

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

### 3. LA NORMA FUNDAMENTAL

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

## CAPÍTULO IX

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho: es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

### 4. LA NORMA FUNDAMENTAL DE UN ORDEN JURÍDICO NACIONAL.

#### a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico suscribe a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida: en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

#### b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz<sup>1</sup>.

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admite la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante<sup>2</sup>.

#### d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

## CAPÍTULO IX

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz: en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

### 5. LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DE UN ORDEN JURÍDICO NACIONAL

#### a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación — y por consecuencia la validez — de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

#### b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal: el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

## CAPÍTULO IX

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *juris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

## CAPÍTULO IX

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúa oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

### e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

### f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto