

subjetivo al derecho objetivo. Al hacerlo, echa a un lado esa actitud subjetivista hacia el derecho a cuyo servicio se encuentra el concepto de derecho en sentido subjetivo: esa concepción propia de abogados que considera al derecho sólo desde el punto de vista de los intereses de las partes, es decir, en relación con lo que al particular significa, con la medida en que lo beneficie, es decir, sirva a sus intereses, o lo perjudique, es decir, lo amenace con un mal. Se trata de la posición específica de la jurisprudencia romana que, proveniente en lo esencial de la práctica profesional de los juristas con *ius respondendi*, fue receptada junto con el derecho romano. La actitud de la teoría pura del derecho es, en cambio, plenamente objetivista y universalista. Apunta fundamentalmente a la totalidad del derecho en su validez objetiva y trata de concebir cada fenómeno particular sólo en su relación sistemática con los demás, viendo en cada parte del derecho la función del todo jurídico. En este sentido es ella verdaderamente una concepción orgánica del derecho. Pero al pensar el derecho como un organismo, no entiende por tal ninguna entidad supraindividual, supraempírica, metafísica —representación que por lo general oculta postulados ético-políticos—, sino única y exclusivamente, que el derecho es un orden, y que, por lo tanto, todos los problemas jurídicos deben ser planteados y solucionados como problemas del orden jurídico. La teoría del derecho se convierte así en el análisis estructural más exacto posible, liberado de todo juicio de valor ético o político, del derecho positivo.

## V. DINAMICA JURIDICA

### 34. El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica

a) *Sentido de la pregunta por el fundamento de validez.* Si se concibe al derecho como un orden normativo, como un sistema de normas que regula la conducta humana, surge el interrogante: ¿qué funda la unidad de una multiplicidad de normas? ¿Por qué pertenece una norma determinada a un orden determinado? Y esta pregunta está en estrecha relación con ésta: ¿por qué vale una norma? ¿Cuál es su fundamento de validez?

Que una norma que se refiere a la conducta de un hombre *valga* significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma. Ya en un contexto anterior se expuso que la pregunta por la validez de la norma —es decir, la pregunta por qué un hombre debe comportarse así—, no puede ser contestada mediante la verificación de un hecho empírico, ya que el fundamento de validez de una norma no puede ser semejante hecho. De que algo *sea*, no puede seguirse que algo *deba ser*; así como, de que algo *sea debido*, no puede seguirse, que algo *sea*. El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior. Puesto que pareciera que la validez de una norma pudiera fundarse en el hecho de haber sido establecida por alguna autoridad, sea un ente humano o sobrehumano; así, cuando se funda la validez de los Diez Mandamientos en el hecho de que el Dios Jehovah los entregó en la cima del Sinaí; o cuando se dice que se debe amar a los enemigos porque Jesús, el Hijo de Dios, así lo ordenó en el Sermón de la Montaña. En ambos casos el fundamento de validez, por cierto no formulado expresamente, pero sí presupuesto, no es el hecho de que Dios, o el Hijo de Dios, haya promulgado en determinado tiempo y en determinado lugar una norma determinada, sino una norma: la norma según la cual deben obedecerse los mandamientos divinos, y la norma según la cual debe obedecerse lo que su Hijo mande. Con todo en el silogismo cuya premisa mayor es un enunciado deóntico que expresa la norma superior —deben obedecerse los mandamientos de Dios (o los de su Hijo), y cuya conclusión la constituye el enunciado normativo que expresa la norma inferior— deben obedecerse los Diez Mandamientos (o el mandamiento de amar a los enemigos)—, el enunciado que establece una circunstancia de hecho —Dios ha dictado los Diez Manda-

mientos (o el Hijo de Dios ha ordenado amar a los enemigos)— constituye, como premisa menor, un miembro esencial. Premisa mayor y premisa menor son ambas condiciones de la conclusión enunciada. Pero sólo la premisa mayor, que es un enunciado deóntico, constituye una *conditio per quam* en relación con el enunciado terminal, que también es un enunciado deóntico; vale decir, la norma enunciada en la premisa mayor es el fundamento de validez de la norma enunciada en la conclusión. El enunciado de hecho que aparece en la premisa menor es sólo *conditio sine qua non* en relación con la conclusión. Es decir, la circunstancia fáctica establecida en la premisa menor no es el fundamento de validez de la norma enunciada en la conclusión.

La norma enunciada en la premisa mayor, según la cual deben obedecerse los mandamientos de Dios (o de su Hijo), está comprendida en el supuesto de que las normas por cuyo fundamento de validez se pregunta, provienen de una autoridad; es decir, provienen de alguien que tiene capacidad, o es competente, para establecer normas válidas; esa norma otorga a la personalidad que impone la norma, la "autoridad" de establecer normas. El hecho de que alguien ordene algo no es fundamento para considerar a la orden como válida, es decir, como una norma que obligue al sujeto al que la norma se dirige. Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas. A esa norma se encuentran tan sujetos la autoridad facultada para dictar normas, como los individuos obligados a obedecer las normas que ella establezca.

Como se indicó, la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*).<sup>117</sup> Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden.

<sup>117</sup> Cf. *supra*, pp. 9, 23, 46 ss.

b) *El principio estático y el principio dinámico.* Según la índole del fundamento de validez cabe distinguir dos tipos diferentes de sistemas de normas: un tipo estático y uno dinámico. Las normas de un orden del primer tipo valen —es decir, la conducta humana determinada por ellas es vista como debida— por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido el contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal. Así, por ejemplo, las normas "no se debe mentir", "no se debe engañar", "se debe mantener la palabra empeñada", "no se debe prestar falso testimonio", pueden ser derivadas de la norma que ordena decir verdad. De la norma "se debe amar al prójimo", pueden derivarse las normas: no se debe ocasionar mal al prójimo, y en especial, no se debe matarlo, ni dañarlo física o moralmente, auxiliándolo en caso de necesidad. Quizás se crea poder referir la norma de veracidad o la norma del amor al prójimo a una norma superior aún más general, sea, por ejemplo, la norma de mantenerse en armonía con el universo. A partir de ella podría entonces fundar un orden moral comprensivo. Puesto que todas las normas de un orden de este tipo están ya contenidas en el contenido de la norma presupuesta, puede deducírselas mediante una operación lógica, una inferencia de lo general a lo particular. Esa norma, presupuesta como norma fundante básica, presta tanto el fundamento de validez, como el contenido de las normas inferidas de ella mediante una operación lógica. Un sistema de normas, cuyo fundamento de validez y cuyo fundamento válido es derivado de una norma propuesta como norma fundante básica, es un sistema normativo estático. El principio conforme al cual se produce la fundamentación de la validez de las normas de este sistema, es un principio estático.

Pero la norma de cuyo contenido se derivan las restantes normas, como lo particular de lo universal, tanto en cuanto a su fundamento de validez, como también en cuanto a su contenido válido, sólo puede ser considerada norma fundante básica cuando su contenido es aceptado como inmediatamente evidente. De hecho muchas veces se refiere el fundamento de validez y el contenido válido de las normas de un sistema moral a una norma considerada como inmediatamente evidente. Que lo sea significa que está dada en la razón, o mediante la razón. El concepto de una norma inmediatamente evidente tiene como presupuesto el concepto de una razón práctica, es decir, el concepto de una razón legisladora; y este concepto, como se verá, es insostenible, dado que la función de la razón es conocer y no querer, mientras que la imposición de normas es un acto de la voluntad. De ahí que no pueda haber ninguna norma inmediatamente evidente. Cuando se afirma una norma, de la que se derivan, como fundamento de validez y contenido válido, normas morales, como inmediatamente evidente, ello sucede porque se cree que ha sido establecida por la voluntad divina, o por alguna otra autoridad sobrehumana; o por cuanto, al haber sido producida por la costumbre, es tenida, como todo lo acostumbrado.

como evidente de suyo. A la postre, su validez sólo puede fundarse en una norma presupuesta, según la cual debe comportarse conforme a las órdenes de la autoridad que las dicta, o según las normas producidas consuetudinariamente. Esta norma puede prestar solamente el fundamento de validez, pero no el contenido válido, de las normas en ella fundadas. Estas normas constituyen un sistema dinámico de normas. El principio conforme al cual se produce la fundamentación de la validez de las normas de este sistema, es un principio dinámico.

El tipo dinámico se caracteriza porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica. Un ejemplo servirá para aclararlo. Un padre ordena a su hijo ir a la escuela. A la pregunta del hijo: ¿por qué debo ir a la escuela?, la respuesta podría ser: porque el padre lo ha mandado y el hijo debe obedecer las órdenes del padre. Si el niño continuara preguntando: ¿por qué he de obedecer las órdenes del padre?, la respuesta podría ser: porque dios ha ordenado obedecer a los padres, y se debe obedecer lo que dios manda. Si el niño preguntara por qué deben obedecerse las órdenes de dios; es decir, si preguntara por la validez de esa norma, la respuesta sería: que no cabe cuestionar esa norma, es decir, que no se puede buscar el fundamento de su validez, pudiendo solamente presuponerla. El contenido de la norma que constituyó el punto de partida: el niño debe ir a la escuela, no puede ser derivado de esa norma fundante. Puesto que la norma fundante se limita a efectuar una delegación en una autoridad normadora, o sea: establece la regla conforme a la cual han de producirse las normas de ese sistema. La norma que constituyó el punto de partida de la cuestión no vale por su contenido, ni puede ser deducida, mediante una operación lógica, de la norma fundante presupuesta. Tiene que ser establecida por un acto del padre y vale —diciéndolo en la manera usual— por haber sido así establecida. Formulado lo mismo más correctamente, se diría que vale porque se presupone como válida una norma fundante básica que, en última instancia, estatuye la manera de implantar normas. Una norma pertenece al orden sustentado en semejante norma fundante, en tanto ha sido producida en la manera determinada por la norma fundante básica, y no por tener determinado contenido. La norma fundante básica sólo provee del fundamento de validez, pero no además del contenido de las normas que constituyen ese sistema. Sus contenidos sólo pueden ser determinados por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la norma básica, y luego, las autoridades facultadas por aquélla, establecen las normas positivas de ese sistema. Otro ejemplo: en un grupo social, un linaje familiar, vale la norma según la cual el hombre que toma por mujer a una muchacha debe pagar al padre, o al tío de la novia, determinado precio. Si preguntara por qué debe hacer eso, la respuesta sería: porque en esta comuni-

dad siempre se ha pagado un precio nupcial, es decir, porque existe la costumbre de pagar ese precio y porque se supone como evidente de suyo que todo particular deba comportarse como todos los demás miembros del grupo suelen hacerlo. Esta es la norma fundante básica del orden normativo constitutivo de esa comunidad. Implanta la costumbre como un hecho productor de normas. Ambos ejemplos representan el tipo dinámico de sistema normativo.

El principio estático y el dinámico se unifican en uno y el mismo sistema normativo cuando la norma fundante presupuesta, conforme al principio dinámico, se reduce a facultar a una autoridad normadora, y cuando esta autoridad, o una autoridad establecida por la primera, no sólo implanta normas mediante la cual se delega esa facultad en otras autoridades normadoras, sino también dicta normas en que se ordena determinada conducta por parte de los sujetos sometidos a la norma, a partir de las cuales —como lo particular de la universal— pueden deducirse más normas mediante una operación lógica. Los Diez Mandamientos no sólo instauran a los padres como autoridad normadora, sino que también formulan normas generales de cuyos contenidos puede inferirse lógicamente normas particulares, sin requerirse un acto de normación, como por ejemplo la norma: “no harás imágenes”, etcétera. A partir de la norma de Cristo de amar al prójimo, pueden derivarse lógicamente una multitud de normas morales particulares. Como fundamentación de las normas lógicamente derivadas de los Mandamientos divinos, y de las palabras de Cristo, se utiliza el principio estático; en la fundamentación de la validez de los Mandamientos divinos mediante la norma fundante: debe obedecerse lo que Dios manda, y de la validez de las palabras de Cristo, en la norma fundante: debe obedecerse lo que Cristo ordena, se utiliza el principio dinámico.

c) *El fundamento de validez de un orden jurídico.* El sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho. No hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica. Ni la validez de una de ellas puede ser negada por contradecir su contenido al de otra norma no perteneciente al orden jurídico cuya norma fundante básica es el fundamento de la validez de la norma cuestionada. La norma fundante de un orden jurídico no es una norma material que, por considerarse inmediatamente evidente el contenido, sea presupuesta como

norma suprema, a partir de la cual, mediante una operación lógica, puedan derivarse normas del comportamiento humano, como lo particular se infiere de lo universal. Las normas de un orden jurídico tienen que ser producidas por un acto particular de imposición.<sup>118</sup> Son normas impuestas, es decir, normas positivas, elementos de un orden positivo. Si por constitución de una comunidad jurídica se entiende la norma, o las normas, que determinan cómo han de producirse —es decir, qué órganos y conforme a qué procedimiento—, sea mediante actos legislativos de intención expresa, en especial, la legislación, sea mediante la costumbre, las normas generales del orden jurídico constitutivo de la comunidad, la norma fundante básica es aquella norma que es presupuesta cuando la costumbre mediante la cual la constitución se ha originado, o cuando ciertos actos constituyentes ejecutados conscientemente por determinados hombres, son interpretados como hechos productores de normas; cuando —en última instancia— el individuo, o la reunión de individuos que han redactado la constitución sobre la que reposa el orden jurídico, son vistos como una autoridad que impone normas. En este sentido, la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede ser designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico-positivo. Es el punto de partida de un proceso: el proceso de la producción del derecho positivo. No es ella misma una norma impuesta por la costumbre, o por el acto de un órgano de derecho; no es una norma impuesta, sino presupuesta, en tanto la instancia constituyente es vista como la autoridad suprema y, en consecuencia, en tanto no puede ser vista como facultada para dictar la constitución por una norma establecida por una autoridad aun superior.

<sup>118</sup> Menger, *op. cit.*, pp. 20-21, niega la posibilidad de derivar lógicamente normas jurídicas concretas de la norma básica de un orden jurídico. Ello es indudablemente correcto, pero no afecta a la Teoría pura del derecho que afirma que de la norma fundante básica sólo puede derivarse el fundamento de validez, pero no el contenido de las normas jurídicas concretas. De ahí que Wedberg interprete mal la teoría de la norma básica, cuando afirma (*op. cit.*, p. 256): "Kelsen sostiene que todo sistema jurídico contiene una única regla básica (*Grundnorm*) que implica todas las restantes reglas del sistema." La norma fundante básica no se encuentra "contenida" en un orden jurídico positivo, puesto que no es una norma positiva, es decir, impuesta, sino una norma presupuesta en un pensamiento jurídico; y si Wedberg, al afirmar que las restantes normas son "implicadas" por la norma básica, quisiera decir que las normas del orden jurídico —por lo tanto, también su contenido— "son consecuencia" de la norma fundante básica, erra; pues de la norma básica sólo se sigue la validez objetiva de las normas, pero no normas dotadas de contenido. Wedberg argumentó así contra la teoría de la norma básica: "Si tenemos un conjunto finito de reglas,  $P_1 \dots P_n$ , siempre podremos combinarlas en una regla única conjuntiva,  $P_1 \& \dots \& P_n$ . Al insistir en que todo sistema jurídico se encuentra implicado por una regla única, acaso desea Kelsen sostener que cada uno de esos sistemas está implicado por una norma básica que no es equivalente a la conjunción de varias reglas?" Evidentemente la norma fundante básica no es sinónima a la suma de todas las normas positivas de un orden jurídico. Se trata de una norma distinta de éstas, de una norma presupuesta que representa su fundamento de validez.

Si se pregunta por el fundamento de validez de una norma jurídica perteneciente a determinado orden jurídico, la respuesta sólo puede consistir en referir a la norma fundante básica de ese orden; es decir, consiste en la afirmación de que esa norma fue producida conforme a la norma fundante básica. En lo que sigue sólo se considerará, por de pronto, un orden jurídico estatal, es decir, un orden jurídico cuya validez está limitada a determinado espacio: el llamado territorio del Estado, y que es tenido por soberano, es decir, como no subordinado a ningún orden jurídico superior. El problema del fundamento de validez de las normas de un orden jurídico estatal será explicado inicialmente sin tomar en cuenta un orden internacional considerado como supraordinado o coordinado al orden estatal.

La pregunta por el fundamento de validez de una norma jurídica perteneciente a determinado orden jurídico estatal puede surgir —como se indicó en un contexto anterior— con ocasión de un acto coactivo, por ejemplo, cuando un hombre priva por la fuerza de su vida a otro, provocándole la muerte en la horca; se pregunta entonces por qué ese acto es un acto jurídico, la ejecución de una pena, y no un homicidio. Como acto jurídico, y específicamente, como ejecución de una norma, y no como homicidio, el acto en cuestión sólo puede ser interpretado cuando ha sido estatuido por una norma jurídica y, en especial, por una norma jurídica individual; es decir, cuando el acto es cumplido como debido en mérito a una norma que aparece como sentencia de un juez. Con ello surgen las preguntas de cuáles sean las condiciones bajo las cuales tal interpretación es posible: ¿por qué en ese caso se trata de una sentencia judicial?; ¿por qué vale la norma individual así estatuida?; ¿por qué es una norma jurídica válida, perteneciente a un orden jurídico que, en consecuencia, debe ser aplicada? La respuesta a estas preguntas es: porque esa norma individual fue dictada en aplicación del código penal, código que contiene una norma general según la cual, bajo condiciones verificadas en el caso dado, debe aplicarse una pena capital. Si se preguntara por el fundamento de validez de ese código penal, se obtendría la respuesta: el código penal vale por haber sido promulgado por un organismo legislativo, organismo facultado por una norma de la constitución del Estado, a imponer normas generales. Si se pregunta ahora por el fundamento de validez de la constitución del Estado, sobre la cual reposa la validez de todas las normas y la validez de las normas individuales producidas con fundamento en esas normas generales, es decir, si se pregunta por el fundamento de validez de las normas que regulan la producción de normas generales, en tanto determinan qué órganos y mediante qué procedimientos se deben producir normas generales, se llegaría quizás a una constitución del Estado más antigua. Esto es, se fundaría la validez de la constitución estatal existente en que se habría originado conforme a las disposiciones de una constitución estatal anterior, por vía de una enmienda constitucional conforme a la constitución, es decir, conforme a una norma positiva establecida por una

autoridad jurídica. Y así se continuaría hasta llegar por fin a una primera constitución histórica del Estado, que no habría surgido por esa vía y cuya validez, en consecuencia, no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica. Es decir, se llegaría a una constitución del Estado implantada revolucionariamente, esto es, mediante ruptura con la constitución estatal preexistente, o cuya validez hubiera sido implantada en un dominio que previamente no habría sido, en general, dominio de validez de ninguna constitución estatal, ni del orden jurídico estatal que en ella se sustenta. Si se considera solamente el orden jurídico estatal —y no el derecho internacional— y se pregunta por el fundamento de validez de una primera constitución histórica estatal, es decir, una constitución no originada en una enmienda constitucional de una constitución previa, la respuesta sólo puede ser —si se renuncia a referir la validez de la constitución del Estado, y la validez de las normas producidas de conformidad a ella, a una norma establecida por una autoridad metajurídica, como dios o la naturaleza— que la validez de esa constitución, el suponer que es una norma obligatoria, tiene que ser *presupuesta*, si es que debe ser posible interpretar los actos realizados de acuerdo con ella como actos de producción o de aplicación de normas jurídicas generales válidas, y los actos realizados en aplicación de esas normas jurídicas generales, como la producción o aplicación de normas individuales válidas. Puesto que el fundamento de validez de una norma sólo puede ser nuevamente una norma, el presupuesto de esa norma no puede ser una norma impuesta por una autoridad jurídica, sino una norma presupuesta. Es decir, una norma que es presupuesta cuando el sentido subjetivo del hecho constituyente y el sentido subjetivo de los hechos productores de normas cumplidos conforme a la constitución, son interpretados como su sentido objetivo. Como se trata de la norma fundante básica de un orden jurídico, esto es, de un orden que estatuye actos coactivos, el enunciado que describe esa norma, el enunciado básico del orden jurídico estatal en cuestión, reza: los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como la constitución lo prescribe). Las normas de un orden jurídico, cuyo fundamento de validez común lo constituye esta norma fundante básica, —como el regreso a la norma fundante básica, expuesto en lo que antecede, lo muestra—, no configuran un conjunto de normas válidas situadas una al lado de otra, sino una construcción escalonada de normas supra y subordinadas. Esta estructura del orden jurídico será investigada más adelante con mayor detalle.

d) *La norma fundante básica como presupuesto lógico-trascendental.* Si se quiere conocer la esencia de la norma fundante básica, es necesario ante todo tener conciencia de que la misma se refiere, inmediatamente a una determinada

constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales, y mediatamente al orden coactivo producido conforme a esa constitución, también eficaz en términos generales, en tanto da fundamento a la validez de esa constitución y al orden coactivo producido de conformidad con ella.<sup>119</sup> La norma fundante básica, por lo tanto, no es el producto de una libre invención. Lo que presupone no se produce arbitrariamente, en el sentido de que se tenga una opción entre normas fundantes básicas distintas, cuando se interpreta el sentido subjetivo de un acto constituyente; y los actos cumplidos conforme a esa constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas jurídicas válidas objetivamente. Sólo cuando se presupone una norma fundante básica referida a una constitución bien determinada, es decir, sólo cuando se presupone que uno debe comportarse conforme con esa constitución bien determinada, puede interpretarse el sentido subjetivo de los actos constituyentes; y los actos realizados conforme a la constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas jurídicas válidas objetivamente, y las relaciones constituidas mediante esas normas, como relaciones jurídicas.

Cuál sea el contenido de esa constitución, y el del orden jurídico estatal erigido con su fundamento; que ese orden sea justo o injusto, es cuestión que aquí no se suscita; tampoco el de saber si ese orden jurídico efectivamente garantiza, dentro de la comunidad por él constituida, un estado relativo de paz. Con la presuposición de la norma fundante básica no se afirma ningún valor trascendente al derecho positivo.

En tanto sólo mediante la presuposición de la norma fundante básica se hace posible interpretar el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, interpretarlos como normas jurídicas objetivamente válidas, puede designarse a la norma fundante básica, tal como es representada por la ciencia del derecho, y si cabe recurrir *per analogiam* a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento, como la condición lógico-trascendental de esa interpretación. Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describibles en

<sup>119</sup> Más adelante se hablará del caso particular de una norma fundante básica, que no se refiere inmediatamente a una constitución, ni mediatamente al orden jurídico implantado conforme a ella, sino que se refiere inmediatamente a ese orden jurídico. Cf. *infra*, p. 232 y ss. Este caso especial no es tomado en cuenta en la exposición que sigue. En ella sólo se atiende al caso normal: una norma fundante básica, que se refiere inmediatamente a una constitución.

enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la norma fundante básica "uno debe comportarse como la constitución lo prescribe", es decir, como corresponde al sentido subjetivo de los actos de voluntad que establecieron la constitución, conforme a las prescripciones del constituyente. La función de esta norma fundante básica es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo, es decir, de las normas implantadas mediante actos humanos de voluntad en un orden coactivo eficaz en términos generales; es decir, interpretar el sentido subjetivo de esos actos como su sentido objetivo. La fundamentación de la validez de una norma positiva (esto es: impuesta mediante un acto de voluntad), que obliga a determinada conducta, se efectúa con un procedimiento silogístico. En este silogismo, la premisa mayor es una norma considerada objetivamente válida (o mejor: el enunciado de semejante norma), según la cual debe uno comportarse obedeciendo las órdenes de una determinada persona, es decir, comportarse conforme al sentido subjetivo de esos actos imperativos. La premisa menor afirma el hecho de que esa persona ha ordenado que uno debe actuar de determinada manera; la conclusión afirma la validez de la norma: uno debe comportarse de esa determinada manera. La norma, cuya validez es expresada en la premisa mayor, legitima así el sentido subjetivo del acto imperativo, cuya existencia afirma la premisa menor, como su sentido objetivo. Por ejemplo: deben obedecerse las órdenes divinas. Dios ha ordenado obedecer las órdenes de los padres. Por lo tanto se debe obedecer a los padres.

La norma que funciona como premisa mayor, en cuanto norma considerada objetivamente válida, es una norma fundante básica, si su validez objetiva no continúa siendo cuestionada. No lo es, cuando su validez no puede fundarse en un procedimiento silogístico. Y no puede fundarse así cuando el enunciado del hecho de que esa norma ha sido impuesta por el acto de voluntad de una persona, no es posible como premisa menor de un silogismo. Así sucede cuando la persona, cuyas órdenes deben ser obedecidas según la norma ahora cuestionada, es considerada como una autoridad suprema, como, por ejemplo, cuando dicha persona es Dios. Cuando la validez de una norma no puede fundarse de esta manera, tiene que colocársela, como premisa mayor, en la iniciación de un silogismo, sin que ella misma pueda ser afirmada como la conclusión de un silogismo superior que dé fundamento a su validez. De ahí, la norma: deben obedecerse las órdenes divinas, como fundamento de la validez de la norma, deben obedecerse las órdenes de los padres, es una norma fundante básica. Puesto que una ética teológica, que ve en Dios la suprema instancia normadora, no puede afirmar como un hecho que alguien más haya ordenado obedecer las órdenes de Dios. Estaríamos frente a una autoridad superior a Dios. Y si la norma: deben obedecerse las órdenes de Dios, es supuesta como implantada por Dios, no podría ser tenida por fundamento de validez

de las normas impuestas por Dios, dado que ella misma es una de esas normas que Dios impone. Tampoco puede la ética teológica, de por sí, establecer esa norma, es decir, ordenar que se obedezcan los mandamientos de Dios, puesto que, en cuanto conocimiento, no puede ser una autoridad normadora. La norma: "se deben obedecer las órdenes divinas", por ende, como norma fundante básica, no puede ser el sentido subjetivo del acto de voluntad de ninguna persona. Pero si la norma fundante básica no puede ser el sentido subjetivo de un acto de voluntad, sólo le queda por ser el contenido de un acto intelectual. En otros términos: si la norma fundante básica no puede ser una norma querida, siendo sin embargo lógicamente imprescindible su enunciación en la premisa mayor de un silogismo que fundamente la validez objetiva de normas, sólo puede ser entonces una norma pensada.<sup>120</sup>

Dado que una ciencia del derecho positivista considera al primer constituyente histórico como la suprema autoridad jurídica, no pudiendo afirmar, en consecuencia, que la norma que dispone "deben obedecerse las órdenes del constituyente" sea el sentido subjetivo del acto de voluntad de una instancia superior al constituyente —sea Dios o la naturaleza—, no puede fundar la validez de esa norma en un procedimiento silogístico. Una ciencia jurídica positivista sólo puede establecer que esa norma —en el sentido que se acaba de señalar—, como norma fundante básica para la fundamentación de la validez objetiva de las normas jurídicas, y, por ende, para la interpretación de un orden coactivo, eficaz en grandes términos, como un sistema de normas jurídicas objetivamente válidas, tiene que ser presupuesta.<sup>121</sup> Dado que esa norma fundante básica no es una norma querida y, por ende, tampoco una norma querida por la ciencia del derecho (es decir, por el sujeto que profesa en la ciencia jurídica), y dado que esa norma (o mejor: su enunciación) es lógicamente imprescindible para la fundamentación de la

<sup>120</sup> Una norma pensada no es una norma cuyo contenido sea inmediatamente evidente. La norma fundante básica de un orden jurídico positivo, formulada en lo que sigue, de ninguna manera es inmediatamente evidente. Cf. *infra*, p. 227.

<sup>121</sup> Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*. Heidelberg, 1935, pp. 11, ss., acepta en principio la teoría de la norma básica, pero cree encontrarla en la constitución jurídica positiva. Tenemos, afirma, "si no queremos permanecer encerrados en lo formal", que "interpretar la norma básica en el sentido de la regla que legitima, como una de las reglas superiores, las instancias convocadas a la creación de derecho"; "una regla que, por ejemplo, en los estados parlamentarios atribuye la suprema facultad de implantar derecho —facultad que puede ser delegada en otros— a la representación popular, y en la Alemania de hoy (1935) al canciller del Reich y Führer". "Como se ve, tomamos la 'norma básica' en forma plenamente dotada de contenido, y ello en cuanto una constitución concreta no puede contener mucho más que las reglas referentes a la creación de derecho; y además por la constitución, aunque se la considere sólo en las partes que se refieren a la creación de derecho, frecuentemente sólo significan un desarrollo más minucioso y un afinamiento de lo que ya se encontraba implícitamente en una norma básica quizás proclamada por una revolución y que hubiera alcanzado reconocimiento; por fin, por cuanto la constitución, aun en lo tocante a la creación de derecho —fundada en la norma básica— puede experimentar enmiendas aisladas que dejan intacta la situación de la norma básica." Es decir, Engisch:

validez objetiva de las normas jurídicas positivas, sólo puede ser una norma pensada. Y, por ende, una norma que es pensada como presupuesto cuando se interpreta un orden coactivo, eficaz en términos generales, como un sistema de normas jurídicas válidas.

Puesto que la norma fundante básica no es una norma querida, ni tampoco una norma querida por la ciencia del derecho, sino solamente una norma pensada, la ciencia jurídica no se arroga, al establecer la norma básica, una autoridad normadora. No prescribe ella que deban obedecerse las órdenes del constituyente. Permanece siendo conocimiento, inclusive en su tesis gno-

“distingue” la norma básica de la constitución sólo en tanto no la identifica con el documento denominado “constitución”, la constitución en sentido formal; sino que denomina “norma básica” una norma jurídica positiva, esto es, lo que aquí llamamos una constitución en sentido material. En mérito a ello rechaza una interpretación “lógico-jurídica de la norma básica”. Que la constitución (en el sentido material de la palabra) sea el fundamento del proceso de creación de derecho —y esto es lo que significa la “norma básica” que Engisch considera— es una perogrullada, para cuya formulación no se requiere ninguna teoría específica de la norma básica fundante. El problema que la teoría pura del derecho intenta resolver con su teoría de la norma básica sólo aparece cuando se formula la pregunta por el fundamento de validez de la constitución jurídica positiva; y la norma que constituya ese fundamento de validez, no puede ser una norma positiva, es decir, una norma impuesta, sino únicamente, una norma presupuesta. Cuando se cierran los ojos ante la necesidad teórica de plantear esta pregunta, es claro que se permanece ciego también con respecto de la naturaleza “lógico-jurídica” de la norma fundante básica en la teoría pura del derecho.

También Ilmar Tammelo, en *Drei rechtsphilosophische Aufsätze* (Willsbach y Heidelberg, 1948, p. 13), dice: “No es conveniente considerar la norma básica solamente como un dato lógico-jurídico, es decir, como un dato gnoseológico, y no simultáneamente como una norma jurídica positiva, puesto que negarle esta última característica conduciría a la consecuencia lógica de que a las normas jurídicas positivas y a los sistemas de normas que en ella se basan, no les correspondería ninguna positividad.” Este reproche no la afecta dado que la positividad de un orden jurídico no reposa en la norma básica, ni es derivada de ella. De la norma fundante básica sólo se deriva la validez objetiva de un orden coactivo positivo, es decir, fácticamente implantado y eficaz en grandes términos. La positividad consiste en la implantación y eficacia fácticas de las normas. Tammelo supone que la norma básica pertenece a las normas que “están dadas implícitamente en los textos legales, así como en las formas en que enuncia el derecho consuetudinario, pudiendo ser reconstruida mediante la elaboración del material jurídico positivo”. La razón por la cual la norma básica no pueda ser vista como coimpuesta en los actos de voluntad normadores, y en especial, por qué no en los actos constituyentes, fue indicada en el texto arriba. Sólo es correcto que los órganos normadores, cuando interpretan el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos cumplidos con base en la constitución, como normas objetivamente válidas, presuponen la norma fundante básica.

Edwin W. Patterson, en *Jurisprudence. Men and Ideas of the Law* (Brooklyn, The Foundation Press, Inc., 1953, p. 262), reprocha a la teoría de la norma básica “suponer que la constitución es válida y que las leyes creadas conforme a ella también lo son... depende a la postre sobre la autoridad política, no sólo de los funcionarios que crearon la constitución, sino también de aquellos que la mantienen y sostienen actualmente. Se trata de algo externo a la constitución, o a las normas creadas conforme a ella”. El supuesto de que la constitución y de las normas producidas conforme con ella valen, no depende en forma alguna de la autoridad del constituyente. Puesto que suponer que la constitución vale, es idéntico a

seológica de que es la condición bajo la cual el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme a la constitución, es interpretado como el sentido objetivo de normas válidas, aun cuando se autointerpretan de ese modo<sup>122</sup>

Con su teoría de la norma fundante básica no inaugura la teoría pura del derecho en absoluto un nuevo método de conocimiento jurídico. Sólo hace consciente lo que todos los juristas, por lo común inconscientemente, hacen cuando conciben los hechos arriba indicados como hechos no determinados

suponer que el constituyente es una “autoridad”, la suprema autoridad jurídica. La norma básica responde a la pregunta de cuál sea el fundamento de esa autoridad. En ese sentido, se encuentra por cierto “fuera de la constitución”. Pero, ¿quiénes son aquellos que mantienen la constitución (*maintain and uphold*)? Por cierto que los individuos que la han promulgado y los individuos que la aplican, en tanto producen normas conforme a la constitución y las aplican. En ello reside la eficacia de la constitución y del orden jurídico producido conforme a ella. A esa eficacia se refiere evidentemente Patterson. La norma fundante básica hace de esa eficacia una condición de la validez. Más adelante dice Patterson: “La autoridad política del sistema jurídico... depende también de la situación política existente.” También con esta afirmación se refiere a la eficacia del orden jurídico. Es, como la Teoría pura del derecho subraya, condición, pero no fundamento, de la validez. Patterson dice: “En general, si se deseara una explicación simple de lo que convierte a un esquema de poder en el papel, en un esquema de poder efectivo, la referencia al ‘hábito de obediencia’ de Austin y Bentham pareciera mejor que la referencia a la norma básica.” Esto muestra nitidamente que la cuestión que Patterson ve es la pregunta por la causa de la eficacia del orden jurídico, y de ninguna manera la pregunta, bien distinta, por el fundamento de la validez. Su polémica no da en el blanco.

Patterson (en la p. 390) sostiene, contra la norma básica, como presupuesto lógico-trascendental (en el sentido de la teoría kantiana del conocimiento) que “la teoría de Kelsen no dice al abogado o al funcionario qué debe buscarse al crear nuevo derecho. Carece de una axiología jurídica...” Pero también en este respecto se mantiene la analogía con la lógica trascendental de Kant. Así como las condiciones lógico-trascendentales del conocimiento de la realidad natural de ninguna manera determinan el contenido de las leyes naturales, tampoco las normas fundantes básicas pueden determinar el contenido de la norma jurídica, o, de los enunciados jurídicos que describen las normas jurídicas. Así como el contenido de las leyes naturales sólo puede lograrse en la experiencia, el contenido de los enunciados jurídicos sólo puede obtenerse en el derecho positivo. La norma fundante básica no prescribe determinado contenido al derecho positivo, así como las condiciones lógico-trascendentales de la experiencia no prescriben un contenido a esa experiencia. Ahí se encuentra justamente la diferencia entre la lógica trascendental de Kant y la especulación metafísica que él rechaza, la diferencia entre la teoría pura del derecho y una teoría metafísica del derecho del tipo de una doctrina iusnaturalista.

<sup>122</sup> La pregunta: ¿quién presupone la norma fundante básica?, es contestada por la Teoría pura del derecho: quienquiera que interprete el sentido subjetivo del acto constituyente, y de los actos cumplidos conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas objetivamente válidas. Esta interpretación es una función de conocimiento, no una función volitiva. Dado que la ciencia del derecho, como conocimiento, sólo describe normas, y no las prescribe —es decir, no implanta normas— he formulado en alguna ocasión (“Was ist ein Rechtakt”, en *Oesterreichische Zeitschrift für Oeffentliches Recht*, t. IV, 1952, p. 271) reservas con respecto de la tesis de que la norma fundante básica sea presupuesta también por la ciencia del derecho. Esta reserva queda eliminada mediante la distinción expuesta en el texto entre el imponer y el presuponer una norma.

por una legalidad causal, sino cuando interpretan su sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como un orden jurídico normativo, sin remitir la validez de ese orden a una norma superior, metajurídica —es decir, a una norma impuesta por una autoridad superior a la autoridad jurídica—; cuando piensan conceptualmente el derecho como derecho positivo exclusivamente. La doctrina de la norma fundante básica es sólo el resultado de un análisis del proceso que un conocimiento positivista del derecho siempre ha utilizado.

e) *La unidad lógica del orden jurídico. Conflictos normativos.* Puesto que la norma fundante básica es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen. Naturalmente no puede negarse la posibilidad de que los órganos jurídicos de hecho implanten normas que se encuentren en conflicto entre sí, es decir, que efectúen actos cuyo sentido subjetivo sea un deber, y que cuando ello quiera ser interpretado también como su sentido objetivo, cuando esos actos sean vistos como normas, las normas se encuentren recíprocamente en conflicto. Semejante conflicto normativo aparece cuando una norma determina una conducta como debida, y otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera. Por ejemplo, si una norma determina que el adulterio deberá ser castigado, y otra, que no deberá serlo; o si una norma determina que el hurto debe ser castigado con pena de muerte, mientras que otra dispone que debe serlo con prisión (y, por tanto, no con muerte). Este conflicto no es, como se mostró anteriormente,<sup>123</sup> una contradicción lógica en el sentido estricto de la palabra, aunque se suela decir que ambas normas se “contradicen”. Puesto que los principios lógicos, y, en especial, el principio de contradicción, sólo se aplican a enunciados que puedan ser verdaderos o no verdaderos; una contradicción lógica entre dos enunciados consiste en que sólo el uno o el otro de ellos puede ser verdadero, en tanto cuando uno es verdadero, el otro tiene que ser falso. Pero una norma no es ni verdadera ni falsa, sino válida o inválida. El enunciado que describe un orden normativo, afirmando que conforme a ese orden una norma determinada vale, y especialmente, el enunciado jurídico que describe ese orden jurídico, afirmando que, conforme a ese orden jurídico, debe o no debe realizarse determinado acto coactivo, bajo determinadas condiciones, puede ser, como se mostró, verdadero o falso. De ahí que los principios lógicos, en general, y por ende, también el principio de contradicción, en particular, puedan aplicarse a los enunciados jurídicos que describen normas jurídicas y, también, indirectamente, a las normas jurídicas. Por cierto que no es de ninguna manera insólito sostener que dos normas jurídicas se “contradicen” mutuamente. Y que.

<sup>123</sup> Cf. *supra*, pp. 76 y ss.

en consecuencia sólo una de las dos pueda ser considerada como objetivamente válida. Que A sea debido, y, simultáneamente, que no lo sea, es tan sinsentido, como afirmar que A es y, simultáneamente, que A no es. Un conflicto normativo plantea, como una contradicción lógica, algo sinsentido.

Mas como el conocimiento del derecho, como todo conocimiento, tiene que pensar conceptualmente su objeto como un todo dotado de sentido, tratando de describirlo en oraciones no contradictorias, parte del supuesto que los conflictos normativos que aparezcan dentro del material normativo que le es dado (o más correctamente: que le es propuesto) pueden y tienen que ser disueltos por vía de interpretación. Como la estructura del orden jurídico es una construcción escalonada de normas recíprocamente supra y subordinadas, donde la norma de nivel superior determina la producción de la norma de nivel inferior, se plantea el problema del conflicto normativo, dentro de un orden jurídico, en formas diversas, sea que se trate de un conflicto entre normas del mismo nivel, o de un conflicto entre una norma de nivel superior y una norma de nivel inferior. Aquí, por de pronto, sólo se considerarán los conflictos entre normas del mismo nivel. Si se trata de normas generales, promulgadas por un mismo órgano en tiempos diferentes, la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la norma anterior que la contradice, según el principio *lex posterior derogat priori*. Como el órgano normador —sea el monarca o el parlamento— está facultado normalmente para establecer normas modificables y, por ende, eliminables, el principio *lex posterior derogat priori* puede admitirse como un principio incluido en ese facultamento. Este principio también recibe aplicación cuando las normas que se encuentran recíprocamente en conflicto han sido dictadas por dos órganos diferentes; cuando, por ejemplo, la constitución faculta al monarca y al parlamento regular el mismo objeto mediante normas generales, o cuando se instauran a la legislación y la costumbre como hechos productores de derecho. Las normas que se encuentran recíprocamente en conflicto pueden ser implantadas simultáneamente, es decir, por un mismo acto de un mismo órgano, de suerte que no pueda aplicarse el principio de la *lex posterior*; así cuando en una misma ley se encuentran dos disposiciones entre sí contradictorias, como por ejemplo, de que quien cometa adulterio deba ser castigado y que quien lo cometa, no deba serlo; o que quien haya cometido un delito determinado por la ley deba ser castigado, junto a la disposición que establece que las personas menores de catorce años no deben ser castigadas. Aparecen entonces las siguientes posibilidades de solucionar el conflicto: o bien ambas disposiciones pueden ser entendidas en el sentido de que el órgano legalmente facultado para aplicarlas, un tribunal, por ejemplo, tenga una opción a escoger entre ambas normas; o cuando —como en el segundo ejemplo— las dos normas sólo se contradicen parcialmente, entender que una norma limita la validez de la otra. El enunciado jurídico descriptivo del dere-



cho no reza: si alguien comete adulterio debe ser castigado y no debe ser castigado, sino que dice: si alguien comete adulterio debe ser castigado o no debe ser castigado; y, similarmente: todo el que comete un delito legalmente determinado, debe ser castigado y no lo deben ser las personas menores de catorce años, sino todo el que comete un delito legalmente determinado, debe ser castigado, con excepción de las personas menores de catorce años. Si no es posible ni la una ni la otra interpretación, el legislador habría prescrito algo sin sentido; tendríamos un acto de imposición de una norma carente de sentido como tal, y, por ende, en general, no tendríamos ningún acto cuyo sentido subjetivo pueda ser interpretado como su sentido objetivo, de suerte que no aparecería ninguna norma jurídica objetivamente válida, aunque el acto hubiera sido realizado de conformidad con la norma fundante básica. Puesto que la norma fundante básica no otorga a todo acto el sentido objetivo de una norma válida, sino solamente al acto que tiene un determinado sentido, a saber: el sentido subjetivo de que los hombres deban comportarse de determinada manera. El acto tiene que estar —en este sentido normativo— dotado de sentido. Si tuviera otro sentido, como, por ejemplo, el sentido de un enunciado declarativo (como, por caso, el de una teoría expuesta en la ley), o si, en general, careciera de sentido como cuando la ley contiene palabras sin sentido, disposiciones entre sí incompatibles, no entra en juego ningún sentido subjetivo que pueda ser interpretado como sentido objetivo; no tenemos ningún acto cuyo sentido subjetivo sea capaz de ser legitimado por la norma básica. Puede aparecer también un conflicto entre dos normas individuales, como ser, dos sentencias judiciales, especialmente, cuando ambas normas han sido dictadas por órganos diferentes. Una ley puede facultar a dos tribunales para resolver el mismo caso, sin otorgar a la sentencia de uno de ellos el poder de eliminar la sentencia del otro. Se trata, por cierto, de una técnica jurídica muy inconveniente, pero no imposible, que a veces se presenta. Puede entonces suceder que un litigante sea condenado por un tribunal, mientras que el otro lo absuelve. Es decir, una norma lo sanciona, mientras que, según la otra, no debe ser penado; o, un tribunal hace lugar a la demanda, mientras que otro la rechaza. O sea: según una norma debe ejecutarse civilmente el patrimonio del demandado, mientras que según la otra, no debe llevarse adelante esa ejecución civil sobre el patrimonio del demandado. El conflicto es solucionado en tanto el órgano de ejecución cuenta con la opción de actuar conforme a una u otra sentencia. Es decir, aplicar la pena, o llevar a cabo la ejecución civil o no, adecuándose a una u otra norma individual. Si el acto coactivo, que una de las normas establece como debido, es ejecutado, la otra norma permanece duraderamente ineficaz y pierde así su validez; si el acto coactivo no se ejecuta, se actúa conforme a la norma que absuelve al procesado, o que rechaza la demanda, y la otra norma, que establecía dicho acto coactivo como debido,

permanece duraderamente ineficaz y pierde así su validez. Esta interpretación se produce conforme a la norma fundante básica. Puesto que ésta determina que la coacción debe ser ejercida bajo las condiciones y de la manera como se establece en la constitución que tiene eficacia en términos generales, y conforme a las normas generales e individuales, establecidas de acuerdo con la constitución, que son, en términos generales, eficaces. La eficacia se encuentra, como condición de la validez, estatuida en la norma fundante básica. Si el conflicto apareciera en una misma sentencia judicial —lo que sólo sería posible si el juez padece de una perturbación mental—, tendríamos un acto carente de sentido y, por ende, como se mostró en lo que antecede, no contaríamos con ninguna norma jurídica objetivamente válida. Así posibilita la norma fundante básica interpretar el material propuesto al conocimiento jurídico, como un todo dotado de sentido, lo que significa que puede ser descrito en oraciones que no se contradicen lógicamente entre sí.

Entre una norma de nivel superior y una norma de nivel inferior —es decir, entre una norma que determina la producción de otra, y esta otra—<sup>124</sup> no puede suscitarse ningún conflicto, dado que la norma de nivel inferior tiene en la norma de nivel superior su fundamento de validez. Si se considera como válida una norma de nivel inferior, ello quiere decir que es vista como correspondiente a una norma de nivel superior. Cómo suceda ello se mostrará en la exposición de la construcción escalonada del orden jurídico.<sup>124</sup>

f) *Legitimidad y efectividad.* El significado de la norma fundante básica se hace especialmente claro cuando una constitución no es modificada por las vías constitucionales, sino que es remplazada revolucionariamente por otra; cuando la existencia de todo el orden jurídico sustentado inmediatamente en la constitución es cuestionada, es decir, cuando se cuestiona la validez de ese orden.

Como se expuso en un contexto previo, el dominio de validez de una norma puede verse limitado, especialmente en lo que hace a su dominio de validez temporal. Lo que significa: el comienzo y el fin de su validez puede estar determinado por ella misma, o estarlo por una norma superior que regula su producción. Las normas de un orden jurídico valen en tanto no se pone término a su validez conforme a las determinaciones de ese orden. En tanto un orden jurídico regula su propia producción y aplicación, determina el comienzo y el fin de la validez de las normas que a él pertenecen. Las constituciones escritas contienen por lo común determinaciones especiales relativas a los procedimientos mediante los cuales solamente ellas pueden ser modificadas. El principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico, o hasta que sea

<sup>124</sup> Cf. *infra*, pp. 228 y ss.

reemplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico, es el principio de legitimidad.

Este principio, con todo, se aplica a un orden jurídico estatal con una limitación altamente significativa. No tiene aplicación en caso de revolución. Una revolución, en el sentido amplio de la palabra, que abarca también el golpe de estado, es toda modificación no legítima de la constitución —es decir, no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales—, o su remplazo por otra. Visto desde un punto de vista jurídico, es indiferente que esa modificación de la situación jurídica se cumpla mediante un acto de fuerza dirigido contra el gobierno legítimo, o efectuado por miembros del mismo gobierno; que se trate de un movimiento de masas populares, o sea cumplido por un pequeño grupo de individuos. Lo decisivo es que la constitución válida sea modificada de una manera, o reemplazada enteramente por una nueva constitución, que no se encuentra prescripta en la constitución hasta entonces válida. Por regla general, con ocasión de una revolución en este sentido, sólo se suprime la antigua constitución y ciertas leyes políticamente esenciales. Una gran parte de las leyes dictadas bajo la vieja constitución permanecen, como se suele decir, en vigencia; se trata, con todo, de una expresión inadecuada. Si esas leyes han de considerarse como válidas conforme a la nueva constitución, ello sólo es posible porque el gobierno revolucionario, expresa o tácitamente, les ha otorgado validez conforme a la nueva constitución. Lo que tenemos no es una creación enteramente nueva de derecho, sino recepción de las normas de un orden jurídico por otro, similar a la recepción del derecho romano por el derecho alemán. Pero también esa recepción es producción de derecho. Puesto que el fundamento de validez inmediato de las normas receptadas conforme a la nueva constitución, revolucionariamente instaurada, no puede ser la vieja constitución suprimida, sino solamente la nueva. Por cierto que el contenido de esas normas permanece idéntico, pero su fundamento de validez, y no sólo ello, sino también el fundamento de validez de todo el orden jurídico, se ha modificado. Con la adquisición de eficacia de la nueva constitución se ha modificado la norma fundante básica, es decir, se ha modificado el presupuesto bajo el cual tanto el hecho constituyente, como los hechos realizados, conforme a la constitución, de producción y aplicación de normas jurídicas, pueden ser interpretadas. Si, por caso, la vieja constitución revestía el carácter de una monarquía absoluta, mientras que la nueva es el de una república parlamentaria, entonces el enunciado jurídico que describe la norma fundante básica ya no reza: los actos coactivos deben cumplirse bajo las condiciones y de la manera que determina la vieja constitución, ya no vigente, y también conforme a las normas generales e individuales que dictaron y aplicaron, conforme a aquella constitución, el monarca absoluto y los órganos por él delegados, sino: los actos coactivos deben cumplirse bajo las condiciones y de la manera que determina la nueva constitución, y también, las normas

generales e individuales que son producidas y aplicadas por el parlamento elegido conforme a la constitución, y por los órganos delegados mediante esas normas. La nueva norma fundante no permite considerar, como hacia la antigua, a determinado individuo como el monarca absoluto, sino al parlamento elegido por el pueblo como la autoridad jurídica. De acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal, es el gobierno efectivo, que impone fundándose en una constitución eficaz, normas generales e individuales, el gobierno legítimo del Estado.

La modificación de la norma fundante básica se sigue de la modificación de los hechos que han de ser interpretados como actos de producción y de aplicación de normas jurídicas válidas. La norma fundante básica se refiere solamente a una constitución que de hecho ha sido establecida por un acto legislativo o por la costumbre, y que tiene eficacia. Una constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales. Desde el momento en que la antigua constitución ha perdido su eficacia, y la nueva la ha adquirido —es decir, desde el momento en que las normas generales no son producidas por el monarca competente según la vieja constitución, sino por el parlamento competente según la nueva, y desde que las leyes dictadas, no por el monarca, sino sólo por el parlamento, son aplicadas por los órganos designados por estas últimas leyes, y no por los designados por leyes dictadas por el monarca—, los actos que aparecen con el sentido subjetivo de producir o aplicar normas jurídicas, no son interpretados ya presuponiendo la antigua norma fundante básica, sino la nueva. Las leyes dictadas conforme a la vieja constitución, pero no receptadas, dejan de tener validez, y los órganos designados conforme a la vieja constitución dejan de ser considerados competentes. Si la revolución no triunfara —es decir, si la constitución revolucionaria, no surgida conforme a la vieja constitución, no lograra eficacia— los órganos que designara no dictarían leyes que fueran efectivamente aplicadas por los órganos previstos en ellas, sino que, en este sentido, la antigua constitución permanecería en vigencia, y no habría ocasión de presuponer, en lugar de la antigua norma fundante básica, una nueva. Entonces la revolución no sería entendida como un proceso de producción de nuevo derecho, sino como un delito de alta traición, conforme a la vieja constitución y a las leyes penales fundadas en ella y consideradas válidas. El principio que así se aplicara se denomina principio de efectividad. El principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad.

g) *Validez y eficacia*. En esta limitación aparece la conexión entre validez y eficacia del derecho, sumamente importante para una teoría del derecho positivo, y que en páginas anteriores ya ha sido repetidamente subrayada. La determinación correcta de esta relación es de consuno uno de los problemas más importantes y más difíciles de una teoría positivista del derecho. Se trata

solamente de un caso especial de la relación entre el deber de la norma jurídica y el ser de la realidad natural. Puesto que el acto mediante el cual se instaura una norma jurídica positiva es —al igual que la eficacia de la norma jurídica— un hecho real. Una teoría positivista del derecho se encuentra ante la tarea de buscar entre dos extremos, ambos insostenibles, la vía media correcta. Un extremo es la tesis de que entre la validez, como lo debido, y la eficacia, como un hecho real, no existe relación alguna; de que la validez del derecho es enteramente independiente de su eficacia. El otro extremo es la tesis de que la validez del derecho es idéntica a su eficacia. La primera solución del problema se inclina a favor de una teoría idealista, la segunda, a favor de una realista.<sup>125</sup> La primera es falsa, puesto que no puede negarse que un

<sup>125</sup> Ejemplo típico de semejante teoría realista es el escrito de Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence* (cf. *supra*, p. 9). Ross intenta superar el dualismo entre validez y eficacia, como dualismo entre "realidad" y "validez". Pero esa tentativa conduce a una teoría contradictoria en sí. Ross parte, como él mismo lo menciona, del supuesto de que la ciencia jurídica apunta al conocimiento de la fáctica conducta humana, siendo por ende psicología y sociología. Dice: "Parto del supuesto de que la ciencia del derecho es una rama de la doctrina de la conducta humana, y, por lo tanto, que el fenómeno jurídico tiene que ser encontrado en el terreno de la psicología y la sociología" (p. 78). Así Ross ya presupone lo que mediante su teoría "realista" del derecho quiere demostrar: que en la descripción del derecho —o, como él dice: del fenómeno jurídico— no puede darse un dualismo entre ser y deber, entre realidad (*reality*) y validez (*validity*), puesto que teniendo el fenómeno jurídico exclusivamente el carácter de un ser real, *reality*, el derecho tiene que ser conducta fáctica, y no algo debido, una norma válida. Dado que "validez" sólo puede predicarse de una norma deóntica, y no de un hecho real, puede Ross, bajo el supuesto por él admitido —pero sólo bajo tal supuesto—, que no existe cosa alguna que sea "validez", como existencia específica de normas. "Validez en el sentido de una categoría o esfera de existencia coordinada con la realidad, es un sin sentido en el sentido literal de la palabra: la validez (valor o deber) no es nada objetivo o concebible de alguna manera; carece de significado, es una mera palabra" (p. 77). Ross cree desentrañar el concepto de una validez deóntica objetiva de las normas jurídicas como una racionalización "errónea" (*erroneous*), "epistemológicamente imposible" (*epistemologically impossible*), hasta "sin sentido" (*meaningless*), de ciertos hechos psicológicos (p. 89, 91, 95), hechos que caracteriza como "actitudes de conducta" (*behaviour attitudes*) o "impulsos para la acción" (*impulses to action*) (p. 77, 81).

La inevitable consecuencia de esa concepción es que el concepto de "validez" (*validity*) no pueda ser incorporado al concepto de derecho; que el derecho tenga que ser descrito, no como un sistema de normas válidas, sino como un conglomerado de actos reales de conducta humana, como, ya mucho antes de la teoría "realista" de Ross, muchos otros intentaron hacerlo en forma de teoría que se autodesignaban como realistas. Pero Ross rechaza decididamente esas tentativas. Dice de la tentativa teórica de concebir el derecho como un mero hecho: "ello lleva a una completa destrucción del concepto de derecho. Puesto que se planteará la cuestión de cómo distinguir precisamente la conducta social que es derecho de toda otra conducta social. Esa delimitación no puede efectuarse sin volver a la noción de validez que se trataba de evitar" (p. 49). Ross llega a sostener que la supresión del concepto de validez, en el concepto de derecho, eliminaría el elemento específicamente jurídico; esto es: suprimiría aquel elemento que propiamente constituye el criterio decisivo de aquella conducta que configura el objeto de la ciencia jurídica. "No es posible llegar a una teoría verdaderamente realista del derecho eliminando todas las nociones de validez del concepto de derecho.

orden jurídico como un todo, así como una norma jurídica aislada pierden su validez cuando cesan de ser eficaces; y que por ende, en esa medida, aparece una relación entre lo debido de la norma jurídica y lo existente de la realidad

Ello significaría inevitablemente evaporar lo específicamente jurídico, el elemento mismo que es el criterio decisivo para distinguir aquella parte de la conducta humana que se convierte en el objeto de estudio de la ciencia jurídica (p. 145). Ross debe aceptar, por lo tanto, que el propósito de su teoría realista del derecho no reside en eliminar el concepto de validez, sino en reinterpretarlo. "Nuestro objetivo al determinar el concepto de derecho no es el de eliminar las ideas normativas, sino la de darles una interpretación diferente, entendiéndolas por lo que efectivamente son: la expresión de ciertas experiencias psicofísicas peculiares que constituyen un elemento fundamental en el fenómeno jurídico" (p. 49).

Ross no niega, por lo tanto, que con la palabra "validez" se designe un elemento esencial para el concepto de derecho, y subraya que la idea normativa no puede ser excluida de ese concepto. "Idea normativa" no puede querer decir otra cosa que la idea de una norma deóntica, en oposición a un hecho real. Pero Ross afirma que el elemento esencial del derecho, la "validez", no es algo debido, por lo tanto, algo normativo, sino un hecho real; a saber: el hecho psicológico de que los hombres que viven bajo un orden jurídico consideran a la instancia instauradora de derecho como una "autoridad", en tanto competente para hacerlo. "Las autoridades que instauran el derecho... deben ser consideradas autoridades, o las poseedoras de la competencia jurídica para establecer el derecho y ejercer coacción" (p. 80). En otras palabras, el elemento esencial del concepto de derecho, la "validez" que sirve para designar su carácter normativo, es un hecho real, el hecho de que se considera derecho un orden normativo cuyas normas tienen validez objetiva. Esta opinión Ross la denomina una "actitud de conducta desinteresada" (*desinterested behaviour attitude*). Su racionalización es el concepto de validez objetiva. Si esa racionalización —como sostiene Ross— es equivocada, también la creencia en la autoridad o competencia de la instancia instauradora de normas, y por ende, también la opinión de que el derecho sean normas que se encuentran en validez objetiva, será equivocada. La "actitud de conducta desinteresada" se daría, según Ross, junto al hecho de que se temen los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico, las sanciones —un hecho que Ross caracteriza como una "actitud de conducta interesada"—, como motivo de la obediencia al derecho, es decir, como una causa de la eficacia del derecho. Si se aceptara esta teoría debería definirse el derecho como aquella conducta humana provocada por una representación equivocada, a saber, la representación de que uno debe comportarse de la manera adecuada con un orden normativo objetivamente válido.

Contra esta teoría cabe sostener que, cuando se pone en lugar de la validez deóntica, el hecho real de la "errónea" creencia en una validez deóntica, no se reinterpreta, como Ross afirma, el concepto de validez, sino que se le deja a un lado; es decir, justamente se hace aquello que Ross considera equivocado: "eliminar todas las nociones de validez del concepto de derecho", reemplazándolo por un concepto enteramente diferente que no corresponde denominar inadecuadamente, en cuanto provoca un equívoco, "validez". Pero Ross rechaza la supresión del concepto de una validez deóntica, pese a efectuarla en su teoría, contradiciéndola, puesto que, en el fondo tiene que aceptar que no es posible determinar el concepto de derecho sin el recurso auxiliar del concepto de validez deóntica, concepción que por alguna razón restringe.

Si la validez, es decir el hecho psicológico que Ross denomina "validez": la creencia en la autoridad o la competencia de la instancia instauradora de derecho ("*belief in authority*", "*desinterested behaviour attitude*"), y, por lo tanto, la creencia de que uno debe comportarse conforme con el derecho como norma objetivamente válida —es, como Ross mismo afirma, un elemento esencial del concepto de derecho, el hecho siempre tendrá que presentarse cuando aparece el fenómeno jurídico. Pero claramente no siempre es así. En muchos casos en que los hombres actúan conforme a derecho —y en esa conducta fáctica consiste el fenómeno jurídico, si el derecho no es norma, sino conducta fáctica—, el motivo de la

natural, puesto que la norma jurídica positiva, para tener validez, tiene que ser implantada por un acto real. La segunda solución es falsa, porque, como se

conducta no es esa creencia; puesto que la cuestión de si la instancia instauradora de derecho es "competente" por lo general ni pasa por las mentes de los hombres que se comportan conforme a derecho. En muchos casos se actúa conforme a derecho sólo por temor a las sanciones jurídicas (por una "interested behaviour attitude", según Ross); en muchos casos, la conducta conforme a derecho no está motivada ni por la creencia en la autoridad de la instancia productora de derecho, ni por temor ante las sanciones jurídicas, sino sólo por temor a las sanciones que Dios imponga; y en muchísimos casos la motivación reside sólo en el deseo de evitar ciertos inconvenientes sociales que, de hecho están ligados a la conducta ilícita, sin tener el carácter de sanciones jurídicas, como la pérdida del crédito en caso de falta de pago de las deudas, o la estima social en caso de homicidio, hurto, estafa y otros delitos. Pero si el derecho es conducta fáctica, y, propiamente, conducta conforme a derecho, mientras que el motivo de la conducta conforme a derecho no es siempre el hecho real que Ross denomina "validez", esa "validez" no puede ser un elemento esencial del concepto de derecho. Como elemento esencial del concepto de derecho, la "validez" no puede ser otra cosa que una validez "deóntica" (*Soll-Geltung*). Ross rechaza la propuesta representada por la teoría pura del derecho de que el concepto de derecho comprenda el sentido con el cual el derecho se dirige a los individuos cuyo comportamiento rige, debiendo ser determinado en consecuencia como norma deóntica (*Soll-Norm*); puesto que —así sostiene Ross— "debido" no es el sentido verdadero, sino sólo un sentido ficticio (*pretended*). Pero simultáneamente dice: "con ello, sin embargo, no quisiera decir que la proposición jurídica pueda ser reinterpretada —como algunos han creído— como un enunciado en modo indicativo con respecto de lo que (probablemente) suceda en el futuro. Ello sería, de hecho, pasar por alto la tendencia de la proposición jurídica hacia 'lo que es válido'" (p. 106). Pero si el derecho no es algo debido, no es norma, sino es una realidad, y por ende, conducta fáctica, los enunciados relativos al derecho, en tanto se refieren a la conducta determinada en las normas jurídicas, serán sólo enunciados sobre una conducta que probablemente se producirá en el futuro. "La tendencia de la proposición jurídica" es justamente el sentido del enunciado sobre el derecho. Cuando el sentido de ese enunciado está dirigido hacia "lo que es válido", no puede ser un enunciado sobre un hecho, puesto que un hecho real no es válido. Sólo puede ser un enunciado sobre una norma deóntica, y no el enunciado de que los hombres creen equivocadamente deber comportarse conforme a derecho, sino el enunciado de que deben comportarse conforme a derecho.

La tesis de que la validez deóntica objetiva constituye un elemento esencial del concepto de derecho, no significa, empero, que esa validez se dé en la realidad y que por lo tanto pueda ser verificada como las propiedades sensiblemente perceptibles de un objeto. En este punto, corresponde concordar con Ross, cuando, desde el punto de vista de una consideración de orientación psicológico-sociológica, dice que la *validity* no es "algo objetivamente dado" (p. 77). Pero con ello no dice lo que tampoco afirma la teoría pura del derecho, desde el punto de vista de una consideración orientada hacia lo debido (*das Sollen*). Puesto que ésta subraya enfáticamente que la afirmación: el derecho tiene validez objetiva —es decir: el sentido subjetivo de los actos instauradores de derechos constituye también su sentido objetivo— es sólo una interpretación posible, posible bajo determinados *presupuestos*, pero no necesaria, de esos actos, siendo enteramente posible no otorgar a los actos instauradores de derecho ese sentido. Pero ello no constituye ninguna razón para descalificar el concepto de validez deóntica objetiva del derecho como una equívoca racionalización de la creencia en la autoridad, o en la competencia de la autoridad instauradora de derecho. Este concepto —si es un elemento esencial del concepto de derecho— no es una racionalización de esa creencia, dado que semejante creencia, en la mayoría de los casos en que se presente el fenómeno jurídico, en el sentido que le da la teoría "realista", simplemente no se presenta. Y la racionalización, si es que se trata en realidad de una racionalización, no es errónea. Sólo lo sería cuando la creencia racionalizada fuera equivocada, cuando tuviéramos una

mostró anteriormente,<sup>126</sup> hay múltiples casos en que se consideran válidas normas jurídicas, aunque no sean eficaces, o aun no lo sean. La solución que la teoría pura del derecho propone del problema es: así como la norma deóntica, como sentido del acto real que la implanta, no es idéntica a ese acto, la validez deóntica de una norma jurídica, no es idéntica a su eficacia real; la eficacia del orden jurídico, como un todo, y la eficacia de una norma jurídica aislada son, junto con el acto de instauración normativa, condición de la validez; y la eficacia es condición en el sentido de que un orden jurídico como un todo, y una norma jurídica aislada, no es considerada ya válida, cuando ha cesado de ser eficaz. Tampoco es la eficacia de un orden jurídico, al igual que el hecho de su instauración, fundamento de la validez. Fundamento de la validez es la respuesta a la pregunta por qué las normas de ese orden jurídico deben ser acatadas y aplicadas; es la norma fundante básica presupuesta según la cual debe acatarse y aplicarse la constitución eficaz en términos generales, y, en consecuencia debe actuarse conforme las normas fácticamente promulgadas conforme a esa constitución, que sean en términos generales, eficaces. La instauración y la eficacia son puestas, en la norma fundante básica, como condiciones de la validez; la eficacia en el sentido de que debe agregarse al hecho de la instauración, para que tanto el orden jurídico como un todo, así como cada norma jurídica aislada no pierda su validez. Una condición no puede ser idéntica con lo que condiciona. Así, un hombre, para vivir, tiene que haber nacido; pero para permanecer en vida, debe satisfacerse otras condiciones, como, por ejemplo, debe recibir alimentos. Si esa condición no es cumplida, perderá su vida. Pero la vida no se identifica ni con el nacer, ni con el alimentarse.

En el silogismo normativo fundante de la validez de un orden jurídico, el enunciado deóntico que formula la norma fundante básica ("uno debe comportarse de acuerdo con la constitución fácticamente establecida y eficaz"), constituye la premisa mayor; la premisa menor está dada por la oración enunciativa que enuncia el hecho de que la constitución fue efectivamente establecida y es eficaz, es decir, que las normas implantadas conforme a ella son, en términos generales, aplicadas y acatadas; mientras que la conclusión está dada por la oración deóntica "debes comportarte conforme al orden jurídico", es

creencia errónea. Pero no se trata de una fe falsa, como en el caso de la creencia en la existencia de dioses. Puesto que la creencia en la autoridad de la instancia instauradora de derecho, y ello significa: en la validez deóntica objetiva del derecho, no es creencia en la existencia de esa realidad, que no existe. Se trata de una determinada interpretación del sentido de actos reales. Esa interpretación no puede ser errónea; sólo puede ser infundada. Es fundada, empero, cuando, como muestra la teoría pura del derecho, presupone una norma fundante básica que legitima el sentido subjetivo del acto productor de derecho como su sentido objetivo. Lo que Ross denomina "racionalización errónea" no es otra cosa sino lo que la Teoría pura del derecho verifica como el carácter condicionado de la validez jurídica objetiva.

<sup>126</sup> Cf. *supra*, pp. 11, 92.

decir: el orden jurídico tiene validez. Las normas de un orden jurídico positivo valen *porque* la norma fundante básica, que es regla de base de su producción, es presupuesta como válida, y no por ser ella eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez *cuando* (es decir, mientras) ese orden jurídico sea eficaz. Tan pronto la constitución, y ello significa: el orden jurídico instaurado sobre esa base, pierde como un todo su eficacia, tanto el orden jurídico, como también cada una de sus normas, pierde su validez.

Pero el orden jurídico no pierde su validez porque una norma jurídica aislada pierda su validez, es decir, porque no sea aplicada en general, o en casos particulares. Un orden jurídico es considerado válido, cuando sus normas, en términos generales y a grandes rasgos, son eficaces, es decir, son fácticamente acatadas y aplicadas. Y tampoco pierde su validez una norma jurídica aislada cuando sólo carece de eficacia en casos aislados, es decir, cuando entonces no es acatada o aplicada, aunque deba serlo. Como ya se señaló en otro contexto, es inevitable la posibilidad de una oposición entre lo que una norma estatuye como debido y lo que de hecho acaece, siendo la norma que estatuyera como debido sólo aquello de lo cual de antemano se sabe que tiene que producirse conforme a una ley natural, un sinsentido: semejante norma no sería considerada válida. Por el otro lado, tampoco lo es, aquella que nunca es acatada o aplicada. Y, de hecho, la norma jurídica, al ser duraderamente inaplicada o no acatada, puede perder su validez mediante la llamada *desuetudo*, o desuso. La *desuetudo* es una suerte de costumbre negativa, cuya función esencial reside en eliminar la validez de una norma existente. Si la costumbre, en general, es un hecho productor de derecho, entonces también el derecho escrito puede ser derogado por un derecho consuetudinario. Si la eficacia, en el sentido desarrollado arriba, es condición de la validez, no sólo del orden jurídico como un todo, sino también de una norma jurídica aislada, entonces la función productora de derecho de la costumbre no puede ser excluida por la legislación escrita, por lo menos en la medida en que se tome en cuenta la función negativa de la *desuetudo*.

La relación que se acaba de exponer entre validez y eficacia se refiere a normas jurídicas generales. Pero también las normas jurídicas individuales, mediante las cuales se ordena, como en el caso de una sentencia judicial o de una resolución administrativa, un acto único de coacción, pierden su validez cuando son dejadas de cumplir duraderamente, permaneciendo así sin eficacia, como ya se expuso en el caso anteriormente evocado de un conflicto entre dos sentencias judiciales.<sup>127</sup>

La eficacia es una condición de la validez, pero no se identifica con ella. Esto debe señalarse con todo énfasis, puesto que siempre se reincide en la tentativa de identificar la validez del derecho con su eficacia; uno se ve llevado a esta identificación porque la misma pareciera simplificar esencialmente el

<sup>127</sup> Cf. *supra*, pp. 211 y ss.

planteo teórico. Pero tal tentativa está necesariamente condenada al fracaso. No sólo porque, como se ve de lo anterior, puede considerarse válido al orden jurídico o a la norma jurídica ineficaces hasta cierto punto, mientras que una norma absolutamente eficaz, que en ninguna circunstancia puede ser violada, no es considerada válida porque no puede tenérsela en general por una norma; sino especialmente porque cuando se afirma la validez, es decir, la existencia específica del derecho, como dada en alguna realidad natural, uno se sitúa fuera de la posibilidad de captar el sentido peculiar con que el derecho se dirige a la realidad, contraponiéndose al hacerlo a ésta, realidad que, sólo en cuanto no es idéntica con la validez del derecho, puede corresponder a éste o contradecirlo. Así como es imposible abstraer de la realidad cuando se determina la validez, igualmente es imposible identificar la validez con la realidad. Si en lugar del concepto de realidad —como eficacia del orden jurídico— se recurre al concepto de poder, el problema de la relación entre validez y eficacia del orden jurídico, pasa a coincidir con el mucho más corriente de la relación entre derecho y poder. Y la solución aquí intentada no es más que la formulación científica exacta de la vieja verdad: el derecho, por cierto, no puede darse sin poder, pero, con todo, no es idéntico al poder. Es, en el sentido de la teoría aquí desarrollada, un determinado orden (u organización) del poder.

h) *La norma fundante básica del derecho internacional*. Si se considera también el orden jurídico internacional en su relación con los órdenes jurídicos estatales particulares, y si se supone —como muchas veces sucede— que el derecho internacional a lo sumo vale frente a un Estado, cuando éste lo reconoce, es decir, cuando el gobierno del Estado, fundándose en la constitución estatal; lo reconoce, entonces puede mantenerse la respuesta dada a la pregunta por el fundamento de validez del derecho: se trata de una norma fundante básica, presupuesta y referida a la constitución vigente del Estado. Puesto que así el derecho internacional no es más que parte integrante del orden jurídico estatal, representado como soberano, cuyo fundamento de validez está dado por la norma fundante básica referida a la constitución vigente. En tanto fundamento de validez de la constitución estatal, ella es simultáneamente el fundamento de validez del derecho internacional reconocido con fundamento en la constitución estatal, es decir, del derecho internacional establecido como válido para el Estado. La situación se modifica, sin embargo, si no se ve en el derecho internacional una parte integrante del orden jurídico estatal, sino un orden jurídico supraordenado a todos los órdenes jurídicos estatales, como un orden jurídico únicamente soberano que delimita a los órdenes estatales en sus respectivos dominios de validez; si no se parte de la primacía del orden jurídico de un Estado, sino de la primacía del orden jurídico internacional.<sup>128</sup> Este orden contiene, en los hechos, una norma que representa el funda-

<sup>128</sup> Cf. *infra*, pp. 336 y ss.

mento de validez de los órdenes jurídicos de los Estados particulares. De ahí que pueda encontrarse el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares en el derecho positivo internacional. Dado que se trata de una norma positiva, y no de una norma meramente presupuesta, la que es fundamento de validez de ese orden jurídico particular. La norma del derecho internacional que representa este fundamento de validez por lo común es descrita en el enunciado que dice que, según el derecho internacional general, el gobierno que ejerce, en forma independiente de otros gobiernos, control efectivo sobre la población de determinado territorio, constituye el gobierno legítimo, configurando el pueblo que vive en ese territorio bajo tal gobierno, un Estado en el sentido del derecho internacional; sin tomar en cuenta, en ello, que ese gobierno ejerza el control efectivo con base en una constitución ya existente previamente, o sólo con base en una constitución establecida revolucionariamente. Traducido al lenguaje jurídico: una norma del derecho internacional general faculta a un individuo, o a un grupo de individuos, con fundamento en una constitución eficaz, a producir y aplicar un orden coactivo normativo, en tanto gobierno legítimo; esa norma legítima así al orden coactivo, para el dominio territorial en que cuenta con fáctica eficacia, como orden jurídico válido, y a la comunidad constituida mediante ese orden coactivo, como un Estado en el sentido del derecho internacional; sin atender a que ese gobierno haya logrado el poder conforme a una constitución ya existente o por vías revolucionarias. Ese poder tiene que ser visto, según el derecho internacional, como un poder jurídico. Ello significa que el derecho internacional legitima la revolución triunfante como un procedimiento de producción de derecho. Si así, el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares es reconocido en una norma positiva del derecho internacional, en su aplicación a la constitución del Estado —sobre cuya base se ha erigido el orden jurídico estatal particular—, el problema de la norma fundante básica queda desplazado. Puesto que el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares ya no se encontrará en una norma presupuesta, sino en una norma jurídica positiva, implantada efectivamente, del derecho internacional; se plantea entonces la pregunta acerca del fundamento de validez de esa norma, y, también, la pregunta por el fundamento de validez del orden jurídico internacional, integrado por la norma en que reposa la autoridad del orden jurídico de cada Estado, la norma en que cada orden jurídico encuentra su fundamento de validez inmediato, aunque no último. Este último fundamento de validez sólo puede constituirlo la norma fundante básica del derecho internacional, que, de ese modo, es el fundamento de validez mediato del orden jurídico estatal. En tanto auténtica norma fundante básica, no es una norma impuesta, sino una norma presupuesta.

Establece los presupuestos bajo los cuales pueden considerarse como normas jurídicas obligatorias para los Estados, las normas eficaces, en términos generales, del llamado derecho internacional general, que regula las relaciones recíprocas de todos los Estados. Estas normas son producidas por vía de una costumbre constituida por el comportamiento efectivo de los Estados, es decir, por la conducta de los hombres que, según los órdenes jurídicos estatales, actúan como gobierno. Si cabe interpretarlas como normas jurídicas obligatorias para los Estados, es porque se presupone una norma fundante básica que establece a la costumbre de los Estados como un hecho productor de derecho. Reza: los Estados —es decir, los gobiernos estatales— deben comportarse en sus relaciones recíprocas, o bien la coacción de un Estado contra otro, debe ejercerse bajo las condiciones y en la manera que corresponda conforme a una costumbre interestatal dada.<sup>129</sup> Esta es la constitución lógico-jurídica del derecho internacional.<sup>130</sup>

Una de las normas del derecho internacional general, producida por la costumbre, faculta a los Estados a regular sus relaciones recíprocas mediante tratados. En esta norma, producida consuetudinariamente, encuentran las normas jurídicas, del derecho internacional, producidas convencionalmente su fundamento de validez. Corrientemente se la formula diciendo: *pacta sunt servanda*. En la norma fundante presupuesta del derecho internacional, que establece a la costumbre de los Estados como un hecho productor de derecho, se expresa un principio que es el presupuesto fundante de todo derecho consuetudinario: el particular debe comportarse como los demás, considerando que así deben hacerlo, suelen comportarse, principio aplicado al comportamiento recíproco de los Estados, es decir, a la conducta de los hombres que, según el orden jurídico del Estado, son calificados de alguna manera como órganos, y, propiamente, como órganos gubernamentales.<sup>131</sup>

Tampoco se encuentra en la norma fundante básica del derecho internacional la afirmación de ningún valor trascendente al derecho positivo; ni siquiera del valor de la paz que garantizaría el derecho internacional general producido por vía de la costumbre, y el derecho internacional particular producido con base en la norma jurídica que permite celebrar convenios. El derecho internacional y, presuponiendo su primacía, los órdenes jurídicos de cada Estado a él subordinado, valen porque y en tanto hacen efectivo el valor de la paz. Pueden hacerlo efectivo, cuando y en tanto tengan validez; pero

<sup>129</sup> Con respecto del hecho de la costumbre interestatal, cf. *infra*, pp. 323 y ss.

<sup>130</sup> Para la cuestión de por qué no puede admitirse ninguna norma jurídica positiva, producida consuetudinariamente, que instaure como hecho productor de derecho el hecho de la costumbre interestatal, cf., *infra*, p. 332.

<sup>131</sup> La doctrina sustentada por algunos autores —y originalmente también por mí— de que debería considerarse a la norma *pacta sunt servanda* como el fundamento del derecho internacional, la rechazo puesto que sólo cabe mantenerla recurriendo a la ficción de que la costumbre de los estados es un contrato tácito.

valen cuando se presupone la norma fundante básica que establece a la costumbre interestatal como un hecho productor de normas, sea cual fuere el contenido de las normas así producidas. Si se encuentra, entonces, el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales en una norma del orden jurídico internacional, éste tiene que ser pensado como un orden jurídico superior a aquéllos, y, también, como el orden jurídico supremo y soberano. Si se caracteriza aún a los Estados —es decir, a los órdenes jurídicos estatales— como “soberanos”, esta “soberanía” de los Estados sólo puede significar que los órdenes jurídicos estatales están sólo sometidos al orden jurídico internacional, o, expresándolo con la terminología usual, que los Estados son comunidades dependientes inmediatamente del derecho internacional.

i) *La teoría de la norma fundante básica y la doctrina del derecho natural.* Si la cuestión del fundamento de validez del derecho positivo, es decir, la pregunta de por qué deben aplicarse y acatarse las normas de un orden coactivo, buscara una justificación ético-política de tal orden coactivo y un patrón firme para poder juzgar a un orden jurídico positivo como justo, y, por ende, como válido, o como injusto, y, por ende, como inválido, entonces la norma fundante básica establecida por la teoría pura del derecho no provee de tal justificación, ni de semejante patrón. Ya que el derecho positivo sólo queda justificado —como ya se señalara<sup>132</sup>— mediante una norma, o un orden normativo, conforme al cual el derecho positivo, por su contenido, puede corresponder o no corresponder, es decir, ser no sólo justo, sino también injusto. Pero la norma fundamental que la teoría pura del derecho establece como condición de la validez objetiva del derecho, sirve de fundamento a la validez de todo orden jurídico positivo, es decir, del orden coactivo, eficaz en general, instaurado mediante actos humanos. La teoría pura del derecho, como corresponde a una teoría jurídica positivista, no puede sostener que un orden jurídico positivo no corresponda a su norma básica, y que, por ende, no tenga que ser considerado válido. El contenido de un orden jurídico positivo es enteramente independiente de su norma fundante básica. Puesto que, como debe subrayarse enfáticamente, de la norma fundante cabe derivar solamente la validez, pero no el contenido del orden jurídico. Todo orden coactivo eficaz en términos generales puede ser interpretado como un orden normativo objetivamente válido. No se puede negar validez a ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas. Este es un elemento esencial del positivismo jurídico; y justamente en su teoría de la norma fundante básica demuestra la teoría pura del derecho ser una doctrina jurídica positivista. Describe el derecho positivo, es decir, cualquier orden coactivo eficaz en términos generales, como un orden normativo objetivamente válido, estableciendo que esa interpretación sólo es posible bajo condición de que se presuponga una norma fundante básica

<sup>132</sup> Cf. *supra*, pp. 69 y ss.

según la cual el sentido subjetivo de los actos productores de derecho, también sea su sentido objetivo. Caracteriza así esa interpretación como una interpretación posible, no como una interpretación necesaria, y plantea la validez objetiva del derecho positivo como condicionada, condicionada por el presupuesto de la norma fundante básica. Decir que la norma fundante de un orden jurídico positivo sólo puede ser presupuesta, pero no que tenga que ser presupuesta, significa que pueden interpretarse las relaciones que interesan entre los hombres, como obligaciones, facultamientos, derechos, competencias, etcétera, constituidos mediante normas jurídicas objetivamente válidas, pero que no es necesario interpretarlas así. Cabe interpretarlas incondicionalmente, es decir, sin presuponer la norma fundante básica, como relaciones de poder, como relaciones entre hombres que mandan, y hombres que obedecen o que no obedecen; es decir, cabe interpretarlas sociológicamente, no jurídicamente.<sup>133</sup> Dado que la norma fundante básica, como se mostró, en tanto norma pensada para fundar la validez del derecho positivo, sólo es la condición lógico-trascendental de esa interpretación normativa, no desempeña ninguna función ético-política, sino una función teórica de conocimiento.<sup>134</sup>

Una doctrina iusnaturalista coherente se diferencia de una doctrina jurídica positivista en que busca el fundamento de validez del derecho positivo, es decir, de un orden coactivo eficaz en términos generales, en un derecho natural diferente del derecho positivo, y, por lo tanto, en una norma u orden normativo con el cual el derecho positivo puede, o no, corresponder en lo que hace a su contenido; de suerte que cuando el derecho positivo no se adecua a esa norma, o a ese orden normativo, tiene que ser visto como inválido. Conforme a una auténtica doctrina del derecho natural, por consiguiente, no puede interpretarse a cualquier orden coactivo —a diferencia de lo que

<sup>133</sup> El ejemplo que anteriormente elegía para ejemplificar el presupuesto sólo posible y no necesario, de la norma fundante, es equivoco. El anarquista rechaza al derecho, como orden coactivo, emocionalmente, lo desprecia, aspira a una comunidad constituida sin un orden coactivo, una comunidad libre de coacción. El anarquismo es una actitud política, fundada en determinado deseo. La interpretación sociológica, que no presupone la norma fundante básica, es una actitud teórica. También un anarquista, como jurista, puede describir un derecho positivo como un sistema de normas válidas, sin aprobarlo. Algunos libros de texto en que se describe un sistema de normas constitutivo de obligaciones, facultamientos, derechos y competencias, fueron escritos por juristas que menospreciaban políticamente esos órdenes jurídicos.

<sup>134</sup> De ahí que la doctrina de la norma fundante básica no sea —como a veces se la ha pensado erróneamente— una teoría del reconocimiento. Esta sostiene que el derecho positivo vale cuando es reconocido por los individuos a él sujetos, es decir, cuando esos individuos quieren que uno deba comportarse conforme con las normas del derecho positivo. Este reconocimiento es afirmado como fácticamente dado, y, si no se puede verificarlo, se le supone como un reconocimiento “tácito”. La teoría del reconocimiento presupone —consciente o inconscientemente— el ideal de la libertad individual como autodeterminación, es decir la norma que dice: el individuo debe solamente, lo que él mismo quiere. Esta es la norma básica de esa teoría. La diferencia entre ella y la teoría de la norma fundante básica de un orden jurídico positivo, asumida por la Teoría pura del derecho, es innegable.

hace la teoría pura del derecho como teoría jurídica positivista—, eficaz en términos generales, como un orden normativo objetivamente válido. La posibilidad de un conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo, esto es, entre el derecho natural y un orden coactivo eficaz, incluye la posibilidad de tener que considerar ese orden coactivo como carente de validez. Sólo en la medida en que el derecho positivo, es decir, un orden coactivo eficaz en términos generales, puede corresponder o no corresponder, por su contenido, al derecho natural; esto es, en la medida en que el derecho positivo puede ser no sólo justo, sino también injusto y, por ende, inválido, puede el derecho natural servir como patrón ético-político del derecho positivo, y, por lo tanto, como una posible justificación ético-política del derecho positivo. Allí reside justamente la función esencial del derecho natural. La teoría del derecho que se caracteriza a sí misma como iusnaturalista y que formula el fundamento de validez de la norma u orden normativo representativos del derecho positivo, excluyendo un conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo, en tanto, por ejemplo, afirma que la naturaleza ordena obedecer a todo orden jurídico positivo, sea cual fuere el comportamiento que ese orden prescriba, se autoelimina como una doctrina del derecho natural, es decir, como una doctrina sobre la justicia. Abandona así la función esencial al derecho natural de constituir un patrón ético-político, y, también, una posible justificación del derecho positivo.

