Reglamentación del Trabajo por cualquiera organismos y autoridades distintos del Ministerio de Trabajo...» Pero los conceptos «nulidad» y «carencia de fuerza de obligar», aun cuando expresen el mismo fenómeno jurídico, no cobran significación en el mismo momento, pues el uno es «un supuesto que ha de ser jurisdiccionalmente verificado en el caso concreto, mientras que el otro es una declaración de que no existe normativamente algo que sin esa declaración tendría que ser considerado normativo, aunque *ex post* fuera declarado nulo.

mandato no existe como norma. Otra hipótesis es que el órgano autorizado lo esté para producir normas del mismo tipo por distintos procedimientos. La norma creada por uno de estos en concreto, no queda vinculada a su procedimiento de producción, sino meramente al tipo que asume, o lo que es lo mismo, puede quedar afectada por una norma posterior del mismo tipo aun cuando sea elaborada por distinto procedimiento. Cuando ocurre lo contrario, es decir, cuando la norma se declara indemne a todo otro procedimiento de creación que el utilizado para ella, se está fuera de la hipótesis, viniendo a ser distintos los tipos normativos (61).

Como la práctica muestra la posibilidad de que un mismo tipo de normas quede autorizado para órganos de distinta competencia (material) así como la de que un mismo órgano pueda utilizar no sólo diferentes procedimientos de elaboración de un tipo común, sino distintos tipos, hay que entender que, en tales casos, la única condición formal del tipo viene dada por la indicación que proporciona la propia norma. Si en tal supuesto la norma es dictada con incompetencia —por lo que a la materia se refiere—, o se la reviste de un tipo inadecuado —por razón de su contenido—, tales irregularidades por sí solas no desvirtúan la significación normativa del mandato. A menos que, excepcionalmente, no esté determinado que en tal caso carecen de fuerza de obligar, la desobediencia a tales normas o su inaplicación por los Tribunales (de no estar autorizada la revisión) no es menos antijurídica que si se tratara de normas formalmente regulares. Si no se aceptara que tales normas obligan en cuanto externamente son idénticas a las regulares, habría que admitir que toda norma lleva implícita como condición de eficacia una declaración *ex post* de regularidad. Este es precisamente el caso de la aplicación del otro sistema, ya examinado.

Entre estos dos criterios que la construcción teórica tiene que contemplar como soluciones límite, la práctica media con un tercero en el cual se acepta el principio de que la significación normativa es referida a la mera concurrencia de los requisitos formales, pero, al propio tiempo, el ordenamiento habilita una serie de procedimientos de corrección que tienden, al ser puestos en juego, a neutralizar caso por caso o a nulificar *erga omnes* la norma irregular, reestableciendo la lógica interna del ordenamiento.

(61) Este es de la mayor importancia con respecto al concepto de Ley «formal» en nuestro Derecho positivo. Nuestro ordenamiento reconoce distintos procedimientos de elaboración de una ley. Esto resulta no sólo de la exclusión en ciertos casos de la competencia del Pleno de las Cortes (art. 12 de la Ley de 17 de julio de 1942), sino de la existencia de leyes de «prerrogativa» expedidas exclusivamente por la Jefatura del Estado por virtud de las facultades conferidas por las Leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939, que la propia Ley de Cortes reconoce reservadas y que la práctica ha consagrado al promulgarse en esta forma la ley instituyendo el referéndum de 22 de octubre de 1945. Vid F. J. CONDE: *Representación política y régimen español*, Madrid, 1945, pág. 142.

Todo el desarrollo conceptual concreto de la teoría de las normas queda supeditado a esta previa toma de posición por el Derecho positivo. El error general consiste en elaborar conceptos tales como los de validez y eficacia, con pretensiones más o menos absolutas y sin dejarlos supeditados incluso en su propia virtualidad teórica al criterio que el ordenamiento adopte, o en otros términos, al grado de relevancia jurídica que confiera al sistema de producción.

Finalmente, es preciso advertir que si el sistema de producción en este punto ha de significar algo más que un plan puramente interno del funcionamiento de la organización de poder, tiene que ser puesto a salvo del juego del principio *lex posterior derogat priori*, al menos con respecto a la tipología normativa que el mismo establece. En otras palabras, las normas que la estatuyen tienen que formar un tipo aparte de la cadena de tipos regulados, puesto que si su significación normativa es idéntica a éstos su inobservancia ha de ser necesariamente interpretada como una modificación o derogación posterior. «Si la Constitución puede ser cambiada en la misma forma que una ley ordinaria, entonces ninguna ley «inconstitucional» significa realmente un cambio en la Constitución, al menos por lo que toca a la esfera de validez de esa ley. Un conflicto entre una ley y la Constitución tiene en tal hipótesis el mismo carácter que un conflicto entre una ley nueva y una ley antigua. Es un conflicto que habrá de resolverse de acuerdo con el principio *lex posterior derogat priori* (62).

B. El análisis seguido hasta aquí revela la existencia, por una parte, de requisitos de distinta índole para la producción de normas, y por otra, la de normas que se presentan como tales y que, ello no obstante, han sido producidas irregularmente en relación con tales requisitos. Esto entendido, ¿qué ha de entenderse por validez de una norma?

1. Para la teoría pura del Derecho, por definición, no existen «leyes inválidas». No quiere decirse con esto que no existan hechos de infracción de los requisitos de producción, sino que tal infracción o da lugar a que no exista norma o carece de significado en lo que a la producción del Derecho se refiere, porque el ordenamiento quiere que ciertos mandatos sean normas a pesar de ser irregulares (63). Si esto ha de ser así, para considerar la validez de una norma no ha de atenderse al sistema

(62) Kelsen: *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pág. 276.

(63) «Una norma no válida es una norma no existente, es la nada jurídica.» (Vid. Kelsen, ob. cit., pág. 162.) Vid. también. *La teoría pura del Derecho*, citada, pág. 121: «Si es posible una ley inconstitucional, es decir, una ley válida que contradice las prescripciones de la Constitución vigente, bien por el modo de haberse aprobado, bien por su contenido, ese estado de cosas no puede interpretarse sino de este modo: que la Constitución no sólo quiere la validez de la ley constitucional, sino también en cierto sentido— la validez de la ley inconstitucional; de otra manera no podría hablarse de una «validez» de la última. El que la Constitución quiera tam-

de producción, por lo menos en su integridad, puesto que, en parte al menos, puede ser violado sin que padezca la norma en su condición de tal, sino al hecho de que una norma se le reconozcan como debidos sus efectos normativos. Esto parece dejar en trance bastante crítico el propio concepto de validez, tal como previamente ha sido formulado, como expresión de la regularidad constitucional del proceso de producción (64).

Ha sido MERKL quien ha llevado a cabo el intento más laborioso para salvar esta inconsecuencia (65). El recurso dialéctico utilizado parte del ya reconocido carácter dinámico del Derecho, que se desarrolla considerando el orden jurídico no como una estructura coordinada de normas situadas al mismo nivel, sino como una organización jerárquica en la que la creación de una norma se encuentra determinada por otra de grado superior. Esto supuesto, dada una norma no autorizada por otra superior (en lo que se comprende, producida con cualquier irregularidad, puesto que todos los requisitos se consideran igualmente esenciales) ha de entenderse que jurídicamente no existe, al menos como tal norma. Si esto no es así, es decir, si a pesar de la irregularidad se reconocen a la norma efectos normativos, el fenómeno debe explicarse entendiendo que tales normas irregulares son tenidas por el ordenamiento, hasta cierto punto y momento «como si» fueran válidas (66). Por virtud de este arreglo se estima que la diferencia entre normas producidas correctamente y normas producidas incorrectamente, radica sólo en que, en el

bién la validez de la llamada ley inconstitucional surge del hecho de que ella prescribe no solamente que las leyes deben ser producidas en una forma determinada... sino también que en caso de ser producida una ley en otra forma que la prescrita..., de ningún modo ha de considerarse nula, sino que ha de valer hasta tanto sea anulada por un Tribunal constitucional en un procedimiento regulado por la Constitución.»

(64) KEISEN: *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., pág. 116: «Las normas jurídicas no son válidas porque ellas o la norma básica tengan un contenido cuya fuerza obligatoria sea evidente por sí misma. No son válidas por el valor intrínseco de la exigencia que de las mismas emana... Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla y sólo por ello.»

(65) Cfr. A. MERKL: *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, Hanover, 1917; *Das doppelte Rechtsantlitz*, Viena, 1918, y, sobre todo, *Die Lehre von der Rechtskraft*, cit. Para la bibliografía: WEYR: *La doctrine de M. Adolphe Merkl*, en «*Revue Internationale de la Theorie du Droit*», II, 1927-28, págs. 215 y sigs.; BONNARD: *La theorie de la formation du Droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolphe Merkl*, en «*Revue de Droit Public*», 1928, y CARRE DE MALBERG: *Confrontation de la theorie de la formation du Droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le Droit positif français relativement à sa formation*, Paris, 1933. Con fuertes críticas: H. NAWIASKY: *Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Stufenbau*, en «*Zeitschrift für öffentliche Rechts*», 6, 1926, y *Allgemeine Rechtslehre*, Einsiedeln/Köln, 1941, págs. 54 y siguientes; PERGOLES: *Osservazioni sul sistema gradualistico delle fonti normative*, en «*Raccolta di studi di Diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*», Milán, 1938.

(66) Se han creído reconocer los supuestos gnoseológicos de MERKL en la filosofía del «como si» de HANS VAHINGER: *Die Philosophie des «als ob»*. *System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines individualistischen Positivismus*, Berlin 1911. Aun cuando esta filosofía suele ser de-

caso de estas últimas el ordenamiento puede considerar su deficiencia como supuesto de anulación, estimando en tanto esta no se produce la norma defectuosa como válida. «Si una ley —dice MERKL— deja de reunir todos los requisitos que han de aplicársele, y el Derecho le permite, no obstante, que tenga fuerza de Derecho, y en cierto sentido sanciona el incumplimiento de los requisitos, haciendo de este incumplimiento meramente una razón para la revocación de la ley, entonces también «se corrige», modifica los requisitos hasta el punto de hacerlos meros «deseos» con relación a la formación de la ley» (67). De esta forma, el fenómeno de la norma en colisión no encuentra su explicación en el mundo de lo antijurídico sino dentro del propio campo legal, como determinación de las consecuencias jurídicas de la norma deficiente. MERKL explica estas consecuencias como resultado de la predeterminación por el ordenamiento de los errores del proceso de producción. El recurso para este «cálculo de error» (FEHLERKALKÜL) es la «norma de habilitación», que tiene por fin corregir el mecanismo de gradación desde el punto de vista de la eficacia, en el sentido de que cuando una norma rebasa los límites que le señala la de grado superior, deben producirse —aplicando la norma de habilitación— las consecuencias jurídicas determinadas por la norma nula, la cual, por virtud de este rodeo, ingresa —al menos provisoriamente— en el Derecho positivo (68). MERKL justifica esta eficacia anómala por razones prácticas y razona la utilidad del giro que supone, al no encontrar una formulación explícita de tales efectos, en atención a que el ordenamiento tiene que calcular los errores de sus órganos de producción, pero quiere crear en estos la «ilusión» de que necesariamente tienen que observar las prescripciones de autorización si quieren dotar de eficacia a sus mandatos, aun cuando en realidad esta última consecuencia se produce no *ipso jure*, sino por el funcionamiento de los recursos de corrección (69).

¿Es de necesidad, obligado, acudir a un expediente tan complicado

preciada, en una consideración puramente negativa de su reducción a ficciones de los conceptos fundamentales, es lo cierto que ha ejercido una poderosa influencia en la epistemología contemporánea, que acusa una tendencia muy fuerte a una interpretación «funcional» de los conceptos más capitales. Es la actitud del llamado «Círculo de Viena» (CARNAP, REICHENBACH, WITTGENSTEIN, etc.). En las ciencias jurídicas su influencia ha sido objeto de estudios tales como los de STRAUCH: *Die Philosophie des «Als-Ob» und die hauptsächlichste Problem der Rechtswissenschaft*, Munich, 1923; SALOMON: *Die Rechtswissenschaft und die Philosophie des «Als-Ob»*, en «Archiv Rechts und Wirtschaftsphilosophie», XIII, y CASTIGLIA: *La Filosofía del «Als-Ob» nel Diritto*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», VI, 1926, páginas 98 y sigs.

(67) *Die Lehre von der Rechtskraft*, cit., págs. 294-295.

(68) MERKL, ob. cit., pág. 296. Cfr. SCHREIER: *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*, t. e. de E. GARCÍA MAYNEZ, Buenos Aires, Losada, 1942, pág. 268.

(69) Ob. cit., pág. 296.

para proporcionar una explicación teórica satisfactoria de los efectos de las normas producidas irregularmente? Y, sobre todo, ¿es convincente esa «astuta actitud» del ordenamiento hacia sus órganos de producción?

La respuesta a estas preguntas se puede conseguir por medio de un análisis crítico de la teoría. La primera observación a formular es que si bien se establece como premisa que la validez de una norma es la expresión de la regularidad de su producción, se estima, de otro lado, que todo efecto normativo si se produce es como consecuencia de que la norma que lo postula es válida, sea de suyo, sea a través del recurso indirecto de habilitación. De esta forma, los conceptos de validez y eficacia parecen reclamarse mutuamente, pues la eficacia se fundamenta en la validez, mientras que, a su vez, ésta es inferida de la eficacia. Pero de alguna manera esto puede dar lugar a que dos normas en contradicción puedan ser válidas al mismo tiempo, con lo que queda contradicho el significado peculiar que al propio concepto de validez se atribuye. Una norma debe ser considerada válida por la regularidad de su producción y otra que pretende derogarla pero ha sido producida defectuosamente ha de ser estimada también válida, como habilitada al efecto. Con esto se desconoce la significación lógica que al principio de validez se reconoce, hasta el extremo de haber sido erigido en postulado de la lógica interna del ordenamiento jurídico. Así últimamente GARCÍA MAYNEZ —tributario en grado sumo a los principios de la Escuela de Viena— ha arrancado de él como axioma para la construcción de una «lógica jurídica». Para dicho autor, si el principio general de contradicción puede ser enunciado en los términos de que «dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos», el principio lógico-jurídico correlativo queda definido en éstos otros: «dos normas de Derecho contradictorias no pueden ser válidas ambas» (70).

2. Los conceptos de validez y eficacia, entendiendo por el primero la significación normativa que a la norma es atribuida por virtud de la regularidad de su proceso de producción, y por el segundo la consideración jurídica que tiene a sus efectos como debidos por ponerse la norma como tal, pueden ser discernidos abstractamente como referidos a dos

(70) Vid. *Introducción a la Lógica jurídica*, México, 1951, pág. 27. Kelsen ha rechazado siempre la reducción de la teoría pura a una lógica jurídica-formal, que es precisamente el sentido con que la incorpora la teoría egológica de Carlos Cossío. El punto de vista de Kelsen es que la teoría pura es lógica aplicada al conocimiento jurídico, pero no lógica especial del conocimiento jurídico. Vid. NIETO ARTETA: *Un diálogo con el profesor Kelsen sobre la lógica jurídica*, en «Universidad Nacional de Colombia» (revista trimestral), junio-agosto 1945, págs. 111 y sigs. Por el contrario, el punto de vista de Cossío, que incorpora a su filosofía también a HUSSERL y a HEIDEGGER, es que la teoría pura, siendo la única base que hace posible la ciencia del Derecho positivo como auténtica ciencia, es lógica especial del «deber ser», pero no ciencia del Derecho en sí misma. Cfr. Cossío: *Teoría egológica y teoría pura*, en «Revista de Estudios Políticos», 48, 1949, págs. 185 y sigs.

normas que no postulan la misma consecuencia. Por una parte, la producción del Derecho es colocada bajo la pauta de un «deber ser», que siendo observado produce la norma en condiciones de entidad perfecta, y, en consecuencia, la postulación jurídica que implica es válida y no puede quedar afectada de otro modo que por el funcionamiento regular de los órganos de producción actuando en la forma regular establecida para la derogación de esa norma. Pero la inobservancia de aquel «deber ser» no comporta de necesidad lógica la inexistencia de la norma como fenómeno normativo, pues esta otra postulación jurídica no es conectada más que a un dato formal-objetivo, que es la forma de la declaración que el ordenamiento considera condición necesaria y suficiente para que la voluntad normativa se entienda declarada y como declarada obligante. Por virtud de esta otra postulación no se establece que la norma sea «válida» en el sentido de que cobre una perfecta entidad normativa, sino sólo que existe como normativa, dejando a salvo la posibilidad de ser nulificada por una ulterior declaración autorizada que tiene por contenido el que algo que «existe» normativamente no «es» normativo (71).

Se sobreentiende que el ideal de todo ordenamiento es que sólo cobren fuerza de obligar los mandatos expedidos regularmente, pero este ideal no puede realizarse —al menos de modo inmediato— más que con respecto a los requisitos de producción que pueden ser verificados en la norma en cuanto a declaración. Así, pues, a menos que el ordenamiento prefiera dejar todos los mandatos sujetos en su efectividad a una libre apreciación sobre su regularidad o condicionados a una declaración *a priori* sobre tal carácter, tiene que optar por no elevar todos los requisitos aludidos al rango de condiciones de la eficacia normativa. Desde el momento en que este criterio se adopta, se rompe no sólo la unidad lógica de los dos conceptos de validez y eficacia, sino también la unidad empírica de los fenómenos normativos. En otras palabras, viene a resultar que no toda norma eficaz es, por su sola condición de eficacia, también válida.

Pero esto no ocurre como quiere la explicación de MERKL por virtud

(71) La teoría pura no distingue estas dos significaciones como distintas. El concepto de validez expresa la producción regular de la norma, y esto significa también que tiene efectos normativos. De donde todo lo que produce estos efectos es, de una u otra manera, válido. La expresión *eficacia* tiene en Kelsen un sentido muy diferente: «... dentro de un orden jurídico que considerado como un todo tiene eficacia, puede haber normas que sean válidas y no sean, sin embargo, eficaces; es decir, normas que no sean obedecidas ni aplicadas, incluso cuando se han llenado las condiciones que ellas mismas señalan para su aplicación». Vid. *Teoría general...*, citada, pág. 123. Aun cuando esta conclusión está en estrecha relación con el problema de la costumbre como fuente del Derecho, la aplicación o no de la norma es un puro hecho que puede ser objeto de una consideración jurídica, pero que no puede ser confundida con la postulación de efectos como debidos, que tampoco, según se razona en el texto, se resuelve pura y simplemente en la validez.

de una «habilitación» especial para estos casos, sino sencillamente por el juego de un mecanismo lógico, que es común a la norma regular y a la irregular, a saber: que tanto una como otra, aparecen con la investidura suficiente para ser tenidas inmediatamente por normativas. La calificación, en ese momento, de norma irregular es, para el Derecho positivo, tan irrelevante como la de «injusta», puesto que el ordenamiento no hace —por lo menos hasta cierto punto— condición de la fuerza de obligar a la regularidad de la producción.

La cuestión de si, en definitiva, tales normas irregulares «son» o «no son» Derecho es decidida por el propio ordenamiento. Si la única posibilidad de enervar su fuerza normativa es el que tengan que funcionar los medios habituales de creación jurídica (puesto que la derogación es también creación de una norma que tiene por contenido el que otra se tenga por normativa), entonces es preciso concluir que «son» Derecho, no sólo desde el punto de vista de su eficacia, sino también de su validez. Pero esto no porque sean «habilitadas» o por lo menos no porque lo sean en mayor grado que las regulares, sino por no existir otro modo de ser que el que precisamente adoptan, o dicho con mayor precisión, porque los requisitos infringidos no afectan a la entidad de la norma como tal. Por el contrario, en el supuesto de que el ordenamiento, sin perjuicio de reconocer inmediatamente fuerza normativa a esos mandatos expedidos incorrectamente, establezca procedimientos *ad hoc* para nulificarlos, hay que entender que se decide que cobren fuerza de obligar todos los mandatos que reúnan un *mínimum* de requisitos, pero el atributo de validez como condición de esa misma eficacia —en absoluto o para un caso concreto— no es prejuzgado por el propio mandato en su darse sino remitido a una declaración que tiene por objeto el «ser» o «no ser» de la norma. En tal supuesto, el sistema de producción dispone de dos tablas de calificación, una que establece la categoría real de normas, y otra que simplemente reconoce los fenómenos normativos como existentes. Y esto lleva implícito —si las dos funciones son objeto de una distribución de competencias— que el proceso de creación del Derecho quede, en cierto modo, dividido entre el órgano de producción y el órgano de revisión, pues si el primero está autorizado para emitir mandatos con fuerza de obligar, el segundo lo está para decidir lo que, entre lo establecido en esa forma «es» Derecho. En una palabra, no es una especial habilitación lo que hace que la norma irregular cobre fuerza normativa, sino el haber sido establecida regularmente en grado suficiente para obligar, en tanto que no sea debidamente desautorizada por una declaración que establezca que no es norma.

Así, pues, «esencia» y «existencia» no coinciden aquí más que relativamente. No coinciden no ya en el sentido de que no todo lo que obliga normativamente sea normativo, sino en el de que una y otra

significación proceder de supuestos diferentes. La fuerza de obligar es el efecto necesario de la declaración del sistema de producción de que todos los mandatos que revistan determinados tipos sean considerados como normativos, mientras que la condición esencial de la norma no es atribuida, pero sí jurídicamente reconocida por una declaración acerca de la corrección de su concreto proceso de creación.

Esta dualidad de significaciones no parece que deba ser considerada como una anomalía dentro del mundo jurídico, sino precisamente como expresión de la estructura ontológica de la propia realidad jurídica. El Derecho no es nunca mero «dato», sino juicio condicionado; no es algo que «está ahí», sino postulación de una consecuencia como debida, supuesto que efectivamente algo «esté ahí». Entre el hecho y el supuesto media, cabalmente, la diferencia entre lo que existe y la expresión ontológica de esa existencia. La significación jurídica de los fenómenos no les es atribuida como en el mundo físico ocurre, como efectos del darse de su causa, sino como efectos postulados de su *concebirse* como datos. Pero el sistema de conceptos que ontológicamente expresan la realidad jurídica, no es dejado abierta a una comprensión libre, sino positivamente fijado. El Derecho positivo resulta ser así una ontología dogmática de la realidad erigida en supuesto de consecuencias reales que se establecen como debidas. El sistema de producción de normas es, justamente, la teoría del conocimiento de esa singular ontología.

Como el Derecho está dirigido a los hombres, éstos ajustan su conducta, en el mejor de los casos, a su personal comprensión de lo que es Derecho. Esta comprensión es irrelevante para el propio Derecho, a menos que excepcionalmente sea incorporada al supuesto normativo. El fenómeno jurídico en su darse y en su significado es objeto de una declaración autorizada que se formula como expresión concreta del conocimiento dogmático del Derecho. Legislación y Jurisdicción entran aquí en una síntesis en la que una pone el dato universal y la otra el dato concreto, síntesis que es la que define lo que «es» Derecho. Puede así ser repensado el juicio de MONTESQUIEU de que «les Juges de la Nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la Loi» (72).

Ni siquiera el órgano de producción —en cuanto actúe sometido también a una pauta legislativa superior— se libera de esta formalización ontológica de lo jurídico. Puede ciertamente emitir mandatos que inmeditamente cobren significación obligatoria, pero no puede declarar si son en particular normas o no, a menos que al propio tiempo que órgano

(72) *L'Esprit des Lois*, lib. XI, cap. 6. Esta y no otra es la explicación del principio de que «la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento», que no envuelve ninguna presunción, sino que expresa sencillamente la condición lógico-objetiva del conocimiento jurídico.

de producción sea órgano de jurisdicción, o a menos que para la declaración de lo que es y de lo que no es normativo no esté reconocida jurisdicción alguna. En este último caso no sólo son normas las que como tales define el ordenamiento, sino todas las que el órgano de producción establece adoptando los patrones normativos reconocidos por el propio ordenamiento.

IV

1. Lo hasta ahora expuesto deja al descubierto como, finalmente, todas las formulaciones técnicas del sistema de producción de normas, tienen sus bases reales en criterios políticos. No solamente desde el punto de vista aludido, de que desarrollan un principio de organización y funcionamiento del poder, sino también porque en mayor o menor grado, constituyen también un conjunto de garantías como resultado de que toda organización es más o menos limitación del propio poder. Todo lo que signifique que la autoridad no pueda actuarse sino por procedimientos tasados e incluso que sus actos hayan de plegarse a ciertos principios o límites de contenido —sea desarrollando ciertas premisas o no vulnerando reglas preestablecidas— es evidente que lleva consigo la sumisión en tales condiciones del poder a su propio derecho. Cualquiera que pueda ser la explicación válida de este fenómeno, hay que reconocerlo como existente en cuanto un ordenamiento contenga normas de aquella naturaleza. Y, sin embargo, como existe una cierta insolidaridad esencial entre las dos categorías de «poder» y «derecho», puesto que el poder que deba actuar en determinada forma es un «no poder» actuar de otra, es inevitable tropezar aquí con una situación límite en la explicación jurídica de la relación poder-derecho. Lejos de aparecer una solución tajante del conflicto, este se mantiene como suspendido dentro del mundo jurídico, de forma que mientras el elemento autoritario tiende siempre a procurar la eficacia de su actividad, el elemento de limitación antes que oponer una nulidad de pleno derecho a la actuación ilegal de la autoridad, procura neutralizar una a una sus consecuencias jurídicas, creándose así una discordancia entre la regla establecida y su plena virtualidad, que el ordenamiento como unidad tiende finalmente a resolver reconstituyendo su lógica interna.

Como quiera que se vean, los conflictos de esta naturaleza no son puramente jurídicos. Y esto no sólo porque no siempre pueden quedar resueltos adoptando criterios jurídicos puros, sino, sobre todo, porque como problemas quedan emplazados más allá del campo habitual de una controversia jurídica. Si un litigio entre dos sujetos de derecho puede ser remitido a una decisión jurisdiccional, no es sólo porque existan normas que contemplen el supuesto, sino porque también existe una

instancia de autoridad supraordinada a las partes y extraña a todo interés sobre la cuestión. Considerado como fenómeno social, el Derecho es antes decisión que regla, y la decisión supone, ante todo, que hay un idóneo para decidir. Pero el conflicto entre el sistema de producción y la norma producida no puede encontrar una instancia lógicamente idónea en tal sentido. No es como se quiere hacer ver una colisión entre el Estado y el Derecho, la cual o bien es jurídica (es decir, entre una pretensión del Estado y el derecho de otra persona) y entonces se decide jurídicamente como cualquiera otra, o no lo es en absoluto (en el sentido de que el poder tenga por inexistente la norma), y en tal caso, es claro que se decide políticamente; por el contrario, en estos casos hay una colisión dentro del mismo poder como unidad. Si, por una parte, expide una norma que regula su actividad creadora del Derecho, y por otra, lleva a cabo esa función desconociendo aquella norma, no se puede decir que su actividad sea antijurídica en el sentido que empleamos esta expresión para calificar la conducta de un particular o la propia del Estado cuando actúa realmente desconociendo la norma de contenido. Al regular su actividad de producción del Derecho, el Estado no enajena el «poder» de actuar de otro modo, lo cual sería su propia negación como poder. sino que simplemente declara que no «debe» producir Derecho de otra forma. Por lo tanto, aquí no hay una oposición entre la realidad como «ser» y el Derecho como «deber ser», sino una oposición entre el «ser» y el «deber ser» del poder, con la variante singular de que el primer «ser» viene adoptando precisamente la general significación de «deber ser» del Derecho. No se trata, pues, meramente de una conducta antijurídica, sino de una conducta antijurídica para la creación del Derecho. Si esto es así, los conflictos de esta naturaleza son contradicciones en la propia estructura de la realidad jurídica, respecto a los cuales la única instancia idónea de decisión debería estar emplazada más allá del propio proceso de producción jurídica; esto es, más allá del propio poder lo que rebasa los límites reales de la unidad de un orden político. La dificultad —realmente insuperable— de calcular un órgano idóneo para estas decisiones, hace que las soluciones oscilen hacia la valoración política o la jurídica, según se prefiera, y la crítica de uno u otro sistema tiene siempre en presencia su limitación, por no poder incorporar el punto de vista que resultaría de la otra valoración.

2. Si la cuestión se considera como meramente jurídica, consecuentemente, la decisión debe ser deferida a los órganos a los que está atribuida la jurisdicción ordinaria. Supuesto que la norma de producción es una norma jurídica, la declaración de si en un caso concreto ha sido infringida y la aplicación de las consecuencias jurídicas de la infracción, es razonable seguir aquí la regla general de que el Derecho del caso concreto es establecido por los órganos judiciales. Pero, ante todo, es

preciso tener en cuenta que este órgano no puede actuar de oficio, puesto que la jurisdicción está ordenada para el examen de pretensiones y no contempla el derecho más que con referencia a un caso dado. Si existe un órgano capaz de anular toda norma expedida como jurídica ese órgano comparte con el de creación la producción del Derecho, pues en tal caso, la actividad del órgano legislativo para la creación del Derecho queda condicionada al *nihil obstat* del órgano de revisión. Por el contrario, la inaplicación de la norma irregular para el caso concreto sin que tal declaración afecte a su entidad normativa, deja actuando la norma, lo que es singularmente grave con respecto a los órganos no judiciales que han de aplicar o hacer efectivo el Derecho (73).

El problema de la revisión judicial no viene planteado sólo como un procedimiento que se considera adecuado para resolver esta clase de conflictos, sino que se presenta también como prerequisite de la propia función de aplicación del Derecho. Si el concepto de validez de la norma es referido a la significación de «existencia de la norma como norma», la consideración previa de la regularidad del proceso de producción aparece obligada para determinar si hay norma que contemple el supuesto. Este es el punto de vista desde el que el famoso juez MARSHALL exponía la función de los Tribunales americanos al respecto, considerando que al examinar la regularidad constitucional de una ley no hacen más que evacuar su cometido de «to say what the law is» (74). Se suscita así el problema extraordinariamente debatido en la doctrina de varios países en los que falta una autorización expresa de la revisión judicial acerca de si ello no obstante, y a menos que concurra una prohibición específica, los jueces no tienen más remedio que llevar a cabo tal revisión para realizar debidamente su cometido.

Surgió así en Alemania, tanto con respecto a la Constitución de 1871 como a la de Weimar. La defensa más enérgica del examen judicial de la constitucionalidad fué llevada a cabo por TRIEPEL (75), y fué defen-

(73) La revisión judicial no está limitada en Norteamérica al Tribunal Supremo Federal, sino que todos los órganos judiciales pueden dejar inaplicada una ley al caso, apreciando la excepción de inconstitucionalidad alegada al efecto. La significación prevalente de las decisiones del Supremo se conecta a la práctica constitucional de considerarse el Congreso vinculado y a la posibilidad de acudir a él, no sólo en casación, sino también en primera instancia («original jurisdiction»). Cfr. E. S. CORWIN: *The Doctrine of Judicial Review*, 1914, y *Court over Constitution*, 1938. Pero en cuanto a la aplicación sólo por vía de excepción, la práctica es rigurosamente ortodoxa, siguiendo la doctrina establecida ya por una resolución de 1793, que estableció la incompetencia del Supremo para pronunciarse objetivamente sobre los actos legislativos.

(74) *MARBURY v. MADISON* 137 (1803) cit. ROTTENSCHAEFER: *Cases on Constitutional Law*, 1932, pág. 3.

(75) Vid. *Streitigkeiten zwischen Reich und Länder*, 1922. Incluso en Norteamérica ha sido planteado, pues, como dice C. OLLERO, «hasta nuestros días se ha venido afirmando que la institución no está recogida en la Constitución de los Estados

dida también por STIER-SOMLO, NAWIASKY, BÜHLER, etc. También Kelsen comparte el criterio al afirmar que: «Si el orden jurídico no contiene una regla explícita en contrario hay la presunción de que todo órgano aplicador del Derecho tiene la facultad de negarse a aplicar leyes inconstitucionales. Como los órganos tienen a su cargo la tarea de aplicar «leyes», naturalmente están obligados a investigar si la regla cuya aplicación se propone es realmente una ley» (76). La opinión contraria se encuentra en autores como ANSCHUTZ, THOMA, GIESE, W. JELLINEZ, etc.

El mismo problema se planteaba en Francia bajo el régimen de las leyes constitucionales de 1875. La tradición era francamente hostil a la revisión judicial y hasta encontró su consagración en textos legales que formalmente prohibían a los Tribunales pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes (77). Sin embargo, en la primera década del siglo un sector muy brillante de la doctrina francesa mantuvo incluso de *lege lata* la existencia de la revisión judicial en el Derecho público francés. Este movimiento fué iniciado por H. BERTHELEMY en 1895, que defendió la tesis en un dictamen conjunto con JEZE, en el asunto de la «Société des Tramways de Bucarest» (78) y proseguido por DUGUIT, quien consideraba el giro doctrinal como una de las «transformaciones del Derecho público» (79), HAURIUO (80), ROLLAND, BONNECASSE, BONNARD, etc. Con la mejor lógica francesa estableció JEZE en estos términos la cuestión: «La demostración de esta proposición se resume en el silogismo siguiente de un rigor irrefutable. Los Tribunales para juzgar los litigios plantados ante ellos tienen que aplicar la ley. Si una de las partes invoca una ley ordinaria y la otra invoca una disposición constitucional contraria, el juez se encuentra en presencia de un conflicto de leyes; manifiestamente es preciso que descarte una de las dos leyes invocadas ante él. Incuestionablemente, debe aplicar la ley más fuerte. Ahora bien, la ley constitucional (rígida), por su misma

Unidos y que el poder judicial ha cometido una usurpación interpretando forzosamente el articulado constitucional que en 1787 viera la luz en Filadelfia». Vid. *El nuevo Derecho constitucional. El control de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho constitucional de la postguerra*, en «Archivo de Derecho Público», Granada, II, 1949, pág. 13.

