

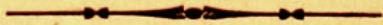
342
TUE
C.3

Las Limitaciones del Poder Constituyente en la Elaboración de la Norma Constitucional

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL
GRADO DE LICENCIADO EN LA FACULTAD
DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE
LA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE.

HERNAN FUENTES SEPULVEDA
RICARDO RIVADENEIRA MONREAL

1 9 5 4



Se debe a Kelsen el término «dinámica jurídica» con que se designa aquella parte de la ciencia jurídica que se ocupa del proceso de la creación o elaboración del derecho positivo. Tal como la entiende y como la ha desarrollado el famoso jurista vienés, la dinámica jurídica o «nomodinámica», comprende el estudio de vastas materias de una máxima importancia, pues exige no solamente el análisis de los distintos actos jurídicos que sirven de fundamento a las diferentes estructuras normativas que integran el ordenamiento jurídico positivo, sino que también la investigación en torno a la naturaleza y esencia del poder político, en cuanto todo acto de creación normativa es un acto de poder y ningún poder cobra sentido ante la ciencia jurídica sino en cuanto es mediante su actividad que el derecho positivo es establecido. De ahí entonces que no es raro que en Kelsen la dinámica jurídica se confunda con la teoría del poder, o más exactamente, con la Teoría General del Estado.

Las normas constitucionales no son sino una estructura dentro del orden jurídico positivo. Los problemas relativos a su creación o elaboración han de ser estudiados, por eso mismo, como un aspecto de la teoría general de la creación de las normas jurídico-positivas, o sea, de la dinámica jurídica. De ahí que el planteamiento del problema del poder constituyente, en lo referente a sus limitaciones en la elaboración de la norma constitucional, lo realizaremos luego de una exposición de las grandes líneas del pensamiento actual en torno al proceso en virtud del cual las normas jurídicas alcanzan existencia y consistencia de preceptos positivos.

TERCERA PARTE

ANALISIS DEL PROBLEMA

Capítulo Preliminar

RECAPITULACION DE MATERIAS

87. **El problema del poder constituyente.**— Acerca de la creación de las normas de derecho positivo, desarrollábamos en la Primera Parte las siguientes ideas fundamentales:

1) Las normas de derecho positivo son creadas mediante actos empíricos de voluntad humana;

2) Tales actos son determinados y regulados por el propio derecho positivo. "El derecho regula su propia creación";

3) Los distintos poderes estatales, en cuanto su actividad consiste en la realización de los actos creadores de normas jurídico positivas, están sometidos y sujetos a la regulación del derecho;

4) El derecho limita la actividad de los poderes del estado del modo, teóricamente, más efectivo: la actividad estatal es actividad creadora de derecho; para que un acto tenga la calidad de creador de derecho es necesario que se ciña exactamente a los requisitos formales y substanciales que el mismo derecho impone. En caso contrario, el acto no llegará a valer como acto jurídico creador de preceptos positivos válidos, será nulo y, por lo tanto, no tendrá propiamente la calidad de acto estatal. "Todo acto en contravención a este artículo es nulo" (Art. 4º de la Constitución Política Chilena);

5) La regulación y limitación teóricas de los poderes estatales por el derecho pretenden ser realizadas concretamente por el Estado de Derecho, el cual supone: a) la existencia por sobre cada poder de una estructura de normas jurídicas en la cual se disuelva toda su actividad; y b) la organización y disposición concretas de los distintos poderes, de modo que siempre exista uno que esté en condiciones de establecer y declarar la discrepancia entre una norma positiva y la que ha regulado su creación y, consecuentemente, de imponer y ejecutar en la práctica su decisión de nulidad.

Frente a estas ideas, que nosotros hemos considerado como principios básicos de lo que podría denominarse "Teoría general de la creación de las normas de derecho positivo", o bien, usando la terminología impuesta por Kelsen, "dinámica jurídica" o "nomodinámica", planteábamos el problema de la creación de las normas constitucionales y del poder constituyente. Al respecto, expresábamos, en síntesis, lo siguiente:

1) Las normas constitucionales son normas jurídico-positivas; forman parte integrante del ordenamiento jurídico positivo o simplemente del derecho positivo y requieren, por tanto, para su existencia, de actos empíricos de voluntad que las creen o establezcan, al igual que cualquier otro precepto de derecho positivo;

2) Los actos creadores de las normas constitucionales no pueden estar determinados ni regulados por el derecho positivo, porque los preceptos constitucionales representan el grado más alto dentro del orden de lo jurídico positivo. Por sobre la constitución no cabe hablar de normas positivas de ninguna especie;

3) El poder constituyente, que es el que realiza los actos creadores de normas constitucionales, no puede, por lo mismo, estar sometido ni sujeto en su actividad al derecho positivo;

4) Teóricamente, pues, el poder constituyente no admite limitación alguna en su actividad por el derecho positivo. Jamás una norma constitucional puede ser calificada de nula en virtud de su discrepancia con algún precepto de derecho positivo, ya que no existen por sobre las normas constitucionales preceptos positivos a los cuales poder referir su validez;

5) Es, por lo tanto, absolutamente imposible todo intento práctico de someter la actividad concreta del poder constituyente a la regulación del derecho positivo. Los principios que informan el Estado de Derecho logran una cierta eficacia, en todo caso relativa, cuando se aplican a los poderes estatales propiamente dichos, pero son en absoluto inadecuados para ser aplicados al poder constituyente.