En que, conforme a una doctrina jurídica positivista, la validez del derecho positivo descansa en una norma fundante básica, que no constituye una norma impuesta, sino una norma presupuesta, es decir, en una norma que no es norma alguna del derecho positivo cuya validez ella funda; y en tanto también la doctrina del derecho natural hace descansar la validez del derecho positivo en una norma que no es norma del derecho positivo, en cuyo respecto funciona como patrón axiológico, puede verse cierto límite trazado al principio del positivismo jurídico, pudiendo caracterizarse la distinción entre la doctrina positivista del derecho, y una doctrina iusnaturalista, como una diferencia meramente relativa, y no absoluta. Pero la diferencia entre ambas es lo suficientemente grande como para excluir la concepción que ignora esa diferencia y que sostiene que la teoría positivista representada por la teoría pura del derecho, en relación con la norma fundante básica, sea una doctrina iusnaturalista.<sup>135</sup>

j) *La norma fundante del derecho natural.* Dado que la teoría pura del derecho, como teoría positivista del derecho, no da con su norma fundante básica del derecho positivo ningún patrón para la justicia o injusticia de ese

<sup>135</sup> Al utilizar ocasionalmente la expresión, no muy feliz, de "derecho natural lógico-jurídico" contemplaba la función gnoseológico-teórica, y no la función ético-política, de la norma básica. En relación con la interpretación de la teoría pura del derecho como doctrina iusnaturalista, cf. *Die Normen der Gerechtigkeit*, párrafo 51.

derecho, no cumpliendo ninguna justificación ético-política del mismo, muy frecuentemente se la juzga como insatisfactoria. Lo que se busca es un criterio para evaluar al derecho positivo como justo o injusto, y, sobre todo, un criterio para justificarlo en tanto derecho justo. Semejante criterio firme sólo puede prestarlo una doctrina iusnaturalista, si las normas del derecho natural que expone, que prescriben determinada conducta como justa, poseen la validez absoluta que pretenden, es decir, si excluyen la posibilidad de la validez de normas que prescriban, como justa, la conducta contrapuesta. La historia de la doctrina del derecho natural muestra, sin embargo, que tal no es el caso. Tan pronto la doctrina iusnaturalista pasa a determinar el contenido de las normas deducidas de la naturaleza, como inmanentes a ésta, incurre en las más agudas oposiciones. Sus representantes no proclaman un derecho natural, sino varios muy diferentes, entre sí contradictorios. Ello, sobre todo, en lo que atañe a las cuestiones fundamentales de la propiedad y de la forma del Estado. Conforme a una doctrina iusnaturalista, sólo es "natural" la propiedad privada particular, mientras que para otra, sólo la propiedad colectiva; conforme a una, sólo la democracia, mientras que para la otra lo "natural" es la autocracia, donde por "natural" se entiende justa. Todo derecho positivo que corresponde al derecho natural de una de esas doctrinas y que, por lo tanto, es juzgado justo, contradice al derecho natural de la otra, siendo en consecuencia, considerado injusto. La doctrina del derecho natural, cuando ha sido efectivamente desarrollada, no pudiendo desenvolverse de otro modo, está muy lejos de ofrecer el criterio firme que de ella se esperaba.

Pero también la suposición de que la doctrina del derecho natural pudiera dar una respuesta incondicionada a la pregunta por el fundamento de validez del derecho positivo, reposa en un error. Semejante doctrina ve el fundamento de validez del derecho positivo en el derecho natural, es decir, en un orden instaurado por una autoridad naturalmente suprema, puesta por encima del legislador humano. En este sentido, también el derecho natural es un derecho impuesto, es decir, positivo; sólo que no se trata de un derecho establecido por una voluntad humana, sino por una voluntad sobrehumana. Una doctrina iusnaturalista puede, por cierto, sostener —aunque no podría demostrarlo— que la naturaleza ordena que los hombres deban comportarse de determinada manera. Pero como un hecho no puede ser fundamento de validez de una norma, una doctrina iusnaturalista lógicamente correcta no puede negar que sólo cabe interpretar como válido al derecho correspondiente al derecho natural, si se presupone una norma que diga: deben obedecerse las órdenes de la naturaleza. Esta es la norma fundante básica del derecho natural. También la doctrina del derecho natural tiene que dar, a la pregunta por el fundamento de validez del derecho positivo, una respuesta condicionada. Si afirmara que la norma que obliga a obedecer las órdenes de la naturaleza fuera inmediatamente evidente, se equivocaría. Esta afirmación es inadmi-



sible. No sólo en general, por no haber ninguna norma inmediatamente evidente relativa a la conducta humana, sino, en especial, porque esa norma, mucho menos que cualquier otra, no podría ser afirmada como inmediatamente evidente. Ya que, para la ciencia, la naturaleza es un sistema de elementos determinados por leyes causales. La naturaleza carece de voluntad y mal puede, por ende, instaurar normas. Las normas sólo pueden ser supuestas como inmanentes a la naturaleza, cuando se supone que en la naturaleza se da la voluntad de dios. Que dios, en la naturaleza como manifestación de su voluntad —o de alguna otra manera— ordene a los hombres comportarse de determinada manera, es un supuesto metafísico que no puede ser admitido por la ciencia en general y, en especial, por una ciencia jurídica, dado que el conocimiento científico no puede tener por objeto un acontecimiento afirmado más allá de toda experiencia posible.

### 35. La construcción escalonada del orden jurídico

a) *La constitución.* En lo anterior repetidas veces se apuntó la peculiaridad del derecho de regular su propia producción. Ello puede acaecer de manera que una norma sólo prescriba el procedimiento mediante el cual se produce otra norma. Es también posible, sin embargo, en qué al hacerlo —y hasta cierto grado— también se determine el contenido de la norma producida. Dado que, atento el carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción.

Si, por de pronto, se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la constitución. Por constitución se entiende aquí, la constitución en un sentido material, es decir: con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales. Esa constitución puede haber sido producida por vía de la costumbre, o por un acto a ello dirigido de uno o varios individuos, es decir,

mediante un acto legislativo. Dado que, en este segundo caso, siempre queda vertida en un documento, se suele hablar de una constitución “escrita”, para distinguirla de la constitución no escrita producida por la costumbre. La constitución material puede estar formada también en parte por normas escritas, y en parte, por normas de un derecho no escrito, producido consuetudinariamente. Las normas no escritas, producidas consuetudinariamente, de la constitución, pueden ser codificadas, convirtiéndose, cuando esa codificación es efectuada por un órgano productor de derecho, teniendo así carácter obligatorio, en una constitución escrita.

De la constitución en sentido material, corresponde distinguir la constitución en sentido formal, esto es, el documento denominado “constitución” que, como constitución escrita, no sólo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino sólo bajo condiciones más difíciles mediante un procedimiento especial. Estas disposiciones configuran la forma constitución que, como forma, puede recibir cualquier contenido, sirviendo en primer término para estabilizar las normas que aquí designamos como constitución material, y que constituyen el fundamento jurídico-positivo de todo el orden jurídico estatal.

La producción de normas jurídicas generales, reguladas por la constitución en sentido material, tiene, dentro de los órdenes jurídicos estatales modernos, el carácter de una legislación. Su regulación por la constitución implica la determinación de los órganos facultados para la producción de normas jurídicas generales, sean leyes u ordenanzas. Si se considera que los tribunales están facultados también para aplicar el derecho consuetudinario, necesitan estar autorizados a ello por la constitución; de igual modo, que lo están para aplicar las leyes. Es decir; la constitución tiene que instaurar a la costumbre, constituida por el comportamiento habitual de los individuos —ciudadanos o súbditos— sometidos al orden jurídico estatal, como un hecho productor de derecho. Si la aplicación de la costumbre por los tribunales es vista como conforme a derecho, aunque la constitución escrita no contenga facultamiento alguno al respecto, resultará que esa autorización —como veremos más adelante—<sup>136</sup> no puede estar dada en una norma de la constitución no escrita, surgida consuetudinariamente, sino que tiene también que ser *presupuesta*, así como se presupone que la constitución escrita reviste el carácter de norma obligatoria, si se considera que las leyes y ordenanzas dictadas de conformidad con ellas son normas jurídicas obligatorias. Entonces, la norma fundante básica —en tanto constitución en sentido lógico-jurídico— establece no sólo el acto del constituyente, como hecho productor de derecho, sino también a la

<sup>136</sup> Cf. *infra*, p. 232.

costumbre constituida por la conducta de los sujetos sometidos al orden jurídico producido conforme a la constitución.

La constitución del Estado puede aparecer, como constitución escrita, en la forma constitucional específica, es decir, como normas que no pueden ser derogadas o modificadas mediante las leyes usuales, sino sólo bajo condiciones más difíciles. Pero tal cosa no es necesaria; así, no sucede cuando no hay constitución escrita alguna, cuando la constitución ha surgido por vía de la costumbre, es decir, por el comportamiento consuetudinario de los individuos sometidos al orden jurídico estatal y, también, cuando no está codificada. Entonces también las normas que revisten el carácter de constitución material pueden ser derogadas o modificadas por simples leyes o por el derecho consuetudinario.

Es posible que el órgano competente para la promulgación, derogación y enmienda de las leyes constitucionales en el específico sentido formal, sea diferente del órgano competente para promulgar, derogar y enmendar leyes usuales. Para la primera función mencionada puede convocarse un órgano competente particular, diferente, por una constitución y por el procedimiento de elección, del órgano competente para la segunda función mencionada, sea, por ejemplo, una asamblea constituyente (o, más correctamente: legisladora constituyente). Pero, por lo común, ambas funciones son desempeñadas por el mismo órgano.

La constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir, o excluir ciertos contenidos. En el primer caso, sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería difícil enlazar una sanción a la falta de leyes del contenido prescripto. Más eficaz es, en cambio, excluir por la constitución leyes de determinados contenidos. El típico catálogo de derechos y libertades fundamentales, que es parte integrante de las constituciones modernas, no es, en lo esencial, sino una tentativa de impedir que tales leyes puedan producirse. Tiene eficacia cuando la promulgación de una ley tal —sea una ley que lesione la denominada libertad personal, o la libertad de conciencia o la igualdad— sea puesta bajo la responsabilidad personal de determinados órganos intervinientes en la promulgación: jefe del Estado, ministro; o bien, cuando cabe la posibilidad de cuestionar y anular semejante ley. Todo ello bajo el presupuesto de que la simple ley no tenga fuerza como para derogar la norma constitucional que determina su producción y su contenido; es decir, cuando la norma constitucional sólo pudiera ser modificada o suprimida bajo condiciones más difíciles, como la de contar con una mayoría calificada, un quórum más elevado, etcétera; es decir, que la constitución prescriba para su modificación o supresión un procedimiento distinto del procedimiento legislativo corriente, un procedimiento más

difícil; o sea, que junto a las formalidades legales propiamente dichas, existan formalidades constitucionales.

b) *Legislación y costumbre.* El nivel siguiente a la constitución está constituido por las normas jurídicas generales producidas por vía legislativa o consuetudinaria. Las constituciones de los Estados modernos establecen, casi sin excepciones, órganos legislativos especiales, competentes para producir normas generales aplicables por los tribunales y los organismos administrativos, de suerte que al escalón de los procedimientos constituyentes, sigue el escalón de la legislación, y a éste le sigue el de los procedimientos judiciales y administrativos. Con todo, esta articulación en tres niveles no es inevitable. Es posible que la constitución no prevea ningún órgano legislativo especial, estando los tribunales y organismos administrativos inmediatamente facultados por la constitución para producir ellos mismos las normas que aplicarán en los casos concretos, por considerarlas adecuadas o justas. De esta posibilidad hablaremos más adelante. En lo que sigue, sólo se considerará, por de pronto, el caso normal: un orden jurídico que establece un órgano legislativo especial. La integración y constitución del órgano legislativo es uno de los factores más importantes que determinan la denominada forma del Estado. Si tenemos a un individuo único, sea un monarca hereditario o un dictador llegado al poder revolucionariamente, contaremos con una autocracia; si se trata de la asamblea de todo el pueblo, o de un parlamento elegido por el pueblo, tendremos una democracia. Sólo en el caso de una legislación democrática se necesita de disposiciones que regulen el procedimiento legislativo, lo que aquí significa, que regulen la participación en las asambleas populares, o en las elecciones parlamentarias, el número de sus componentes, la forma en que adopta sus decisiones, etcétera. Todas estas disposiciones pertenecen a la constitución en el sentido material, aun cuando no siempre revisten la forma constitucional, apareciendo como simples leyes. Si junto al órgano corriente de legislación existe un órgano distinto de aquél con competencia para dictar normas constitucionales, y si en una ley con fuerza constitucional de este último órgano —por ejemplo una ley que modifique el procedimiento legislativo— se facultara al órgano legislativo corriente para establecer, mediante una simple ley, los procedimientos electorales, tendríamos que el escalón de la constitución material se dividiría a su vez en dos gradas.

Las normas jurídicas generales producidas por vía legislativa son normas conscientemente impuestas, es decir, normas promulgadas por escrito. Los actos constitutivos del hecho de la legislación son actos de producción de normas, de instauración de normas; es decir, su sentido subjetivo es un deber ser. La constitución erige ese sentido subjetivo en un significado objetivo, el hecho de la legislación es instaurado como un hecho productor de derecho. Pero la constitución puede también establecer como hecho creador de derecho un hecho consuetudinario específicamente caracterizado. Ese hecho, como ya se expuso

anteriormente,<sup>137</sup> se reconoce en cuanto los hombres pertenecientes a una comunidad jurídica se comportan bajo ciertas condiciones iguales, en manera determinada igual; en que ese comportamiento se produce durante un tiempo suficientemente largo; que de ese modo, con la costumbre que los individuos constituyen con su actuación, surge la voluntad colectiva de que así debe uno comportarse. Entonces, el sentido subjetivo del hecho constitutivo de la costumbre es un deber; el sentido de que de ese modo debe uno comportarse según costumbre. En tanto norma jurídica válida objetivamente, el sentido subjetivo del hecho consuetudinario sólo puede ser interpretado en tanto el hecho así caracterizado es instaurado en la constitución como un hecho productor de normas.

Siguiendo a la jurisprudencia tradicional,<sup>138</sup> se supone que la *opinio necessitatis* constituye un elemento esencial del hecho consuetudinario. Ello significa que los actos constitutivos de la costumbre tienen que producirse bajo la idea que deben efectuarse. Esta opinión supone, empero, un acto volitivo individual o colectivo, cuyo sentido subjetivo sea que uno debe comportarse conforme a la costumbre. Cuando el derecho consuetudinario, así como el derecho legislado, es derecho positivo, esto es, un derecho impuesto, tiene que haber un acto de voluntad, individual o colectivo, cuyo sentido subjetivo sea un deber, que pueda ser interpretado como una norma válida objetivamente, como derecho consuetudinario.

Como ya se subrayó anteriormente, el derecho consuetudinario sólo puede ser aplicado por los órganos de aplicación del derecho, cuando puede considerarse que esos órganos están facultados para ello. Si tal autorización no estuviera concedida por la constitución, en sentido jurídico-positivo; es decir, si la costumbre calificada no es instaurada por la constitución jurídico-positiva como un hecho productor de derecho, entonces, debería considerarse conforme a derecho la aplicación del derecho consuetudinario y, en especial, la aplicación de un derecho consuetudinario que derogue el derecho legislado, sólo de admitirse que la instauración de la costumbre como un hecho productor de derecho se ha cumplido ya en la norma fundante básica, como constitución en sentido lógico-jurídico. Es decir, tiene que darse por presupuesta una norma fundante básica que no sólo establezca como hecho productor de derecho al hecho constituyente, sino también al hecho de una costumbre calificada.

Así sucede cuando la constitución de una comunidad jurídica aparece no por vía de una legislación escrita, sino por vía de la costumbre, estando los órganos de aplicación del derecho facultados para aplicar el derecho consuetudinario. Esta situación no puede ser interpretada como si la costumbre fuera esta-

<sup>137</sup> Cf. *supra*, pp. 23, 54 y ss.

<sup>138</sup> Con respecto del origen de la doctrina sobre la *opinio necessitatis*, cf. Paul Guggenheim, *Contribution à l'histoire des sources du droit des gens*, Académie de droit international, Recueil des Cours, t. 94, 1958, II, p. 52.

blecida como hecho productor de derecho por la constitución producida consuetudinariamente, en tanto constitución consuetudinaria jurídico-positiva. Ello constituiría una *petitio principii*. Puesto que si la constitución jurídico-positiva, es decir, la norma que regula la producción de normas generales, puede ser producida por vía de costumbre, tiene que presuponerse ya que la costumbre es un hecho productor de derecho. Pero este presupuesto sólo puede ser la norma fundante básica misma, que es la constitución en sentido lógico-jurídico. Tenemos entonces el caso anteriormente mencionado,<sup>139</sup> de que la norma fundante básica, como constitución en sentido lógico-jurídico, no se refiere inmediatamente a una constitución en sentido jurídico-positivo, y sólo mediatamente al orden jurídico establecido conforme a ella, sino que se refiere inmediatamente a ese orden jurídico producido consuetudinariamente. Ello acaece especialmente en relación con la norma fundante básica del orden jurídico internacional general, cuyas normas son producidas por vía de la costumbre de los Estados y son aplicadas por los órganos de cada Estado.<sup>140</sup>

El derecho legislado y el derecho consuetudinario se derogan recíprocamente según el principio de la *lex posterior*. Mientras, sin embargo, que una norma constitucional, en sentido formal, no puede ser eliminada o enmendada por una ley simple, sino sólo mediante una norma de nivel constitucional, el derecho consuetudinario tiene efecto derogatorio también con respecto de una norma constitucional formal, hasta con respecto de la norma constitucional que expresamente excluya la aplicación del derecho consuetudinario.

La concepción que ve en la costumbre un hecho productor de derecho se sitúa frente a otra que no da a este hecho un carácter constitutivo, sino sólo un carácter declarativo. Como decía Savigny, "la costumbre es el rasgo distintivo del derecho positivo, pero no el fundamento de su aparición".<sup>141</sup> Así se expresa la teoría representada por la Escuela Histórica Alemana, de que el derecho no es producido ni por la legislación, ni por la costumbre, sino por el espíritu del pueblo, de suerte que tanto el uno como el otro de esos procedimientos de producción de derecho sólo permiten establecer la existencia de un derecho que ya es válido con anterioridad. La misma teoría es tomada por la teoría sociológica del derecho francés, con la diferencia que el derecho no es producido por el espíritu del pueblo, sino por la llamada *solidarité sociale*.<sup>142</sup>

Según ambas teorías, el derecho declarativamente establecido, y no producido, por la legislación o la costumbre, puede pretender validez en tanto y en cuanto es reproducción de un derecho preexistente. Ambas teorías son, en el fondo, variaciones de la doctrina del derecho natural, cuyo dualismo, entre

<sup>139</sup> Cf. *supra*, p. 204.

<sup>140</sup> Cf. *supra*, pp. 221 y ss.

<sup>141</sup> Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840, p. 35.

<sup>142</sup> Cf. León Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, pp. 80 y ss, y 616.

un derecho naturalmente producido y un derecho producido por los hombres, reflejan en el dualismo de un derecho producido por el espíritu del pueblo, o por la solidaridad social, y un derecho reproducido mediante la legislación y la costumbre. Lo que se dijo contra aquella doctrina, puede argumentarse contra las dos otras. Desde el punto de vista de una doctrina positivista del derecho, que no puede admitir ni la existencia de un espíritu popular imaginario, ni la de una "solidaridad social" igualmente imaginaria, la función constitutiva, es decir, productora de derecho de la costumbre es tan poco susceptible de dudas, con la de la legislación.

La pregunta de si efectivamente se ha dado el hecho de una costumbre productora de derecho, sólo puede ser resuelta por el órgano de aplicación del derecho. De ahí se ha concluido que la regla que expresa el comportamiento consuetudinario de los hombres, sólo se convierte en norma jurídica a través de su reconocimiento por el tribunal que la aplica, y que, por consiguiente, las normas del derecho consuetudinario son producidas solamente por los tribunales. Sin embargo, la relación del órgano jurídico de aplicación, especialmente, los tribunales, con las normas del derecho consuetudinario, no es distinta a la que tienen con las normas del derecho legislado. Puesto que así como el órgano que tiene que aplicar una norma producida consuetudinariamente, debe establecer el hecho de la costumbre, es decir, resolver el interrogante de si efectivamente por costumbre se produjo la norma que tiene que aplicar, el órgano que debe aplicar una norma producida por vía legislativa, tiene que establecer el hecho de su promulgación legislativa, es decir, resolver el interrogante de si por vía legislativa se produjo la norma que le corresponde aplicar. Esta pregunta puede ser más fácil de resolver en el segundo caso, por lo cual aparece con menos claridad en la conciencia de esos órganos, que la pregunta de si una norma ha surgido por vía consuetudinaria, especialmente cuando las leyes son publicadas en una publicación oficial. Pero la función del órgano aplicador de derecho de establecer la existencia de la norma aplicable y, por ende, su producción conforme a la constitución, es en ambos casos la misma. Y en ambos casos existe ya una norma jurídica general producida antes del acto de aplicación de derecho. La determinación del hecho, por parte del órgano de aplicación, es, por cierto, como ya lo expondremos más minuciosamente, constitutiva; pero esta determinación constitutiva se produce con fuerza retroactiva. El hecho vale a partir del momento establecido por el órgano de aplicación, y no justamente a partir del momento en que el órgano lo establece.<sup>143</sup>

La validez del derecho consuetudinario, en el seno de una comunidad jurídica, se encuentra limitado, en tanto la aplicación de las normas generales producidas consuetudinariamente se efectúa sólo a través de normas jurídicas escritas, dado que las normas individuales que dicten los órganos de aplicación

<sup>143</sup> Cf. *infra*, p. 245.

sólo se producen, especialmente donde ya existen tribunales, mediante las sentencias judiciales que representan normas individuales.<sup>144</sup>

Una diferencia, políticamente más significativa, entre el derecho legislado y el derecho consuetudinario, reside en que el primero es producido por vía de un procedimiento relativamente centralizado, mientras que el segundo lo es por un procedimiento relativamente descentralizado. Las leyes son creadas por órganos especiales establecidos con ese fin y funcionan mediante una división del trabajo. Las normas del derecho consuetudinario aparecen a través de determinado comportamiento de los sujetos sometidos al orden jurídico. En el primer caso, la autoridad que produce la norma, y el sujeto sometido a la misma, no son idénticos; en el segundo caso lo son, por lo menos hasta cierto grado. Para que se dé el hecho de una costumbre productora de derecho, no se necesita que todos los individuos que queden obligados o facultados por la norma consuetudinariamente producida, hayan participado en la configuración de la costumbre. Basta que la mayoría indiscutible de los individuos que entren en consideración con respecto de la relación regulada, hayan participado en la configuración de la costumbre, de suerte que es perfectamente posible que haya individuos, obligados por una norma producida consuetudinariamente, que no hayan intervenido en su producción. Esta situación tiene interés, sobre todo, cuando se trata de la norma de un derecho consuetudinario que ha entrado en vigencia desde hace ya mucho tiempo. Por esta razón no es oportuno interpretar el derecho consuetudinario —como sucede a veces, especialmente en relación con el derecho consuetudinario internacional— como un convenio tácito.

c) *Ley y ordenanza reglamentaria*. La grada de la producción —regulada por la constitución— general de derecho, por lo común se encuentra dividida, en la forma positiva de los órdenes de los Estados particulares, en dos o más escalones. Señalaremos aquí sólo la distinción entre ley y ordenanza reglamentaria que tiene especial importancia cuando la constitución delega fundamentalmente la producción de normas jurídicas generales en un parlamento elegido por el pueblo, pero remite, para la formulación más precisa de las leyes, a normas generales producidas por ciertos órganos administrativos; o bien, cuando la constitución autoriza al gobierno, en ciertos casos excepcionales, a dictar, en lugar del parlamento, todas las normas generales necesarias, o algunas de ellas. Las normas generales provenientes de organismos administrativos, y no del parlamento, son designadas ordenanzas reglamentarias, y pueden ser tanto reglamentos de aplicación, o reglamentos con fuerza de ley. A estos últimos se les denomina también ordenanzas o reglamentos con fuerza legal. Así aparece cierta forma propia de las leyes, del mismo modo que teníamos una forma específica para la constitución. Se habla de ley en sentido formal, para

<sup>144</sup> Cf. *infra*, pp. 242 y ss.

- distinguir de la ley en sentido material. Este último término designa a toda norma jurídica general, mientras que el primero alude sea a las normas jurídicas generales que revisten forma de ley —es decir de una norma jurídica general votada por el parlamento y según las típicas disposiciones de la mayoría de las constituciones— publicada de determinada manera; sea de cualquier contenido que aparezca bajo esa forma. La denominación "ley en sentido formal" es, por ello, ambiguo. Unívoco, en cambio, es únicamente el concepto de forma de ley, en el que pueden aparecer no sólo normas generales, sino también otros contenidos, hasta aquellos cuyo sentido subjetivo no es en nada el sentido de normas. Tendremos entonces un contenido con forma de ley, jurídicamente irrelevante. El problema del contenido jurídicamente irrelevante de una forma jurídica y el hecho de que no sólo en los procedimientos legislativos, sino de que en todo procedimiento destinado a la producción de derecho escrito, puedan aparecer contenidos cuyo sentido subjetivo no sea el de una norma general o individual —siendo, por consiguiente, jurídicamente irrelevantes— ya fue tratado en otro contexto.<sup>145</sup>

d) *Derecho sustantivo y derecho formal.* Las normas generales producidas por vía de legislación (como leyes u ordenanzas), o por vía de la costumbre, tienen que ser aplicadas por los órganos competentes para ello, los tribunales y los organismos administrativos. Estos órganos aplicadores de derecho tienen que estar determinados por el orden jurídico, es decir, tiene que determinarse bajo qué condiciones un determinado hombre actúa como tribunal o como funcionario administrativo; pero también tiene que determinarse el procedimiento con el cual ejercerá su función: la aplicación de normas generales. La norma general que enlaza a un hecho determinado en abstracto, una consecuencia también abstractamente determinada, requiere, para poder ser aplicada, individualizarse. Tiene que establecerse si, en concreto, se ha producido el hecho que la norma general determina en abstracto, y, en ese caso concreto, tiene que imponerse un acto coactivo concreto; es decir, tiene previamente que ordenarse, y luego llevarse a cabo el acto coactivo que también se encuentra determinado en abstracto en la norma general. De ahí que la aplicación de una norma general a un caso concreto consista en la producción de una norma individual, en la individualización (o concretización) de la norma general. Y de ahí que la función de la norma general aplicable pueda consistir también en determinar el contenido de la norma individual que será producida por el acto judicial o administrativo, por la sentencia judicial o la resolución administrativa. Las normas generales aplicables por los órganos judiciales y administrativos tienen, por ende, una función doble: 1) determinar esos órganos y los procedimientos que deben observar, y 2) determinar el contenido de las normas individuales producidas en esos procedimientos judiciales o administrativos.

<sup>145</sup> Cf. *supra*, pp. 53 y s.

Estas dos funciones corresponden a ambas categorías de normas jurídicas entre las cuales es usual distinguir: las normas del derecho de forma y las normas del derecho de fondo (o sustantivo, o material). Como derecho de forma se denomina a las normas generales que regulan la organización y la actuación de los organismos judiciales y administrativos, como los llamados códigos de procedimientos civiles y penales, así como el derecho procesal administrativo. Por derecho de fondo, material o sustantivo, se entienden las normas generales que determinan el contenido de los actos judiciales y administrativos, llamadas directamente derecho civil, derecho penal y derecho administrativo, aun cuando las normas que regulan los procedimientos judiciales y administrativos no son menos derecho civil, derecho penal y derecho administrativo. También se suele pensar, por lo común, cuando se habla de las normas aplicables por esos órganos sólo en el derecho civil, penal o administrativo, de fondo (material), aun cuando el derecho civil, penal o administrativo de fondo (material) no pueda ser aplicado sin que se aplique simultáneamente un derecho formal, es decir, el derecho que regula el procedimiento para efectuar el acto judicial o administrativo en el que se aplica el derecho civil, penal o administrativo de fondo (material). El derecho de fondo y de forma están inescindiblemente entrelazados. Sólo en su enlace orgánico configuran el derecho regulador de su propia producción y aplicación. Todo enunciado jurídico que describa en forma completa a este derecho tiene que contener tanto el elemento formal como el material. Un enunciado de derecho penal, muy simplificado, tendría que ser formulado de la siguiente manera: si un individuo incurre en delito determinado por una norma jurídica general, entonces un órgano (un tribunal) determinado por una norma jurídica general deberá ordenar, en un procedimiento determinado en una norma jurídica general, una sanción determinada en la primera norma jurídica general mencionada. Más tarde veremos que se requiere una formulación aún más complicada, a saber: si un órgano, cuya designación está determinada en una norma general, establece en un procedimiento determinado por una norma jurídica general, que se ha producido un hecho al cual una norma jurídica general enlaza determinada sanción, entonces ese órgano debe ordenar, en un procedimiento determinado por una norma general, la sanción determinada por la norma jurídica general previamente mencionada. Esta formulación del enunciado jurídico penal muestra —y allí reposa una función esencial del enunciado jurídico descriptivo del derecho— la conexión sistemática existente entre el llamado derecho de forma y el llamado derecho de fondo; entre la determinación del delito y la sanción, por un lado, y la determinación del órgano de aplicación y sus procedimientos, por el otro.

La relación que se da entre las normas jurídicas generales producidas por promulgación expresa, o por costumbre, y su aplicación por los tribunales o por órganos administrativos, es esencialmente la misma que se da entre la constitución y la producción por ella determinada de normas jurídicas gene-

rales. La producción de normas jurídicas generales es tan aplicación de la constitución, como la aplicación de las normas jurídicas generales por los tribunales y los órganos administrativos, es producción de normas jurídicas individuales. Así como las normas jurídicas generales producidas mediante promulgación expresa, o por costumbre, están determinadas por las normas de la constitución, es decir, por normas de una grada superior, tanto formalmente, como, de ser posible, materialmente, también las normas individuales producidas en los actos judiciales y administrativos se encuentran determinadas por las normas generales producidas expresa o consuetudinariamente, es decir, por normas de una grada superior, formal y materialmente. Pero la relación entre el elemento formal y material es distinto en ambos casos. La constitución (en el sentido material de la palabra) determina, por lo común, sólo el órgano y el procedimiento legislativos, dejando al órgano legislador la determinación del contenido de las leyes. Sólo excepcionalmente determina —y ello con eficacia únicamente en un sentido negativo— el contenido de la ley que se dictará al excluir ciertos contenidos.

En tanto se considere la producción consuetudinaria de derecho, la constitución sólo puede efectuar la delegación del procedimiento que se caracteriza como costumbre. En este respecto, la constitución no puede excluir determinado contenido de las normas producidas consuetudinariamente, puesto que la constitución misma —inclusive la constitución escrita, en sentido formal— puede ser modificada por normas jurídicas producidas consuetudinariamente. Las normas jurídicas generales producidas conforme a la constitución no determinan por lo común solamente al órgano y el procedimiento de su aplicación, sino también —aunque con todo en diferentes medidas— el contenido de las normas individuales que expresan las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas. En el terreno del derecho penal la determinación previa del contenido de la sentencia judicial, por regla general, es tan extenso que sólo se deja un campo libre relativamente limitado a la libre apreciación del tribunal penal en la producción de la norma jurídica individual que su sentencia representa. En el terreno del derecho administrativo, en cambio, este campo es por lo común bastante amplio. Con otras palabras: la constitución representa derecho de forma, derecho procesal, predominantemente, mientras que el escalón inmediatamente subordinado de producción de derecho, representa tanto derecho de forma, como derecho de fondo (material).

e) *Las llamadas "fuentes del derecho"*. La legislación y la costumbre frecuentemente son designados como las dos "fuentes" del derecho, donde por "derecho" se entiende solamente las normas generales del derecho de un Estado. Pero también las normas jurídicas individuales pertenecen al derecho, son tan parte integrante del orden jurídico como las normas generales con base en las cuales han sido producidas. Y si se toma en consideración el derecho interna-

cional general, habría que ver sólo en la costumbre y en los tratados, pero no en la legislación, las "fuentes" de ese derecho.

Fuente de derecho es una expresión metafórica con más de un significado. Cabe designar así no sólo los métodos de producción de derecho arriba mencionados, sino toda norma superior, en su relación con la norma inferior cuya producción regula. De ahí que por fuente de derecho pueda entenderse también al fundamento de validez y, especialmente, al último fundamento de validez, la norma fundante básica de un orden jurídico. Pero, en la práctica, sólo se denomina "fuente" el fundamento de validez jurídico-positivo de una norma jurídica, es decir, la norma superior positiva que regula su producción. En este sentido, la constitución es la fuente, por vía de la legislación o de la costumbre, de las normas jurídicas generales producidas; la norma jurídica general sería la fuente de la sentencia judicial que la aplica representada por una norma individual; y también la sentencia judicial podría ser considerada fuente de las obligaciones y derechos que estatuyen entre las partes litigantes, o de la autorización otorgada al órgano que tiene que ejecutar esa sentencia. En un sentido jurídico-positivo, fuente del derecho sólo puede ser el derecho.

Pero la expresión es utilizada también en un sentido no jurídico, cuando bajo ese nombre se designan todas las representaciones que de hecho influyen sobre la función de producción y de aplicación de derecho, así, especialmente, principios morales y políticos, teorías jurídicas, la opinión de expertos, etcétera. Estas fuentes, con todo, deben ser claramente distinguidas de las fuentes jurídico-positivas. La distinción entre ellas reposa en que éstas son jurídicamente obligatorias, mientras que las otras no, en tanto no haya una norma jurídica positiva que delegue en ellas como fuentes de derecho, es decir, que les dé fuerza obligatoria. Entonces adquieren el carácter de una norma jurídica superior que determina la producción de la norma jurídica inferior. La multiplicidad de sentidos del término "fuente de derecho" hace aparecerlo como realmente inutilizable. Se recomienda emplear, en lugar de esa metáfora fácilmente equívoca, una expresión que designe unívocamente el fenómeno jurídico que se tiene en mira.

f) *Producción, aplicación y acatamiento del derecho*. Como ya se estableció anteriormente, el orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales entre sí entrelazadas en cuanto la producción de cada norma perteneciente a ese sistema se encuentra determinada por otra norma del sistema y, en última instancia, por su norma fundante básica. Una norma pertenece a un orden jurídico solamente por haber sido instaurada conforme a lo que determina otra norma de ese orden. Este regreso conduce, finalmente, a la norma fundante básica que no ha sido establecida conforme a lo determinado por ninguna otra norma, y que, por ende, tiene que ser presupuesta. Si se habla no sólo de un orden jurídico, sino también de una comunidad jurídica constituida por aquél, puede decirse que una norma jurídica pertenece a deter-

minado orden jurídico cuando ha sido producida por un órgano de esa comunidad y, por ende, cuando ha sido producida por esa comunidad. Pero el individuo que ha producido una norma es —como ya se dijo—<sup>146</sup> órgano de la comunidad en tanto y en cuanto su función está determinada por una norma del orden jurídico constitutivo de la comunidad, pudiendo, en consecuencia, atribuírsela a la comunidad. La referencia de la función de producción de derecho a la comunidad jurídica —o mejor: a la unidad del orden jurídico constitutivo de la comunidad jurídica—, la operación intelectual mediante la cual se atribuye la función a la comunidad, reposa en definitiva en la norma jurídica determinante de esa función. Así como la comunidad jurídica no consiste en otra cosa sino en el orden jurídico, la oración que enuncia que una norma pertenece a un orden jurídico por haber sido producida por un órgano de esa comunidad jurídica, no dice otra cosa sino que una norma pertenece a un orden jurídico por haber sido producida conforme a lo determinado por una norma de ese orden jurídico y, en última instancia, conforme a lo determinado por la norma fundante básica de ese orden jurídico. Esta tesis es especialmente significativa cuando se trata de un orden jurídico estatal y, por tanto, cuando se tiene en mira la comunidad jurídica que es el Estado; cuando interesa comprender el verdadero sentido de la afirmación corriente de que es el Estado quien produce el derecho.

Una norma que determina la producción de otra, es aplicada en la producción por ella determinada de la otra norma. Aplicación de derecho es de consuno producción de derecho. Ambos conceptos no expresan, como supone la teoría tradicional, una oposición absoluta. Es erróneo distinguir entre actos de producción y actos de aplicación de derecho. Puesto que si se hace abstracción de los casos límites —la presuposición de la norma básica y la ejecución del acto coactivo—, entre los cuales transcurre el proceso jurídico, todo acto jurídico es simultáneamente la aplicación de una norma superior y la producción, determinada por aquélla, de una norma inferior. Si se considera el orden jurídico estatal, sin atender a un derecho internacional supraordinado, entonces la norma fundante básica determina en los hechos la producción de la constitución, sin ser ella misma aplicación de una norma superior. Pero la producción de la constitución se efectúa aplicando la norma fundante básica. Aplicando la constitución se producen las normas jurídicas generales, por legislación y costumbre; y es en aplicación de estas normas generales que se efectúa la producción de las normas individuales a través de sentencias judiciales y resoluciones administrativas. Sólo la ejecución de los actos coactivos estatuidos por esas normas individuales —este acto postrero en los procesos de producción de derecho— se efectúa aplicando las normas individuales que los determinan, sin ser ella misma producción de una norma. La aplicación del derecho es, pues, produc-

<sup>146</sup> Cf. *supra*, pp. 154 y ss.

ción de una norma inferior fundándose en una norma superior, o ejecución del acto coactivo estatuido en una norma.

Como se indicara ya, la producción de una norma inferior a través de una superior, puede estar determinada en dos direcciones. La norma superior puede determinar tanto el órgano que produzca la norma, como el procedimiento en que se la produzca, pudiendo también determinar el contenido de la norma. Inclusive cuando la norma superior sólo determina el órgano, es decir, el individuo que producirá la norma inferior, dejando a la apreciación de ese órgano la determinación del procedimiento y la determinación del contenido de la norma que debe producirse, la norma superior es aplicada en la producción de la inferior: la determinación del órgano es el mínimo de aquello que tiene que determinarse en la relación entre una norma superior y una inferior. Puesto que la norma que no se encuentra determinada en manera alguna en cuanto a su producción por una norma superior, no puede valer como norma implantada dentro del orden jurídico, no perteneciéndole en consecuencia; y un individuo no puede ser considerado órgano de la comunidad jurídica, sin que su función pueda atribuirse a la comunidad, si no está determinado por una norma del orden jurídico constituyente de la comunidad, lo que significa: cuando no está autorizado a ejercer la función por una norma superior tal. Todo acto de producción de derecho tiene que ser un acto de aplicación de derecho: es decir, tiene que ser aplicación de una norma jurídica previa al acto, para que pueda valer como un acto de la comunidad jurídica. De ahí que deba concebirse la producción de derecho como aplicación de derecho, inclusive cuando la norma superior sólo determina el elemento personal, el individuo, que tiene que cumplir la función de producción de derecho. Esta norma superior, determinante del órgano, es la que recibe aplicación en todo acto de ese órgano. En el Estado ideal de Platón, en el cual los jueces podían resolver todos los casos según su libre apreciación, sin verse limitados por ninguna norma general dictada por el legislador, cada una de esas decisiones constituye, sin embargo, una aplicación de la norma general que determina bajo qué condiciones un individuo está facultado para actuar como juez. Sólo con fundamento en esa norma puede ser visto como juez del Estado ideal, puede atribuirse a ese Estado ideal sus sentencias, como producidas dentro de ese Estado ideal.

La determinación de la producción de una norma inferior por una superior, puede tener diversos grados. Nunca puede ser tan limitada que el acto en cuestión no pueda ser considerado ya como un acto de aplicación de derecho, y tampoco puede ampliarse tanto que el acto ya no pueda ser considerado como un acto de producción de derecho. Inclusive cuando —como sucede en el caso de la sentencia judicial que ha de dictarse fundándose en leyes— no sólo se encuentra determinado el órgano y el procedimiento, sino también el contenido de la sentencia correspondiente, aparece no sólo una aplicación de derecho, sino también una producción de derecho. La pregunta sobre si un acto tiene

carácter de producción o aplicación de derecho depende del grado en que la función del órgano que produce el acto esté predeterminada por el orden jurídico. Hay actos, con todo, que sólo son aplicación de derecho, pero no producción del mismo. Se trata de los actos de que ya se habló mediante los cuales se llevan a cabo los actos coactivos estatuidos por las normas jurídicas; también hay un acto de producción de derecho positivo, que no es aplicación de una norma jurídica positiva, a saber, la instauración de la primera constitución histórica que se produce aplicando la norma fundante básica no impuesta positivamente, sino sólo presupuesta.

La producción y la aplicación de derecho tienen que distinguirse del acatamiento al derecho. Acatamiento aparece con la conducta a cuya contraria está enlazada el acto coactivo sancionatorio. Se trata, sobre todo, de la conducta que evita la sanción, el cumplimiento de la obligación jurídica constituida mediante la sanción. Producción de derecho, aplicación de derecho y acatamiento al derecho son, en el sentido más lato, funciones jurídicas. Pero también el ejercicio de una permisión positiva puede designarse como un acatamiento al derecho. Sólo la producción y la aplicación del derecho son designadas funciones jurídicas, en un sentido más estricto y específico.

#### g) La función judicial

α) *El carácter constitutivo de la sentencia judicial.* La ciencia jurídica tradicional observa la aplicación del derecho, sobre todo, aunque no exclusivamente, en las decisiones de los tribunales civiles o penales que, efectivamente, cuando resuelven un litigio, o aplican una pena a un delincuente, por lo común aplican normas jurídicas generales producidas por vía legislativa o consuetudinaria. Pero, como resulta de lo dicho anteriormente, tenemos también aplicación de derecho en un todo igual en la producción de las normas jurídicas generales a través de la legislación y la costumbre, así como en las resoluciones de los organismos administrativos y, como veremos, en los negocios jurídicos; los tribunales aplican las normas jurídicas generales al dictar normas individuales, determinadas en su contenido por las normas generales, que estatuyen una sanción concreta, sea la ejecución forzosa civil, sea una pena.

Desde el punto de vista de una consideración orientada a la dinámica del derecho, la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la erección de la constitución, y que, pasando por la legislación y la costumbre, lleva a la sentencia judicial y de ésta, a la ejecución de la sanción. Este proceso, en el cual el derecho se autorreproduce permanentemente, va de lo general (o abstracto) a lo individual (o concreto). Se trata de un proceso de una individualización o concretización en incremento ininterrumpido.

Para individualizar la norma general que aplica, el tribunal tiene, por de pronto, que establecer si en el caso que se le presenta aparecen las condiciones

que una norma general determina en abstracto para la aplicación de la consecuencia sancionatoria, se dan en concreto. Esta verificación del hecho condicionante de la consecuencia de lo ilícito, incluye el establecer la norma jurídica general aplicable, es decir, establecer que hay una norma general válida que enlace al hecho dado una sanción. El tribunal no tiene sólo que responder a una *quaestio facti*, a una cuestión de hecho, sino también a la *quaestio iuris*, a la pregunta por el derecho. Luego de haberse cumplido estas dos comprobaciones, tiene el tribunal que ordenar *in concreto* la sanción estatuida *in abstracto* en la norma general. Estas comprobaciones y esta orden constituyen las funciones esenciales de la sentencia judicial. Con todo, entre una sentencia civil y una penal, aparece cierta diferencia en tanto en la primera, por lo común, la sanción concreta sólo es ordenada condicionalmente. El tribunal civil condena al demandado a otorgar determinada prestación a favor del actor, y ordena la sanción sólo bajo condición de que esa prestación no se efectúe dentro de determinado término. En cambio, la imposición de la sanción penal se produce, por lo común, incondicionalmente. Pero también puede ser impuesta condicionalmente haciendo depender su ejecución efectiva de la comisión por el condenado de un nuevo delito dentro de determinado tiempo.