(76) Vid. *Teoría general...*, cit., pág. 281. Cfr. también, del propio autor, *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, en «Journal of Politics», 4, 1942, págs. 183 y sigs.

(77) Ley de 16-24-VIII de 1790, art. 11; art. 3.º de la Constitución de 1791; artículo 127 del Código Penal de 1810.

(78) Cfr. *Traité de Droit administratif*, 12.ª ed., 1930, pág. 1936, y *Les limites du pouvoir législatif*, en «Revue Politique et Parlementaire», 1925.

(79) Cfr. *Les transformations du Droit public*, 1913, cap. III.

(80) Cfr. *Précis de Droit constitutionnel*, 2.ª ed., 1929, pág. 281 y sigs. Sostiene que fué aplicada por el Consejo de Estado en los «arrets» Winkell-Rossier, de 1909, y Tichit, de 1912.

definición, es más fuerte que la ley ordinaria. El juez no tiene solamente el poder, sino el deber de no tener por recibida la ley ordinaria. Si no lo hiciera, habiéndose demostrado que es contraria a la Constitución, rehusaría por eso mismo aplicar la ley constitucional, es decir, la ley más fuerte» (81).

Esta tesis «progresista» no fué, sin embargo, admitida por otros autores como ESMEIN (82), CARRE DE MALBERG (83), DUEZ (84), J. BARTHELEMY (85), etc., ni encontró eco en la práctica de los Tribunales. El punto de vista de estos autores últimamente mencionados es que los Tribunales sólo pueden rehusar la aplicación de una ley «inexistente», pero una ley inconstitucional no es una ley «inexistente», sino una ley «nula», no teniendo los Tribunales ordinarios competencia para declarar esta nulidad. Se recuerda que, ya en 1833, VOYSIN DE GARTEMPE estableció correctamente la distinción, en los términos más precisos ante el Tribunal de Casación: «La ley, no pudiendo tener carácter de ley más que en tanto ha sido votada *conforme a la carta*, da lugar a que si se os aporta un acto decorado con el título de ley pero que no ~~no~~ hubiera sido votado constitucionalmente, no pueda ser tenida verdaderamente como ley. Pero si se pregunta si puede haber leyes o disposiciones inconstitucionales en el sentido de que esas leyes o disposiciones sean contrarias a la carta..., no es a los Tribunales a quienes corresponde juzgar la obra del legislador, porque los Tribunales tienen que aplicar las leyes, aunque sean malas, en tanto no se modifiquen» (86).

Este problema tiene la máxima importancia, no sólo en el orden práctico de la solución de los conflictos de constitucionalidad y legalidad, sino también teóricamente para la determinación de la realidad normativa. Los partidarios de la revisión judicial como mera premisa lógica de la aplicación del Derecho establecido al caso concreto, se mantienen en la consideración de que los jueces sólo pueden aplicar lo que es Derecho, y no siendo una ley inconstitucional propiamente tal ley, es inaplicable. Ahora bien, esta conclusión confunde peligrosamente dos categorías de realidad perfectamente discernibles con respecto a la norma. Decir que una norma existe es únicamente describir abreviadamente el fenómeno jurídico de que un mandato es reconocido como dotado de fuerza de obligar. Como todo fenómeno jurídico esta existencia no es

(81) Vid. *L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie*, en «Revue de Droit Public», 1912, págs. 140-141.

(82) ESMEIN-NEZARD: *Elements de Droit constitutionnel français et comparé*, 9.^a ed., 1929, t. I, pág. 648.

(83) Cfr. *Confrontation de la theorie de la formation du Droit...*, cit., págs. 36-44.

(84) *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France*, en «Mélanges Hauriou», 1929, págs. 243 y sigs.

(85) Vid. *Traité élémentaire de Droit constitutionnel*, cit., págs. 219 y sigs.

(86) Cit. BARTHELEMY-DUEZ, ob. cit., pág. 220.

más que la postulación de un efecto como debido y no de un efecto como necesario. Tal significación es atribuida a determinados mandatos por el ordenamiento por el dato puramente formal de que son leyes, decretos, órdenes, etc. La revisión que los órganos de aplicación tienen que llevar a cabo como premisa metódica de su función, alcanza justamente hasta el punto en que sea posible la determinación de si la norma alegada existe en el sentido de revestir la forma de uno de los tipos normativos autorizados. Si esto sentado, se considera una ley inconstitucional en cuanto al fondo, se advierte inmediatamente que dicha norma existe en el sentido indicado, pero su contenido está prohibido. Su naturaleza se puede expresar en los términos de que «es» una ley que no «debe ser». Cabalmente la función de los jueces es aplicar las normas existentes y deducir las consecuencias jurídicas establecidas por esas leyes, supuesta la infracción de sus preceptos. Si el ordenamiento guarda silencio acerca de la relevancia jurídica de la infracción de un mandato por el legislador, la conducta del juez al considerar esa infracción como causa de nulificación implica deducir por su propia cuenta una postulación jurídica no reconocida por el ordenamiento. En tal sentido, actúa exactamente lo mismo que el particular que se niega a considerar tal norma como formando parte del Derecho positivo, puesto que el juez no dispone de especiales categorías para el reconocimiento de lo jurídico. El juez y el particular reconocen la existencia del Derecho por medio del mismo sistema de criterios, sin otra diferencia que la declaración judicial se considera autorizada por el ordenamiento para establecer lo que es derecho para el caso concreto, mientras que la del particular es jurídicamente irrelevante. Pero los criterios tienen que ser, lógicamente, unívocos, pues de otro modo existe un Derecho para los jueces y otro para los particulares, lo que va contra el principio de la unidad real, de lo normativo. En un ordenamiento presidido por la máxima de que el Derecho es elaborado por los órganos legislativos y aplicado por los judiciales, la admisión de la revisión judicial de la constitucionalidad en cuanto al fondo equivale justamente a derogar esa máxima, reconociendo a los órganos judiciales la facultad de reconocer lo que «debe ser» Derecho. Cualquiera que sea la estimación en que políticamente se tenga esta «diarquía» legislativa, para poder ser jurídicamente reconocida, no cabe duda que ha de estar establecida positivamente. En absoluto puede confundirse con el reconocimiento de si una norma existe o no, lo que propiamente envuelve sólo una cuestión de hecho, o más exactamente, del reconocimiento de un hecho jurídicamente configurado.

3) El sistema de revisión judicial es la coronación lógica de todos los tipos de ordenamiento, que encuentran en las resoluciones judiciales la expresión más auténtica de la realidad jurídica. Si el Derecho inglés

ha escapado a un control de este tipo, se debe en primer término a la fluidez de su estructura constitucional y a los imponderables históricos que operan tras todo el institucionalismo británico. Pero la realidad de que una revisión judicial implica en alguna forma un «gobierno de jueces» (87) ha sido tan reiteradamente puesta de manifiesto con respecto a la práctica norteamericana, que puede considerarse ya como un lugar común. Y esto sentado, las objeciones más importantes que se han dirigido a tal «gobierno» pueden resumirse como sigue: 1) Los jueces son funcionarios designados por el Ejecutivo, con lo cual los actos del Legislativo son entregados a una revisión de un órgano que por su dependencia rompe el equilibrio político (88). 2) Si la revisión establece lo que «es» derecho, la atribución de tal función a un órgano no representativo desconoce el principio democrático de la soberanía de la nación tal como se expresa por su representación legítima. 3) Que en las cuestiones de constitucionalidad se trata menos de examinar el «tenor literal» que de comprender si la norma dictada es compatible con los ideales cristalizados en la Constitución, lo que no puede ser decidido con justicia teniendo en cuenta sólo la letra de disposiciones dictadas quizá siglos antes. 4) Que los jueces están, por espíritu profesional, imbuídos de una actitud conservadora y son, por lo mismo, incapaces de asimilar los desplazamientos constantes de la realidad.

Al examinar estas críticas será conveniente no olvidar hasta qué punto existe una dependencia íntima entre la revisión judicial y el legalismo político. Si bien se observa, estos reproches no hacen sino descarnar un hecho por lo demás obvio, a saber: que determinadas formas políticas han encontrado su plenitud, más que en la definición de ciertos fines, en la seguridad de la actuación jurídica de los órganos de autoridad. En estas condiciones, el determinismo jurídico de lo político resulta ser menos una deformación, que la visión ideal de tal realidad. La crítica de SCHMITT al asegurar que el legalismo no se funda en una legitimidad dinástica ni democrática, ni en cualquiera otra, sino que meramente es una legalidad neutra a todo valor, en la que todas las decisiones políticas de gobierno quedan en última instancia sometidas a un supuesto jui-

(87) Cfr. LAMBERT: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, 1921; LAMBERT y BROWN: *La lutte judiciaire du Capital et du Travail organisé aux Etats-Unis*, 1923; GALLAND: *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis*, 1932; CH. A. BEARD: *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, 1914. Ultimamente se ha hecho observar que la renuncia a la cláusula «due process of law», así como la renovación llevada a cabo en el Tribunal Supremo, han modificado sensiblemente la situación. Cfr. R. PINTO: *Etats-Unis: La fin du gouvernement des juges*, en «Revue de Droit Public», 1950, 66, 4, págs. 833 y sigs.

(88) Esto se corrige en parte por el veto senatorial, que en esta materia ha funcionado con singular eficacia.

cio puramente jurídico (89), se ajusta por completo a las fundamentales premisas adoptadas para sustituir el gobierno de los hombres por el «gobierno de las leyes». Siendo así que, como el propio SCHMITT advierte, se puede comprender la totalidad de las decisiones políticas desde sus perspectivas jurídicas, de la misma forma que podrían condicionarse económica o financieramente, es obligado concluir que, con todos sus inconvenientes, la revisión judicial de la constitucionalidad constituye la culminación lógica de los postulados básicos del legalismo normativista. Si las decisiones se adaptan escasamente a la realidad política, esto procede menos de una deformación profesional de los jueces que del hecho de que toda la estructura político-espiritual es forzada a una comprensión, establecida, no por los fenómenos mismos en su devenir, sino por el abstracto rigor formal de un sistema de normas, en cuya seguridad se cifra, precisamente, el ideal más valioso.

4) Quizá el hecho que de modo más significativo ha llamado la atención sobre estas limitaciones del legalismo, ha sido el intento de conferir el control de la constitucionalidad a un órgano calculado «ad hoc» para evitar los inconvenientes de la revisión judicial sin renunciar a una consideración jurídica de los problemas, pero integrando el órgano con alguna representación política. Es preciso no olvidar que ya desde un principio la atribución al poder judicial de la revisión de la constitucionalidad fué considerada como un mal menor y, por lo mismo, no sin inconvenientes. HAMILTON consideraba que «el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes» (90). Con ello se explica que el constitucionalismo demoliberal se haya afanado siempre en la búsqueda del órgano ideal de absoluta imparcialidad para dirimir estos conflictos. Este fué el sentido de la teoría del «cuarto poder» de CONSTANT, y ha orientado todos los intentos de estructuración de los llamados «tribunales constitucionales», a los que con tanta fruición académica se ha entregado el constitucionalismo continental.

La tradición —discutible— de estos tribunales se hace remontar al «Jurado constitucional» de SIÉYES, quien expuso su idea en el famoso discurso del 2 de Thermidor del año III en la Convención. En aquella ocasión afirmó la necesidad de que la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo atentado de que fuera objeto la Constitución fuera atribuída a un «verdadero cuerpo de representantes». La teoría de SIÉYES cristalizó en la Constitución napoleónica del año VIII en la concepción del Senado conservador, órgano compuesto por ochenta miem-

(89) Vid. *Stant. Bewegung, Volk*, en la t. it. de D. CANTIMORI, en el vol. «Principii politici del Nazionalsocialismo», Sansoni, Firenze, 1935, pág. 179.

(90) Vid. *El Federalista*, t. e. de G. R. VELASCO, México, 1943, págs. 338-339.

bros reclutados por cooptación, elegidos de ternas de candidatos presentadas por el Primer Cónsul, el Tribunado y el Cuerpo legislativo, con carácter vitalicio e inamovible. Su función era decidir sobre la constitucionalidad de todos los actos impugnados al efecto por el Tribunado o el Gobierno (91). La Constitución de 1852 acentuó la revisión senatorial al exigir que necesariamente todas las leyes fueran examinadas por el Senado desde el punto de vista de su constitucionalidad.

Pero este tipo de revisión política lleva siempre implícito el riesgo de confundir la legalidad constitucional con la interpretación política de la Constitución, viniendo a resultar que si el órgano es auténticamente representativo, se le viene a conferir una autoridad excepcional que se niega a otro no menos representativo, y si no lo es, se desconoce en materia fundamental el principio de representación, sin las garantías que parece ofrecer la revisión judicial.

La idea de un órgano especialmente concebido en su composición y en su funcionamiento para el examen de la constitucionalidad, se incorporó al proceso de constitucionalización, caracterizado por MIRKINE-GUETZEVITCH como «racionalización del Poder». El modelo más acabado de un órgano de esta índole ha sido —y es—, sin duda, el Tribunal Constitucional adoptado por la Constitución austriaca de 1920, modificada en 1929 (92). La competencia de este Tribunal es muy variada, puesto que al mismo tiempo tiene a su cargo los conflictos de competencia, el examen de la validez de elecciones y la decisión sobre recursos contra actos administrativos que desconozcan o violen derechos reconocidos por las leyes constitucionales. En cuanto a la revisión de la constitucionalidad, se comprende también la legalidad de los reglamentos. Actúa a instancia del Tribunal Supremo o del Tribunal Administrativo cuando la inconstitucionalidad sirve de fundamento a una decisión de aquellos órganos; de oficio, si sirve de fundamento a otra decisión del propio Tribunal Constitucional, y en el orden federal a instancia de los Gobiernos de los países o del Gobierno federal, según se impugne como inconstitucional una ley federal o una ley del país. El sistema rechaza la acción popular, aunque indirectamente el Tribunal Constitucional es asequible a los particulares en el caso de lesión de un de-

(91) Cfr. TROUILLARD: *Le Senat conservateur du Consulat et du premier Empire*, 1912; BOURDON: *La Constitution de l'an VIII*, París, 1942.

(92) El Tribunal ha entrado de nuevo en funciones al reconstruirse el Estado austriaco en 1945. Además del texto constitucional, hay una ley de 1930 sobre el Tribunal Constitucional. Para la bibliografía, cfr., aparte del ya citado trabajo de Kelsen, *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and American Constitution*; EISENMANN: *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle de l'Autriche*, 1928, y L. ADAMOVITCH —hoy Presidente del Tribunal—: *Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof*, 1924.

recho constitucional por un acto administrativo, previamente agotada la vía administrativa, incluida la de justicia administrativa. Todos los tribunales están obligados a aplicar las leyes, sin poder considerar la inconstitucionalidad ni plantear la cuestión como previa ante el Tribunal Constitucional, pues esto está reservado a las instancias supremas. La Constitución de 1920 establecía que la mitad de los miembros del Tribunal fuera elegida por el Consejo Nacional («Nationalrat») o representación democrática, y la otra mitad por el Consejo Federal («Bundesrat»), órgano representativo de las Dietas provinciales («Landtage»); pero la reforma constitucional de 1929 modificó radicalmente el sistema, atribuyendo el nombramiento de la totalidad de los miembros al Presidente federal, a propuesta del Gobierno y de las Cámaras en proporciones distintas. Todos los miembros han de ser elegidos entre profesores de las Facultades de Derecho, jueces y jueces administrativos. El Tribunal, si decide la inconstitucionalidad, anula la norma como tal sin necesidad de un acto legislativo de nulificación; pero la decisión no tiene efectos retroactivos, si bien se considera, respecto de los casos que hubieran dado lugar a un procedimiento en curso, que la norma había sido nulificada al tiempo de instarse el procedimiento.

La institución aparece también en la Constitución checoeslovaca de 1920, si no en la propia Carta constitucional, sí en su Ley introductoria, que declara sus tres primeros artículos como formando parte integrante de la Constitución. El Tribunal constaba de siete miembros, de los cuales el presidente y dos más eran designados por el Presidente de la República a propuesta en terna de las Cámaras; dos elegidos por el Tribunal de Casación entre sus miembros, y los otros dos, por el Tribunal Supremo Administrativo de entre los suyos. El Tribunal anulaba «erga omnes» las normas inconstitucionales y actuaba a requerimiento de las instancias supremas de la jurisdicción ordinaria, administrativa y electoral, o de las Cámaras (Cámara de Diputados, Senado y Dieta de la Rusia Subcarpática) (93).