La sentencia judicial no tiene, como se suele suponer, un carácter meramente declaratorio. El tribunal no tiene sólo que descubrir y reformular un derecho ya concluido como creación y fijo, cerrado ya el proceso de su producción. La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación del derecho, y en este sentido, declaratoria. El descubrir el derecho se da solamente en la determinación de la norma general aplicable al caso concreto. Y también esta determinación tiene un carácter, no puramente declaratorio, sino constitutivo. El tribunal que tiene que aplicar en un caso concreto las normas generales válidas de un orden jurídico, debe decidir la cuestión de si la norma que aplicará fue producida constitucionalmente, es decir, por vía de un proceso legislativo determinado por la constitución, o por vía de la costumbre en que la constitución delegara.<sup>147</sup> Este hecho que el tribunal tiene que comprobar es tan condición de la sanción que estatuirá en el caso concreto, como el hecho, que también el tribunal tiene que comprobar, de que se ha cometido un delito. El enunciado jurídico que describe esta situación rezaría, por ejemplo, en el caso de aplicación de una norma penal en un orden jurídico democrático: si el parlamento, elegido constitucionalmente, ha dictado una ley conforme al procedimiento constitucionalmente determinado, en consecuencia de la cual debe castigarse de cierta manera una determinada conducta como un delito, y si el tribunal ha verificado que un hombre determinado ha incurrido en semejante conducta, entonces el tribunal debe aplicar la pena determinada por la ley. Esta formulación del enunciado jurídico dilucida la posición que el

<sup>147</sup> En relación con la limitación jurídico-positiva de este derecho así llamado de examen de los tribunales y de otros órganos de aplicación del derecho, cf. *infra*, pp. 275 y s.



denominado derecho constitucional —es decir, las normas que regulan la producción de normas generales— tiene en el marco de un orden jurídico. Se trata de normas no independientes, incompletas, puesto que sólo determinan una de las condiciones de los actos coactivos que otras normas estatuyen. Sólo se configuran en conexión con esas normas jurídicas. De ahí que la circunstancia de que las normas del derecho constitucional no estatuyen ningún acto coactivo no constituye razón suficiente —como a veces se supone— para rechazar la definición del derecho como un orden coactivo. Justamente mediante la comprobación efectuada en la sentencia judicial de que la norma general que el tribunal ha de aplicar al caso presente, tiene validez —y tiene validez si ha sido producido constitucionalmente—, esa norma se hace aplicable al caso concreto, creándose para ese caso una situación jurídica que no existía antes de la sentencia.

No requiere una fundamentación más próxima la tesis de que la orden que impone la sanción concreta tiene un carácter constitutivo. La norma individual que estatuye que debe dirigirse una sanción bien específica contra determinado individuo, es recién creada por la sentencia judicial, no habiendo tenido validez anteriormente. Sólo la comprensión defectuosa en la función normativa de la sentencia judicial; el prejuicio de que el derecho sólo está constituido por normas generales; el ignorar las normas jurídicas individuales, ha oscurecido el hecho de que la sentencia judicial sólo es la continuación del proceso de producción de derecho, y llevado al error de ver en ella sólo una función declarativa.

De gran significación es también reconocer que la verificación del hecho delictuoso es plenamente una función constitutiva que cumple el tribunal. Cuando el orden jurídico enlaza un hecho determinado, como condición de determinada consecuencia, tiene que determinar también el órgano que comprobará la existencia del hecho condicionante en el caso concreto, así como el procedimiento. El orden jurídico puede facultar a ese órgano a determinar el procedimiento según su propio criterio; pero órgano y procedimiento tienen que estar, directa o indirectamente, determinados por el orden jurídico, para que la norma general, que enlaza a ese hecho una consecuencia, pueda ser aplicada al caso concreto, es decir, pueda ser individualizada. Frente a un hecho determinado por el orden jurídico como condición de una consecuencia, la primera pregunta del jurista tiene que ser: ¿qué órgano es competente, conforme al orden jurídico, para determinar el hecho en el caso concreto, y cuál es el procedimiento, determinado también por el orden jurídico, en que ello se efectúa? Sólo mediante esta determinación inicial entra el hecho en el dominio del derecho; sólo mediante ella se convierte de hecho natural, en hecho jurídico; justamente así es producido jurídicamente. Si se sostuviera en contra que el instante temporal en que debe considerarse que el hecho jurídico se ha producido es idéntico con el instante en que el hecho naturalmente se ha dado, cabe responder que la determinación del hecho por el órgano de aplicación

del derecho se cumple con fuerza retroactiva. El hecho no adquiere validez en el momento en que se ha determinado, sino en el instante que determine el órgano aplicador, es decir, en el instante en que se considere producido el hecho natural, según la comprobación efectuada por el órgano de aplicación de derecho. La determinación del hecho condicionante, por parte del tribunal, es, por lo tanto, constitutiva en todo sentido. Cuando una norma jurídica general enlaza una determinada pena al delito de homicidio, no se describe correctamente la situación objetiva cuando se expone el hecho de que un hombre haya matado como la condición de la sanción. No es el hecho en sí, el haber muerto un hombre a otro, sino el hecho de que un órgano competente según el orden jurídico haya establecido, conforme a un procedimiento determinado por ese orden, que un hombre ha cometido un homicidio, lo que configura la condición estatuida por el orden jurídico. Cuando se dice que un tribunal ha establecido que determinado hombre ha cometido determinado homicidio, aunque “en realidad” ese hombre no haya cometido el homicidio en cuestión; o que el tribunal ha establecido que determinado hombre no ha cometido determinado homicidio, aunque “en realidad” ese hombre haya cometido el homicidio en cuestión, ello significa que el tribunal ha establecido la existencia o la no existencia de un hecho que, según la opinión de otros, terceros no competentes jurídicamente para esas comprobaciones, se han producido o no.

Desde el punto de vista del orden jurídico que han de aplicar ciertos hombres, sólo cuentan las opiniones de hombres sobre si un determinado ser humano ha cometido homicidio. Esas opiniones pueden ser más o menos aceptables; pueden contradecirse; el acusado de homicidio puede él mismo reconocer el hecho o negarlo. Si es que la norma jurídica general debe ser aplicada, sólo puede valer una opinión. Cual ella sea, será determinado por el orden jurídico. Se trata de la opinión que recibe expresión en la sentencia del tribunal. Ella es la única jurídicamente relevante; las opiniones de los demás son jurídicamente irrelevantes. Con todo, la sentencia judicial, cuando las partes en juicio, facultadas al efecto por el orden jurídico, consideran incorrecta la determinación que la sentencia contenga del hecho condicionante, pueden atacarla en otra instancia; es decir, el sentido subjetivo del acto de la sentencia no tiene que ser aceptado definitivamente como su sentido objetivo. Éste sólo se logra cuando la sentencia judicial en que se establece que determinado hombre ha cometido determinado homicidio, y que ordena que se le aplique determinada pena, adquiere fuerza de cosa juzgada, esto es, cuando no puede ser ya revocada mediante ningún otro procedimiento. Entonces la opinión de que ese hombre ha sido condenado siendo inocente, sea porque el homicidio establecido por el tribunal no se ha cometido en forma alguna, o ha sido cometido por otro, o por haber el condenado incurrido en otro delito y no en homicidio, queda excluida. Puesto que el enunciado jurídico no dice que si determinado hombre

comete homicidio, deberá ser sancionado con determinada pena, sino que reza: cuando el tribunal competente, mediante el procedimiento determinado por el orden jurídico, ha establecido con fuerza de cosa juzgada que determinado hombre ha cometido un homicidio, el tribunal deberá imponer a ese hombre determinada pena. En el pensamiento jurídico, en lugar del hecho condicionante del acto coactivo, como hecho en sí, propio del pensar no jurídico, aparece el hecho establecido procesalmente. Sólo esta comprobación procesal es ella misma un "hecho", y la pregunta de si se ha dado en un caso concreto, de si la verificación se produjo de alguna forma, si la efectuó el órgano competente y a través del procedimiento prescrito, es susceptible igualmente de tantas opiniones diferentes como la pregunta de si la sentencia fue "correcta". Así como una sentencia judicial puede ser atacada fundándose en la falsedad de la determinación del hecho por el cual se atribuye a determinado hombre haber cometido determinado delito, también puede atacarse la ejecución de la sanción fundándose en la inexistencia de una sentencia judicial, es decir, por incompetencia del órgano, o error en el procedimiento, recurriendo a instancias superiores. El caso en que, según opinión de las partes, la orden que manda llevar adelante la sanción ha sido dictada al margen de un proceso judicial previo, es análogo al caso en que el tribunal ha determinado que se ha cometido un delito, aunque, en opinión de las partes, no hay delito alguno. En este caso, mediante un procedimiento de segunda instancia, puede volver a establecerse la comisión del delito, o, si el tribunal de segunda instancia establece la falta de existencia del delito, puede anularse la orden que manda llevar adelante la ejecución de la sanción. En aquel caso, en el procedimiento de segunda instancia puede determinarse el hecho discutido por las partes, de si la orden de llevar a cabo la sanción se ha producido en un procedimiento judicial, o, en caso de no lograrse esa comprobación, iniciarse un procedimiento judicial. El caso en que, según opinión de las partes, la sentencia judicial es un acto de un tribunal incompetente, o resultado de un procedimiento defectuoso, es análogo al caso en que el delito hubiera sido cometido por individuo distinto del condenado, o de que el delito, que éste efectivamente hubiera cometido, sea un delito distinto de aquel por el cual fue condenado. En todos estos casos, el proceso judicial mismo es objeto de otro procedimiento judicial. Si este recurrir de un procedimiento judicial a otro se encuentra limitado por el orden jurídico positivo, tendremos entonces un procedimiento judicial que ya no puede ser objeto de otro, y, por ende, no puede aparecer ya en lugar del hecho de este proceso judicial realizado el hecho procesalmente verificado de ese procedimiento, teniendo que aceptarse el caso límite de un último procedimiento judicial como un hecho *en sí*. Así sucede cuando la sentencia del tribunal de última instancia adquiere fuerza de cosa juzgada. Ello significa que debe admitirse que el sentido subjetivo del acto de la sentencia de última instancia es su sentido objetivo. Si en esa sentencia se afirma el hecho negado por las par-

tes, sea que se refiera al procedimiento judicial que precedió a la orden de llevar adelante la sanción, sea que se refiera a la competencia, negada por las partes, del tribunal de instancia inferior, o que no se da el defecto procesal en instancia inferior que las partes afirman, queda entonces jurídicamente excluida toda otra opinión.

Aunque el procedimiento judicial por el que se establece el hecho condicionante de la sanción, no es conocimiento jurídico, sino un procedimiento de producción de derecho, aparece cierto paralelismo entre éste y el procedimiento en que se produce el conocimiento de hechos naturales como objeto de ese conocimiento. En ese paralelismo, el sujeto del proceso cognoscitivo constitutivo, corresponde al órgano del procedimiento judicial constitutivo. Así como el objeto de ese conocimiento es "producido" en el proceso del conocimiento, también el hecho condicionante de la sanción es producido en el proceso judicial. Y así como el procedimiento judicial, en cuanto hecho, puede llegar a ser él mismo objeto de un proceso judicial, también el hecho de un proceso cognoscitivo puede convertirse, él mismo, en la teoría del conocimiento, en objeto de un acto de conocimiento. Pero el conocimiento que se tiene a sí mismo como objeto no puede volver a ser, como un hecho, objeto de un conocimiento: el regreso del hecho constituido por un proceso cognoscitivo a otro acto de conocimiento que tiene como objeto ese hecho, está limitado. Tenemos el caso límite de un acto de conocimiento que, como hecho *en sí* —esto es: como un hecho ya no producido mediante un acto de conocimiento— tiene que ser aceptado.

β) *La relación entre la sentencia judicial y las normas generales aplicables.* El acto mediante el cual se establece la norma individual de la sentencia judicial se encuentra —como se apuntó— generalmente predeterminada por normas generales del derecho de forma y del derecho de fondo. Si así sucede, en el caso concreto que el tribunal tiene que resolver, se presentan dos posibilidades. O bien el tribunal determina que el demandado o el acusado ha cometido el delito determinado en una norma jurídica general, según afirman el demandante privado o el acusador público, y, por ende, que habría lesionado con su conducta una obligación que le estaba impuesta por el orden jurídico, en cuyo caso el tribunal tiene que hacer lugar a la demanda o querrela, ordenando la sanción estatuida por esa norma jurídica general; o bien el tribunal determina que el demandado o acusado no ha cometido el delito, no habiendo lesionado, por ende, con su conducta ninguna obligación que el orden jurídico le impusiera, sea porque la conducta del demandado o acusado que efectivamente el tribunal comprueba no constituye el tipo delictual afirmado por el demandante privado o por el acusador público, sea por no existir ninguna norma jurídica general válida que enlace a ese hecho una sanción. Entonces corresponde que el tribunal rechace la demanda o absuelva al acusado, es decir, que ordene que no se debe imponer sanción alguna contra el demandado o acu-

sado. Tanto en el caso en que el tribunal admite la demanda o querrela, como también en el caso en que las rechace absolviendo al acusado, la sentencia judicial se produce en aplicación del orden jurídico válido, especialmente también en el caso en que el tribunal rechaza la demanda o absuelve al acusado por entender que, en su opinión, no existe ninguna norma general válida que enlace una sanción a la conducta del demandado o acusado que el demandante privado o el acusador público afirman, y que posiblemente se haya dado en los hechos; es decir, no existe norma general válida que obligue al demandado o acusado a un comportamiento contrario. Como ya se expuso en un contexto anterior,<sup>148</sup> el orden jurídico no sólo regula positivamente la conducta humana, al ordenar determinado comportamiento, quedando ese comportamiento como obligatorio, sino también negativamente en tanto permite determinada conducta en tanto no la prohíbe. Lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido. Al rechazar el tribunal la demanda, o absolver al acusado, el tribunal aplica el orden jurídico que permite al demandado o acusado aquella conducta en cuyo respecto se ha orientado la demanda o querrela no fundada en el orden jurídico.

Como ya se expuso anteriormente, la conducta jurídicamente no prohibida y, por lo tanto, permitida en ese sentido, de un individuo, puede ser garantizada por el orden jurídico de manera que los restantes individuos estén obligados a consentir ese comportamiento, es decir, estén obligados a no impedirlo o no intervenir de algún modo en él. Así sucede siempre cuando existe una prohibición general de recurrir a la fuerza física, reservándose ese empleo de la fuerza a la comunidad jurídica. Pero es enteramente posible que la conducta no prohibida, y en ese sentido, permitida, de un individuo, no consistente en el empleo de fuerza física, se contraponga a la de otro individuo cuya conducta tampoco esté prohibida, y, por ende, sea permitida. Tendremos entonces, como ya se señaló, un conflicto de intereses que el orden jurídico no previene; ningún orden jurídico puede prevenir todos los conflictos posibles de intereses. Corresponderá, entonces, que el tribunal rechace también la querrela dirigida contra una conducta permitida (es decir, no prohibida) del demandado, mediante la cual impide o interviene de algún modo, sin recurrir a la fuerza física, en la conducta también permitida (es decir, igualmente, no prohibida) del demandante, absolviendo al demandado aun cuando la conducta suya, contra la cual se dirige la demanda, revista ese carácter. También en este caso, la sentencia judicial se produce aplicando el orden jurídico, constituye aplicación de derecho. La aplicación del derecho válido puede ser vista, en semejante caso, como insatisfactoria, puesto que omite proteger un interés que, desde algún punto de vista, es considerado como digno de protección. Pero como un orden jurídico no puede proteger todos los intereses posibles, sino que siempre protege bien determinados intereses, al prohibir que se les lesione, resulta que los inte-

<sup>148</sup> Cf. *supra*, pp. 15 y s.

reses que siempre aparecerán como contrarios tienen que permanecer desprotegidos, siendo inevitable el conflicto entre la conducta permitida de un individuo con la conducta también permitida de otro, conflicto que siempre se da cuando la demanda es rechazada, o el acusado es absuelto, sólo por no encontrarse prohibida su conducta, sin que haya una norma general en el orden jurídico que proteja el interés lesionado con su conducta, al enlazar una sanción a la conducta contraria.

Pero también es posible que el orden jurídico autorice al tribunal, cuando no puede establecer ninguna norma jurídica general que imponga al demandado o acusado la obligación cuya violación afirma el demandante privado o el acusador público, a no rechazar la demanda, ni a absolver al acusado, sino a hacer lugar a la primera o condenar al segundo, cuando tenga la falta de tal norma jurídica general por cosa injusta, inaceptable, es decir, por cosa no satisfactoria. Ello significa que el tribunal queda facultado para producir una norma jurídica individual para el caso que se le presenta, cuyo contenido de ninguna manera está predeterminado por una norma general de derecho de fondo producida por vía legislativa o consuetudinariamente. En ese caso, el tribunal no aplica tal norma jurídica, sino la norma jurídica que lo faculta para crear nuevo derecho de fondo. Se suele decir que el tribunal está facultado para actuar como legislador. No es ello del todo exacto si por legislación se entiende la producción de normas jurídicas generales. Puesto que el tribunal sólo es autorizado para producir una norma individual, válida para el único caso que le es presentado. Esa norma individual es producida por el tribunal aplicando una norma general que considera deseable, que estima "justa", pero que el legislador positivo ha omitido promulgar. Sólo como aplicación de semejante norma general no positiva, cabe justificar, como justa, la norma individual impuesta por el tribunal.

La diferencia entre el caso en que el tribunal, como se dice, está facultado para actuar como legislador, y el caso en que el tribunal, ante la falta de una norma positiva general de derecho de fondo que predetermine el contenido de la sentencia judicial tenga que rechazar la demanda o absolver al acusado, es sólo de grado. No sólo porque también en el primer caso el tribunal aplica una norma general de fondo, aunque no positiva, sino especialmente porque también en el segundo caso la función del tribunal es producción de derecho, a saber: la producción de una norma individual. Sólo que la discrecionalidad del tribunal es en este caso mucho menor que en aquel, en el cual, de hecho, se encuentra tan poco limitado en su discrecionalidad como la que normalmente la constitución delimita a favor del legislador para la producción de normas jurídicas generales. Pero inclusive en el caso en que el contenido de la norma jurídica individual que deba producir el tribunal se encuentre predeterminado por una norma jurídica positiva general, tiene que dejarse a la función productora de derecho del tribunal un cierto espacio de juego para su discrecionalidad.

La norma jurídica positiva general no puede predeterminar todos los momentos que justamente aparecerán con las peculiaridades del caso concreto. Así, por ejemplo, la medida de los daños que fija el tribunal y que tienen que hacerse efectivos mediante la ejecución forzosa ordenada sobre el patrimonio del demandado; o bien, el momento en que la pena de prisión impuesta tiene que comenzar o concluir, o bien el momento en que la pena de muerte ha de ejecutarse. En el procedimiento mediante el cual se individualiza una norma jurídica positiva general, el órgano de aplicación de la misma siempre tiene que determinar momentos que no se encuentran aún determinados en la norma general, y que no pueden ser determinados. La norma jurídica general es siempre un marco dentro del cual tiene que producirse la norma jurídica individual. Pero ese marco puede ser más o menos estrecho o amplio. Es amplísimo cuando la norma jurídica positiva general sólo contiene la autorización para la producción de normas jurídicas individuales, sin predeterminar su contenido.

Debe tenerse en cuenta, en ello, que cuando ninguna norma jurídica positiva general predetermina en su contenido la norma jurídica individual que el tribunal tiene que producir, esa norma individual es impuesta con fuerza retroactiva. Una norma jurídica tiene fuerza retroactiva cuando el hecho al cual ella enlaza una sanción como consecuencia, fue establecido no después de su entrada en vigencia, sino que realizado anteriormente, es decir, por lo tanto, cuando en ese momento, el de la entrada en vigencia de la norma, no constituía una ilicitud, sino que sólo después fue convertido en tal cosa mediante esa norma jurídica. Lo mismo sucede cuando el tribunal aplica al caso que se le presente una norma individual que él justamente crea, cuyo contenido no se encuentra predeterminado por ninguna norma jurídica positiva general; cuando esa norma jurídica individual enlaza una consecuencia sancionatoria a una conducta del demandado o acusado que, en el momento en que se produjo, no constituía una ilicitud, convirtiéndose en tal justamente a través de la norma jurídica individual de la sentencia judicial.

γ) *Las denominadas "lagunas" del derecho.* De lo que antecede resulta que el orden jurídico siempre es aplicado por un tribunal en un caso concreto, aun en el caso en que el orden jurídico, en opinión del tribunal, no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado o acusado, es decir, en cuanto le imponga la obligación de una conducta que, según afirman el demandante privado o el acusador público, no habrían cumplido. Ya que en ese caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida. Este caso, con todo, es interpretado por la jurisprudencia tradicional —en determinadas circunstancias— como una "laguna" en el orden jurídico.

En el enjuiciamiento de la teoría de las lagunas se trata de establecer las circunstancias determinantes de que, según esa teoría, aparezca una "laguna" en el derecho. Según la misma, el derecho válido no es aplicable en un caso concreto, cuando ninguna norma jurídica general se refiere a ese caso. De ahí que el tribunal tenga, para resolver el caso, que colmar la laguna mediante la producción de la norma jurídica correspondiente. Lo esencial de esta argumentación reside en señalar que la aplicación del derecho válido, como conclusión de lo general a lo particular, no es posible lógicamente en este caso, dado que falta la premisa necesaria, la norma general. Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación de derecho. La aplicación del derecho no está lógicamente excluida. De hecho no se recurre de ninguna manera en todos los casos en que la obligación del demandado o acusado, afirmada por el demandante o acusador, no se encuentra estatuida por ninguna norma del derecho válido, a suponer la existencia de una "laguna". Viendo las cosas más de cerca, aparece que la existencia de una "laguna" sólo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico-político, poniendo de lado, por esta razón jurídico-política, la aplicación lógicamente posible del derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación. Pero como inconveniente o injusto puede verse la aplicación del orden jurídico válido no sólo cuando no contiene una norma general que imponga al demandado o acusado determinada obligación, sino también cuando no contiene semejante norma jurídica. El hecho de que el orden jurídico carezca de una norma jurídica que pene el robo de electricidad, puede ser visto como tan inconveniente o injusto como el hecho de que un orden jurídico contenga una norma jurídica que se aplique tanto al caso de un robo con homicidio como al caso del hijo que mata a su padre, enfermo de dolencia incurable, cuando éste manifiesta ese deseo. Ni en un caso ni en el otro existe una laguna en el sentido de inaplicabilidad lógica del derecho válido; y, por lo menos, es inconsistente suponer sólo en un caso, pero no en el otro, una laguna. A ello se agrega que el juicio según el cual la falta de una norma jurídica de determinado contenido sea inconveniente o injusto, configura un juicio de valor sumamente relativo, que de ninguna manera excluye un juicio de valor contrapuesto. Si el orden jurídico no contiene norma general alguna que imponga la obligación de reparación a cargo del empresario por daños ocasionados por un dependiente, cuando el daño ha sido ocasionado en actividades propias de la empresa, teniendo, en consecuen-

cia, que rechazar el tribunal la demanda dirigida contra el empresario, admitiéndola en cambio sólo contra el dependiente, un socialista verá en la aplicación del derecho válido existente algo insatisfactorio, mientras que ello será considerado como enteramente satisfactorio por un liberal. La falta de una norma jurídica general, que conduce al rechazo de una demanda o a la absolución de un acusado, será considerada por éste, o por el demandado, como un hecho satisfactorio, y por tanto, aprobado o justo, mientras que el demandante o el acusador lo considerarán insatisfactorio y, por ende, como digno de desaprobación o injusto.