Indudablemente, bajo estos patrones nació el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931. La «justicia constitucional» había sido defendida poco antes del advenimiento de la República por Adolfo POSADA (94). La influencia del modelo austriaco se advierte en la competencia plural del órgano (inconstitucionalidad, validez de elecciones, conflictos entre el Estado y las regiones autónomas, recurso de amparo contra lesión de derechos reconocidos constitucionalmente, una vez agotada la vía administrativa, y responsabilidad de altas magistraturas); pero en lo que se refiere a la composición, al menos en

(93) Cfr. O. FLANDERKA: *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Tchécoslovaquie*, 1926.

(94) *La Reforma constitucional*. Madrid, 1931.

cuanto al presidente (diputado o no) y a dos de los miembros (diputados) elegidos por el Parlamento, parece que no se tuvo en cuenta el giro apolítico de la reforma austriaca de 1929 (95). Otra diferencia importante fué el carácter de acción popular que se reconoció al recurso de inconstitucionalidad, lo que había sido, como se ha dicho, cuidadosamente evitado en el régimen de recursos austriaco y checo, al legitimar exclusivamente a los órganos supremos de las distintas jurisdicciones. El Tribunal era calificado por POSADA de «órgano de soberanía»; pero aun cuando fuera así, desde el punto de vista de sus funciones se incurrió en el contrasentido de no conferir carácter constitucional a su Ley orgánica, y ni siquiera el Reglamento fué autoestablecido, sino promulgado por el Gobierno, haciendo uso de la normal facultad reglamentaria (96).

5) La tendencia hacia órganos de este tipo se ha acentuado en las constituciones occidentales de la postguerra. Especialmente Italia ha adoptado el Tribunal Constitucional como institución fundamental. La Constitución de 1947 prevé la existencia de una «Corte Costituzionale», compuesta de quince jueces, designados en una tercera parte por el Presidente de la República, en otra por las dos Cámaras y en la restante por los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria y administrativa. La designación ha de recaer sobre profesionales del Derecho específicamente cualificados (magistrados comunes o administrativos, catedráticos y abogados con veinte años de ejercicio). El mandato dura doce años y el Tribunal se renueva parcialmente. La declaración de inconstitucionalidad lleva consigo la pérdida de fuerza normativa de la Ley desde el día siguiente al pronunciamiento del fallo (97).

La institución se encuentra en casi todas las constituciones de los países alemanes de la órbita occidental. Así en las de Baviera, Wurtemberg-Baden, Hesse, Bremen, Palatinado, Baden, etc., y desde luego en la Constitución federal de Bonn, que establece un Tribunal Constitucional Federal, que declara la inconstitucionalidad de las leyes de los países a requerimiento del Gobierno federal, o de las leyes federales a requerimiento de los Gobiernos de los países, o de la tercera parte de los diputados de la Asamblea Federal. El Tribunal lo constituyen magistrados elegidos por la Asamblea Federal y el Consejo Federal.

El control de la constitucionalidad en Francia ha adoptado una fórmula bastante original. Se ha podido decir que el sistema reconocido

(95) Los demás miembros eran el Presidente del Consejo de Estado, el del Tribunal de Cuentas, dos representantes de los Colegios de Abogados, cuatro Catedráticos de la Facultad de Derecho y la representación de las regiones autónomas.

(96) Ley orgánica de 14 de julio de 1933; Reglamento de 11 de abril de 1935.

(97) Cfr. FALZONE: *Costituzione della Repubblica Italiana*, Roma, 1948; AMORTH: *La Costituzione italiana: Commento sistematico*, Milán, 1948; A. TERAVIO: *La Corte Costituzionale*, en «Rassegna di Diritto pnblico», 3-4 págs. 205 y sigs.

por la Constitución francesa de 1946 «ha nacido de la confusión del control de la constitucionalidad con la revisión de la Constitución» (98), puesto que el órgano establecido al efecto, es decir el llamado Comité Constitucional (constituido por el Presidente de la República, los Presidentes de las dos Cámaras y diez miembros, de los cuales, siete, son elegidos por la Asamblea Nacional, y los tres restantes por el Consejo de la República, siendo anual la renovación), tiene por misión examinar si las leyes votadas por el Parlamento suponen una revisión de la Constitución. El Comité actúa únicamente a petición solidaria del Presidente de la República y del Presidente del Consejo de la República, autorizado por el voto de la mayoría absoluta de su Cámara, debiendo requerirse el examen antes de expirado el plazo para la promulgación de la ley votada. El Comité es concebido, en primer término, como órgano de conciliación de las Cámaras; sólo cuando esta es intentada sin éxito se pronuncia sobre si la ley implica o no una revisión constitucional. En caso afirmativo la ley es remitida a la Asamblea para nueva deliberación, y de mantenerse el voto se entiende que sólo puede ser promulgada conforme al procedimiento específico previsto para la reforma de la Constitución. Es discutible si concebido de esta forma hay un verdadero control de la constitucionalidad o meramente se trata de un recurso de garantía de la rigidez de la Constitución como ley fundamental, ya que necesariamente no toda ley inconstitucional puede ser considerada como intento de reforma constitucional.

No deja de ofrecer interés el estudio del problema dentro del constitucionalismo de patrón soviético. A este respecto, es fundamental la observación de que para la teoría soviética la Constitución más que una norma absoluta desde la que hay que juzgar toda realidad, es sólo una expresión formal y abstracta de la estructura política realmente existente, y consecuentemente el desconocimiento por un acto del poder soviético de la ley constitucional no tiene de necesidad que ser interpretado como algo negativo, puesto que puede ser el resultado de un ajuste más adecuado a la infraestructura real. «La concepción de la legitimidad constitucional, la concepción del Derecho objetivo y todas las restantes teorías occidentales que podrían servir en principio de fundamento a la doctrina de la Constitución y del control de la constitucionalidad son rechazadas en la U. R. S. S. como inaplicables. Todos estos puntos de vista son declarados inadecuados por la ciencia soviética, y ésta insiste en su discusión de la constitucionalidad, como en los demás aspectos jurídicos, en la aplicación del punto de vista económico, social y político, singu-

(98) LAFERRIERE: *Manuel de Droit Constitutionnel*, pág. 953. Cfr. C. OLLERO, loc. cit., pág. 30: «Por eso con razón se ha dicho que más que establecer un control de la constitucionalidad de la Ley, establece un control de legalidad de la Constitución.»

larmente de clase» (99). Así no es de extrañar que toda la crítica soviética de los sistemas occidentales de control de la constitucionalidad se resuelva en la afirmación de que se trata de procedimientos utilizados por las clases dominantes con el fin de desvirtuar la voluntad democrática.

La Constitución staliniana de 1936 no conoce procedimiento alguno de nulificación de las leyes inconstitucionales. Se atribuye únicamente al Praesidium la anulación de decisiones y órdenes del Consejo de Comisarios del de la U. R. S. S. o de las Repúblicas federadas en el caso de que no fueran conformes al Derecho (art. 49, ap. e), pero esta declaración no puede ser formalmente interpretada sino bajo el supuesto de que la no conformidad al Derecho signifique no conformidad a los principios revolucionarios en acción.

Todas las Constituciones establecidas en los países de la órbita soviética han repudicado, en una u otra forma, el control de la constitucionalidad (100). Así ha podido decir uno de sus teóricos oficiales que «el examen de la función de clase así como del carácter de clase del control de la constitucionalidad de las leyes llevado a cabo por órganos extra-parlamentarios (Tribunales, Tribunales Constitucionales, Comité Constitucional, etc.), no deja duda alguna de que no hay lugar para tales instituciones en los Estados realmente democráticos» (101).

Checoslovaquia, que como se ha indicado fué uno de los primeros Estados que implantó el sistema del Tribunal Constitucional, en la Constitución de 9 de mayo de 1948 determina que «corresponde exclusivamente al Praesidium de la Asamblea Nacional decidir si una ley se opone a la Constitución» (párrafo 65), y esto a efectos de la establecido en el párrafo 172, según el cual «las leyes dictadas después de entrar en vigor la Constitución y que la contradigan carecen de valor» (102). El portavoz de la Comisión Constitucional de la Asamblea, PROCHAZKA, hizo constar en su informe que de esta forma «la Asamblea Nacional venía a ser, según la nueva Constitución, el órgano supremo del Estado» y se habían ampliado notablemente sus funciones al atribuirle «las del antiguo Tribunal Constitucional» (103).

(99) Vid. KASIMIERZ SZCZERBA y A VON SCHELTING: *L'Etat et le Droit dans l'Union Soviétique*, en el volumen «La Science Politique Contemporaine», editado por la UNESCO, Lieja, 1950, pág. 405.

(100) Para lo que sigue he tenido a la vista, gracias a la atención de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, los estudios presentados en la «Round Table» de Mónaco, de 1951, del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, y he utilizado, sobre todo, los del profesor polaco Stefan ROZMARYN y del yugoslavo Nikola STJEPANOVIC. Vid. también el trabajo citado de C. OLLERO.

(101) ROZMARYN, loc. cit., pág. 45.

(102) El Praesidium es un órgano delegado de la Asamblea Nacional, compuesto por miembros de ésta, y que pueden ser removidos en cualquier momento.

(103) Cit. ROZMARYN, loc. cit., pág. 47.

La Constitución polaca de 17 de marzo de 1921 había seguido el patrón francés de las leyes constitucionales de 1875, excluyendo la revisión judicial de la constitucionalidad, al carecer de toda prescripción sobre la materia. La opinión política y científica calificaba el sistema de una omnipotente dictadura de la Dieta y se mostraba predominantemente partidaria de un órgano «guardián de derechos», bien fuera de carácter especial o al estilo americano. Tales tendencias no llegaron, sin embargo, a triunfar, y la Constitución autoritaria de 23 de abril de 1935 desconocía también todo control de la constitucionalidad. El art. 24 de la Constitución vigente de 19 de febrero de 1947 ha ido aún más allá, al determinar expresamente que «los Tribunales carecen del derecho de examinar la validez de las leyes y de los decretos con fuerza de ley debidamente promulgados».

La Constitución búlgara de 4 de diciembre de 1947 confía exclusivamente a la Asamblea Popular la competencia para «decidir si todas las condiciones exigidas por la Constitución han sido observadas en la elaboración de una ley y si ella no se opone a la Constitución» (art. 25). Esta fórmula lleva al extremo el criterio de sustraer a los Tribunales la competencia sobre la materia y les obliga a recibir todo acto rotulado como ley, en tanto tal carácter no le haya sido desmentido por el propio órgano legislativo.

Las Constituciones rumana, de 13 de abril de 1948; albanesa, de 14 de marzo de 1946, y húngara, de 18 de agosto de 1949, no contienen declaración alguna sobre control de la constitucionalidad, lo que se interpreta por los comentaristas oficiales en el sentido de que los Tribunales no pueden denegar la aplicación de las leyes debidamente promulgadas alegando que vulneran la Constitución.

Por lo que se refiere Yugoslavia, la Constitución vigente atribuye al Praesidium (órgano elegido por la Asamblea Popular, en reunión conjunta del Consejo Federal y del Consejo de los países) en pleno, el control de las leyes de los países, de los actos del Gobierno federal y de los Gobiernos federados, así como de los actos del Procurador público. En cambio, se excluye el examen de la constitucionalidad de las leyes federales, con respecto a las cuales tiene que limitarse a hacer constar que un determinado texto ha sido votado por la Asamblea Popular, no pudiendo rehusarse su promulgación so pretexto de inconstitucionalidad. Ni el Praesidium ni ningún órgano de aplicación jurisdiccional, administrativo o fiscal pueden denegar la aplicación de una ley federal promulgada y publicada *erga omnes* por razón de inconstitucionalidad. Tal competencia es exclusivamente atribuida a la propia Asamblea Popular (104).

La declarada hostilidad al control de la constitucionalidad que todos

(104) STJEPANOVIC, loc. cit.

estos textos constitucionales pregonan, revela cómo las fórmulas democráticas son sistemáticamente sacrificadas en cuanto puedan suponer un obstáculo real a las nuevas condiciones políticas. Quizá en sí misma, y atendiendo a la eficacia relativa de las instituciones políticas, la unánime negativa del constitucionalismo filosoviético a admitir el control de la constitucionalidad, no tuviera mayor alcance que el de una cuestión de criterio, si no fuera acompañada por el especial cuidado que se pone en expedir razonamientos doctrinales que contribuyen poderosamente a incrementar el ya agobiante confusionismo que domina la teoría política. Existe un arsenal de argumentos puramente técnicos sobre este problema sin necesidad de totalizar su condena en afirmaciones, tales como la de que «las clases poseedoras ven en esos órganos la seguridad de la protección de sus intereses vitales, una de las garantías del mantenimiento de su poder económico y político en las condiciones de una democracia burguesa puramente formal» (105). Si no se reconoce a este tipo de consideraciones más que su relativo valor, y se indaga el fondo de la cuestión, es fácil advertir que la verdadera clave está en que el examen de la constitucionalidad es considerado una limitación del poder del Estado que no se considera deseable. «Forzosamente, la existencia de un Tribunal constitucional con competencia para controlar la constitucionalidad de las leyes federales —que son la emanación de la soberanía popular y del Estado— no sería conforme a los principios de la democracia de hecho y de la unidad del poder del Estado encarnados en los órganos representativos, populares, del poder del Estado» (106).

Una valoración política del control de la constitucionalidad y de sus procedimientos técnicos no puede formularse sin llevar a cabo una investigación muy detenida, y, sobre todo, adoptando puntos de vista que hasta ahora apenas si han sido tenidos en cuenta. La tendencia, siempre propicia al error, de considerar toda institución que aparece históricamente integrada dentro de una estructura política, como reflejo concreto de la ideología que la preside, inclina a estimar que en este caso, se está en presencia exclusivamente de uno de los resortes funcionales del constitucionalismo liberal. Contra este juicio precipitado pone ya en guardia el hecho de que Inglaterra no haya conocido nunca instituciones de este tipo, por entenderse que con ellas desaparecería la soberanía del Parlamento, de modo que, en principio —y con todas las salvedades que un examen de los hechos opone—, puede decirse que no existe, en cuanto al fondo, restricción alguna o predeterminación positiva o negativa de contenido, que la legislación inglesa tenga que respetar (107). Contra-

(105) ROZMARYN, loc. cit., pág. 17.

(106) STJEPANOVIC, loc. cit.

(107) Cfr. W. I. JENNINGS: *The Law and the Constitution*, 3.^a ed., reimp. Londres, 1948, pág. 244.

riamente hay que admitir como cierto que la revisión judicial norteamericana ha sido —al menos hasta hace muy poco— un instrumento poderoso en la lucha contra la legislación social, pero este hecho no debe ser necesariamente interpretado como indicador de una determinada significación política del control, sino como definitorio de una interpretación histórica de los derechos constitucionales proyectada por una economía capitalista en su fase de mayor expansión. Finalmente, Francia, no obstante su poderosa contribución a la filosofía política de la democracia, ha rechazado siempre tales restricciones al poder legislativo y, finalmente, ha introducido un sistema que se preocupa más de la defensa de la producción regular de la norma y de la rigidez de la Constitución que de la defensa de los derechos reconocidos como atributos jurídicos de la persona.

Así, pues, es por lo menos lícita la duda de si estos procedimientos de garantía de las normas fundamentales, sólo tienen sentido para una concepción individualista del orden político. Posiblemente, una investigación más a fondo permitiría poner de relieve que tales instituciones han nacido como medios de consolidación jurídica de un orden político concreto, tan pronto como éste ha conseguido una vigencia social verdaderamente efectiva de sus contenidos programáticos y de sus bases de organización. Ciertamente, en la fase ascendente de creación dogmática e institucional, es difícil creer que un control de la legalidad pueda servir para algo más que para restringir la capacidad creadora de lo político y las posibilidades de su desenvolvimiento. Por el contrario, una vez que se ha conseguido una institucionalización vigorosa, y en defecto de una seguridad más firme proporcionada por las condiciones reales de la vida social, el establecer procedimientos de limitación legislativa puede ser de eficacia no desdeñable, puesto que esos límites no hacen más que asegurar las bases fundamentales —tanto en el orden de la estructura como en el de la declaración de derechos— de un orden político que ha conseguido un equilibrio duradero, contra desviaciones momentáneas, que si se multiplican hacen inaccesible un ideal de continuidad y educan al poder en los métodos de un constante arbitraje expuesto a las más violentas sacudidas.