Pese a estos argumentos contrarios, la teoría de las lagunas —esto es, el supuesto de que existen casos en que el derecho válido existente no puede ser aplicado por no contener ninguna norma general aplicable al caso— desempeña un papel significativo en la técnica de la legislación moderna. Típica al respecto es la disposición del Código Civil suizo: “La ley se aplicará en todas las cuestiones jurídicas en cuyo respecto contenga, según su tenor literal o interpretación, una determinación. Si no puede extraerse de la ley un precepto, el juez resolverá según el derecho consuetudinario y, de faltar éste también, según la regla que él mismo establecería como juez.” Esta disposición presupone la posibilidad de que el derecho suizo no sea aplicable lógicamente a un caso concreto que deba resolverse por el derecho civil suizo. Como ello, empero, no es de hecho posible, puesto que un orden jurídico siempre es aplicable y efectivamente es aplicado cuando el tribunal tiene que rechazar la demanda fundándose en que el orden jurídico no contiene ninguna norma general que imponga al demandado la obligación pretendida por el demandante, resulta que el supuesto del cual parte la disposición citada es una ficción. Consiste en que la falta de determinada norma jurídica dentro de un orden jurídico, atribuida fundándose en un juicio de valor subjetivo, político-moral, es representada como la imposibilidad lógica de su aplicación.

El legislador puede verse llevado a hacer uso de esta ficción por la conciencia de que la aplicación de la norma general por él establecida puede llevar en circunstancias no previstas y no previsibles, a un resultado insatisfactorio, recomendándose entonces facultar al tribunal a imponer en esos casos, en lugar de las normas generales que predeterminan el contenido de la sentencia, una norma jurídica individual, producida por el tribunal mismo, que se adecua a las circunstancias no previstas por el legislador. Si formulara esta autorización de manera teóricamente correcta, es decir, sin recurrir a ficción alguna, tendría que disponer que, cuando la aplicación del orden jurídico válido existente sea insatisfactoria para la concepción intuitiva moral-política del tribunal en el caso que se le somete, podrá resolver el caso según su propia apreciación. Pero semejante formulación otorgaría al tribunal un poder evidentemente demasiado extenso. El juez estaría facultado para resolver según su propio criterio discrecional toda vez que considere insatisfactoria la aplicación del

orden jurídico válido existente, y, en especial, cuando considere insatisfactoria la aplicación de una norma jurídica general que imponga al demandado o acusado una obligación que el demandante o acusador afirman ha sido violada. Si en lugar de la concepción político-moral del legislador, se impone la del juez, tendremos que el legislador ha renunciado a favor del juez. La tentativa de limitar esa autorización a los casos no previstos por el legislador, fracasa ante el hecho de que el legislador no puede determinar justamente esos casos; si pudiera hacerlo, los regularía él mismo positivamente. La suposición que efectúa el tribunal de que el caso no ha sido previsto por el legislador, y que el legislador hubiera configurado de otra manera el derecho, si hubiera previsto el caso, reposa, a lo sumo, en una conjetura indemostrable. La intención del legislador sólo es captable con suficiente seguridad en la medida en que recibe expresión en el derecho que crea. De ahí que el legislador, para limitar esa autorización otorgada al tribunal, que reputa inevitable, recurra a la ficción de que el orden jurídico válido no puede ser aplicado en ciertos casos, no por razones subjetivas, moral-políticas, sino por razones objetivas, lógicas, y que, por ende, el juez sólo debe actuar como legislador cuando el derecho exhibe una laguna.

Como el derecho válido, sin embargo, siempre es lógicamente aplicable, puesto que no tiene “laguna” alguna en este sentido, la fórmula en cuestión sirve, una vez que se va más allá de su carácter ficticio, no a conseguir la limitación buscada en la autorización concedida al tribunal, sino a su auto-superación. Pero si el tribunal mismo acepta el supuesto de que el derecho tiene lagunas, puede que esta ficción, teóricamente insostenible, produzca el efecto buscado. Puesto que el juez —y especialmente, el juez como funcionario colocado bajo el control de un tribunal superior—, que no se inclina fácilmente a tomar sobre sí la responsabilidad de una innovación creadora en el derecho, sólo aceptará muy excepcionalmente la presencia de una laguna, haciendo uso muy escaso de la autorización que se le ha otorgado de desempeñarse en el lugar del legislador.

Junto a las lagunas propiamente dichas, llamadas lagunas auténticas, se suelen distinguir las lagunas técnicas, cuya existencia es tenida por posible inclusive por aquellos que, desde un punto de vista positivista, niegan la existencia de auténticas lagunas. Una laguna técnica semejante aparece cuando el legislador, por ejemplo, omite normar lo que habría tenido que regular si, en general, debe ser técnicamente posible aplicar la ley. Sólo que, lo que se designa como laguna técnica o bien es una laguna en el sentido originario de la palabra, es decir, una discrepancia entre el derecho positivo y un derecho deseado, o bien esa indeterminación proviene del carácter de marco que tiene la norma. Lo primero se da, por ejemplo, cuando la ley, según la cual en caso de una compraventa, en la cual el vendedor está obligado a entregar la cosa, o de no hacerlo, a reparar el daño producido, nada especifica —como suele expresarse—

sobre quién corra con el riesgo por la cosa comprada cuando ésta es destruida sin culpa de las partes, antes de la tradición. Sólo que no pasa que el legislador "nada" haya determinado al respecto, sino que no determina que el comprador quede liberado de la obligación de entregar la cosa, o reparar el daño, determinación que evidentemente considerará deseable quien sostenga aquí la existencia de una "laguna"; una determinación que de ninguna manera tiene que agregarse intelectualmente para hacer aplicable la ley; puesto que si la ley no introduce excepción, para el caso señalado, a la obligación del vendedor de entregar la cosa, o reparar el daño, determina que el vendedor soporta el riesgo. Lo segundo aparece cuando la ley, por ejemplo, determina que debe crearse cierto órgano mediante una elección, sin regular el procedimiento electoral. Ello significa que cualquier tipo de elección —sea proporcional o por mayoría, con voto público o secreto, etcétera— es legal. El órgano competente para llevar a cabo la elección puede establecer el procedimiento electoral a su discreción. La determinación del procedimiento electoral queda liberado a una norma de nivel inferior. Otro ejemplo: una ley determina, entre otras cosas, que un cuerpo colegiado, para poder actuar, tiene que ser convocado por su presidente, disponiendo simultáneamente, que le corresponde a él mismo elegir al presidente. Si esta norma no recibe la interpretación según la cual, de faltar presidente, todo tipo de convocatoria es legal, sino sólo aquella según la cual también en caso tal el cuerpo tiene que ser convocado por su presidente, tendremos que el cuerpo no podría funcionar de manera legal, es decir, aplicando la ley; pero tampoco tenemos aquí una "laguna", puesto que la ley ciertamente quiere que el cuerpo, aun careciendo de presidente, deba ser convocado por éste. Si para ese caso nada prescribiera, toda forma de convocarse sería conforme a la ley. La ley determina aquí algo carente de sentido. Ello, dado que las leyes son obra humana, no está excluido.

δ) *La producción de normas jurídicas generales por los tribunales. El juez como legislador. La flexibilidad del derecho y la seguridad jurídica.* Un tribunal, en especial, un tribunal de última instancia, puede estar facultado no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente. Es decir, cuando la solución judicial de un caso concreto se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales. Ese carácter de precedente puede atribuirse a una sentencia judicial, cuando la norma individual establecida con la sentencia no tiene predeterminado su contenido por una norma general producida por legislación o costumbre, o no lo tiene determinado unívocamente, admitiendo así diferentes posibilidades de interpretación. En el primer caso, el tribunal produce con su sentencia con valor de precedente un nuevo derecho de fondo; en el segundo caso, la interpretación que adopta la sentencia adquiere el carácter de una norma

general. En ambos casos funciona el tribunal, que crea el caso con valor de precedente, en forma idéntica al legislador, igual al órgano facultado por la constitución para legislar. La decisión judicial en un caso concreto se convierte así en obligatoria para la resolución de casos iguales, en tanto la norma individual que expone, es generalizada. Esta generalización —es decir, la formulación de la norma general— puede ser efectuada por el tribunal mismo que crea el caso con valor de precedente, pero puede ser realizada también por otros tribunales que están obligados por la sentencia con valor de precedente. Puesto que no está excluido que tribunales diferentes generalicen la sentencia que funciona como precedente de maneras distintas, lo que no sería recomendable atento la finalidad de la institución: alcanzar un poder judicial uniforme. Como las sentencias con valor de precedente sólo pueden ser obligatorias para la resolución de casos iguales, la cuestión de si un caso es igual al caso con valor de precedente, es de significación decisiva. Pero como ningún caso puede ser igual a otro en todo respecto, la "igualdad" de dos casos que aquí interesa sólo puede consistir en su concordancia con respecto de ciertos puntos esenciales, así como dos hechos que constituyen el mismo delito, concuerdan sólo en ciertos puntos esenciales, y no en todos. La pregunta, con todo, de cuáles sean los puntos en que tienen que coincidir, para ser vistos como "iguales", sólo puede responderse fundándose en la norma general que determina el hecho, en tanto ella fija sus elementos esenciales. De ahí que sólo fundándose en la norma general, creada a través de la sentencia con valor de precedente, puede decidirse si dos casos son iguales. La formulación de esta norma general es el presupuesto bajo el cual únicamente la solución adoptada en el precedente puede ser obligatoria para la resolución de casos "iguales"

La función productora de derecho de los tribunales, presente bajo toda circunstancia, aparece en forma especialmente nítida cuando el tribunal está facultado, a través de sentencias con valor de precedente, también a producir normas generales. Un tribunal, y particularmente un tribunal de última instancia, puede fácilmente recibir esta autorización cuando cuenta con competencia, en determinadas circunstancias, para resolver un caso sin aplicar una norma general ya válida de derecho material, sino conforme a su discrecionalidad; es decir, para producir una norma jurídica individual, cuyo contenido no está predeterminado por ninguna norma general de derecho positivo. Otorgar a semejante sentencia carácter de precedente, es sólo una ampliación consecuente de la función de producción de derecho del tribunal.

Si los tribunales están facultados para producir, no sólo normas jurídicas individuales, sino también generales, comienzan a competir con el órgano legislativo establecido por la constitución, lo cual significa una descentralización de la función legislativa. En este respecto, es decir, en lo tocante a la relación entre el órgano legislativo y los tribunales, cabe distinguir dos tipos técnicamente diferentes de sistemas jurídicos. Según uno de esos tipos, la

producción de normas jurídicas generales se encuentra plenamente centralizada, es decir, reservada a un único órgano legislativo central, limitándose los tribunales a aplicar las normas generales producidas por el órgano legislativo a los casos concretos mediante las normas individuales que ellos produzcan. Dado que el procedimiento legislativo, especialmente en las democracias parlamentarias, tiene que superar múltiples oposiciones para funcionar, puede ser que el derecho, en semejante sistema, sólo se adecue difícilmente a las cambiantes circunstancias. Este sistema tiene el inconveniente de una falta de flexibilidad. En cambio, tiene la ventaja de la seguridad jurídica, consistente en que las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles. El principio de ligar la sentencia dictada en casos concretos a normas generales que han sido previamente producidas por un órgano legislativo central, podría ampliarse coherentemente al funcionamiento de los órganos administrativos. Expresa, en esta generalidad, el principio del estado de derecho que, en esencia, es el principio de la seguridad jurídica. En plena oposición a este sistema se encuentran aquellos donde no existe en absoluto un órgano legislativo central, sino que los tribunales y los órganos administrativos tienen que resolver los casos individuales mediante su libre criterio. Su justificación reposa en la tesis de que ningún caso es enteramente igual a otro, y que, por lo tanto, la aplicación de normas jurídicas generales, que determinan de antemano la sentencia judicial o el acto administrativo, impidiendo al órgano interesado hacer justicia a las peculiaridades del caso individual, puede conducir a resultados insatisfactorios. Se trata del sistema de la libre creación de derecho, un sistema que ya Platón recomendaba para su Estado ideal. Como consecuencia de la descentralización radical de la producción de derecho que acarrea, este sistema se caracteriza por su gran flexibilidad, pero carece de toda seguridad jurídica. Puesto que bajo semejante orden jurídico los individuos que se considere no pueden en forma alguna prever las decisiones de los casos concretos en los que tengan que participar como demandante o demandado, como acusado o como acusador. De ahí que no puedan saber nada de antemano sobre qué les esté jurídicamente prohibido o permitido, con respecto de para qué estén jurídicamente facultados o no. Sólo podrán experimentarlo mediante la sentencia que les impone una pena, o en la que son absueltos, o que rechaza la demanda o hacer lugar a la misma.

La exigencia de una libre creación del derecho, que garantice la flexibilidad de éste, es formulada a veces en nombre de la justicia, como una justicia absoluta presupuesta. En este sentido, justa sólo es la sentencia de un caso concreto cuando atiende a todas las peculiaridades del caso. Como, sin embargo, ningún caso es enteramente idéntico a otro, dado que todo caso de alguna manera se distingue de todos los restantes casos, la aplicación de una norma general a un

caso concreto no puede conducir jamás a una sentencia justa. Puesto que una norma general presupone necesariamente la identidad de los casos, identidad que en la realidad no se presenta. Y como todo derecho sólo tiene un carácter individual, la resolución judicial de casos concretos no debería en forma alguna estar ligada a normas generales.

Contra esta fundamentación de la libre creación de derecho cabe replicar lo siguiente: lo que efectivamente se produce cuando la decisión de casos concretos no está ligada a normas jurídicas generales, producidas legislativa o consuetudinariamente, no es de ninguna manera la exclusión total de las normas generales del procedimiento de producción de derecho; si el órgano al que se presenta el caso concreto para resolver, debe dictar una sentencia "justa", sólo puede hacerlo en tanto aplica una norma general que él mismo considera justa; como semejante norma general no ha sido producida previamente por vía legislativa o de la costumbre, el órgano llamado a crear derecho debe proceder de la misma manera que un legislador que, al formular las normas generales, se orienta por un determinado ideal de justicia; como distintos legisladores pueden orientarse por muy diferentes ideales de justicia, el valor de justicia que consigue realizar sólo puede ser relativo; y por ende, no menos relativa será la justicia de la norma general que orienta al órgano llamado a decidir el caso concreto. Desde el punto de vista de un ideal de justicia —posible sólo como un valor relativo—, la diferencia entre el sistema de libre creación de derecho, y la creación ligada a la producción legislativa o consuetudinaria, se encuentra en que en lugar de la norma general de derecho positivo, y de la norma general que su ideal de justicia propone al legislador, aparece la norma general del ideal de justicia del órgano llamado a crear derecho.

Presuponer esta norma general es— como ya se apuntara— inevitable si la sentencia dictada en el caso concreto debe valer como "justa". Puesto que la pregunta sobre si determinada sentencia es justa, es mencionada por la necesidad de justificarla, de dar fundamento a la validez de la norma individual que instaura. Y tal justificación o fundamentación de la validez no es posible sino mediante la demostración de que la norma individual corresponde a una norma general superior que se presupone como justa. Dado que la norma constitutiva del valor de justicia tiene que tener, por su esencia, un carácter general.<sup>149</sup>

Una variante particular en que aparece recientemente la exigencia de una libre creación de derecho, no ligada a ninguna norma general, es la doctrina desarrollada bajo influencia de la filosofía existencialista.<sup>150</sup> Según ella, la realidad concreta, por su esencia, no puede ser captada mediante conceptos

<sup>149</sup> Cf. H. Kelsen, *Die Normen der Gerechtigkeit* § 5 ss.

<sup>150</sup> Cf. Georg Cohn, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, Basilea, 1955; cf. también, H. Kelsen, "Existenzialismus in der Rechtswissenschaft", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, t. 43, cuaderno 2, 1957, pp. 161 y ss.

abstractos, ni regulada con normas generales, sino que tiene que ser sólo "vivenciada". Dado que los casos concretos que los tribunales tienen que resolver son totalmente diferentes entre sí, la sentencia justa, es decir, aquella que atienda a todas las peculiaridades del caso, no puede fundarse en una norma general traída de afuera, sino en una norma encontrada en la realidad del caso concreto mismo. El derecho justo es immanente a la realidad social y sólo puede ser encontrado mediante un cuidadoso análisis de esa realidad, y no en ninguna legislación estatal. En este respecto, la doctrina existencialista del derecho es sólo una especie de la doctrina del derecho natural, y como ésta, una tentativa sin perspectivas de lograr una conclusión, lógicamente imposible, deóntica a partir de una realidad.

Entre los dos tipos ideales de una creación de derecho, ligada a la legislación estatal, o libre de esa legislación, se encuentran aquellos en que se constituye efectivamente un órgano legislativo central, pero donde los tribunales están facultados no sólo para dictar normas individuales en el marco de las normas generales producidas por el órgano legislativo, sino también —bajo ciertas circunstancias arriba determinadas—, para dictarlas fuera de ese marco; y, por fin, aquel sistema en que los tribunales están facultados para crear normas jurídicas generales bajo la forma de casos con valor de precedente. Estos sistemas distintos representan diversos grados de centralización o descentralización de la función de producción de derecho, y, por ende, dan diferente realización al principio de la flexibilidad del derecho, que se encuentra en relación inversa con el de seguridad jurídica.

Un sistema particular es aquel en que las normas jurídicas generales no son producidas en absoluto, o fundamentalmente, por un órgano legislativo central, sino que resultan de la costumbre, siendo aplicadas por los tribunales. Dado que la adecuación, tratándose de normas jurídicas generales, producidas consuetudinariamente y que los tribunales deben aplicar, del derecho a circunstancias cambiantes, es aún más difícil que en el caso de la producción de normas jurídicas generales por un órgano legislativo central, el sistema del derecho consuetudinario es especialmente favorable a la introducción de un sistema judicial que funciona con precedentes. Cabe comprender, por lo tanto, que éste se haya desarrollado especialmente en el terreno del *common-law* anglo-norteamericano, que, en lo esencial, es un derecho consuetudinario.

La aplicación de una norma jurídica general producida consuetudinariamente por un tribunal se diferencia —como ya se señaló—<sup>151</sup> de la aplicación de una norma jurídica general producida por un órgano legislativo, en que la determinación de la validez de la norma aplicable, es decir, la determinación de la existencia de una costumbre productora de derecho, desempeña un papel mucho más prominente, y más claro en la conciencia del juez, que la determinación de la validez de una norma producida por el legislador y publicada en un diario

<sup>151</sup> Cf. *supra*, p. 234.

oficial. Se explica así que a veces haya surgido la idea de que el derecho consuetudinario es un derecho creado por los tribunales. Si los tribunales, como sucede en el terreno del *common-law* angloamericano, tienen que aplicar principalmente derecho consuetudinario, contando además con el poder de resolver casos con valor de precedente, es fácil que sobre semejante suelo brote la teoría de que todo derecho es derecho judicial, es decir, derecho creado por los tribunales; de que, antes de la sentencia judicial, no existe derecho alguno; de que una norma sólo se convierte en norma jurídica, cuando es aplicada por un tribunal.<sup>152</sup> Semejante teoría sólo puede mantenerse en tanto se considere a las normas que los tribunales aplican, no como derecho, sino como una mera "fuente" de derecho, donde esta expresión metafórica es utilizada para designar todos los factores que efectivamente influyen sobre la sentencia judicial, así como los juicios de valor moral-políticos, dictámenes profesionales y cosas semejantes. Bajo la impresión de la importancia predominante que el tribunal tiene en un sistema de derecho consuetudinario y de precedentes, esta teoría pasa por alto la diferencia esencial que se da entre las "fuentes" del derecho jurídicamente obligatorias y las que no lo son. Se equivoca al no reconocer que fuente de derecho, es decir, origen del derecho, aquello de donde el derecho proviene, aquello que produce derecho, sólo puede ser derecho, puesto que es el derecho el que regula su propia producción.

La teoría surgida en el terreno del *common-law* anglo-norteamericano, de que sólo los tribunales producen derecho, es tan unilateral como la teoría surgida en el terreno del derecho legislado continental europeo, de que los tribunales no producen absolutamente ningún derecho, sino sólo aplican un derecho ya creado. Esta teoría lleva a sostener que sólo hay normas generales; aquella, que sólo hay normas individuales. La verdad se encuentra a mitad de camino. Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor de derecho, aplican un derecho general creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción de derecho.

Si, desde un punto de vista político-jurídico, se viera en la diferencia entre la creación de derecho, cumplida a través de normas generales producidas legislativa o consuetudinariamente, o bien mediante una creación libre no ligada a esas normas, una oposición de principio entre dos sistemas jurídicos, tendría que observarse que esta oposición se debilita notablemente a través de la institución de la cosa juzgada de las sentencias judiciales. En qué medida así sucede, se mostrará más adelante.<sup>153</sup>

<sup>152</sup> Esta teoría es desarrollada en el libro de John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2a. edición, 1927; cf. H. Kelsen *General Theory of Law and State*, pp. 150 y ss.

<sup>153</sup> Cf. *infra*, pp. 272 y ss.