Todo esto demuestra que entre la creación de las normas constitucionales y la creación de todos los demás preceptos positivos, existe una oposición fundamental, porque mientras la creación de cualquiera norma jurídica es un proceso regulado por el propio derecho positivo, la creación de las normas constitucionales no puede estar sujeta a preceptos positivos de ninguna especie. Correlativamente, la misma oposición existe entre el poder constituyente y los demás poderes creadores de derecho: mientras estos últimos existen y actúan en virtud de los preceptos de derecho positivo que les otorgan "competencia" y determinan la validez jurídica de sus actos, el poder constituyente, por esencia, no admite sujeción alguna a normaciones positivas anteriores que jurídicamente le den titularidad y lo vinculen.

¿Cómo afronta, entonces, la doctrina jurídica contemporánea la cuestión del poder constituyente?

88. Planteamientos superficiales.— Diremos, en primer término, que el problema, tal como ha quedado planteado por nosotros, mueve a la mayoría de los expositores de derecho público a realizar una operación de simple escisión dentro de la teoría jurídica en torno a la creación del derecho: Así, distinguen y separan una teoría de la creación originaria del derecho, por un aparte, y una teoría de la creación derivativa del derecho, por otra. Ejemplo de este modo de proceder nos lo proporciona Recasséns-Siches en su obra "Vida Humana, Sociedad y Derecho" (1). De un modo idéntico se procede con la teoría del poder; jurídicamente no existiría una sola teoría general del poder, sino dos: una teoría del poder constituyente y una teoría de los poderes constituídos (2).

Pero estos planteamientos son superficiales, si bien tienen su fundamento, y en ningún caso conducen a solucionar, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, la cuestión de la esencia del poder constituyente, de la naturaleza de su actividad creadora de preceptos positivos válidos, como son las normas constitucionales, y de las limitaciones a que está sujeto en el desenvolvimiento de su actividad típica.

(1) Véase Cap. X, párrafo 7, titulado "Las formas de producción del derecho: de modo originario y de modo derivativo".

(2) Véanse las págs. 294 y siguientes de la misma obra.

89. Criterios de fondo.— Para entender los planteamientos verdaderamente de fondo de las distintas corrientes doctrinarias contemporáneas acerca del problema del poder constituyente, creemos indispensable comenzar por distinguir entre los dos criterios básicos que informan todo pensamiento científico en torno al tema de la creación del derecho positivo.

Uno es el que estima que un mero acto de voluntad, en su sola dimensión de hecho natural y empírico, por su sola fuerza de motivación causal intrínseca, aunque se realice desvinculado de toda normación superior, sea de carácter positivo o suprapositivo, que lo determine formalmente, dándole titularidad y fijándole un cierto procedimiento, o substancialmente, imponiéndole cierta dirección o “medida”, puede servir de suficiente fundamento a la validez jurídica. Una norma jurídica nace del puro querer, de la “decisión pura” de una voluntad dotada de suficiente fuerza para imponer sus dictados a las demás voluntades. La fuerza sería el fundamento último del derecho. Este criterio está representado hoy por la doctrina del “decisionismo” del tratadista alemán Carl Schmitt, pero fácil es advertir que en el fondo no es sino una expresión de las viejas teorías de la fuerza y de la violencia como explicaciones de la naturaleza última del derecho.

Para una teoría de la fuerza, tal como el decisionismo, la cuestión relativa a que el poder constituyente no admita sujeción a normas positivas que le otorguen titularidad y lo regulen, naturalmente, no puede significar nada.

En el caso del poder constituyente, como en el de cualquier otro poder “constituído”, la norma creada no ha de valer en razón de su concordancia con los preceptos superiores que regularon su creación, sino en virtud de la fuerza existencial de la voluntad de poder.

Otro, que representa sin duda el criterio dominante, es el que afirma la imposibilidad de que un mero acto de voluntad, en su sola dimensión de hecho natural, desprovisto de toda vinculación con estructuras normativas superiores, pueda dar origen a preceptos normativos jurídicamente válidos. Trátase de la imposibilidad gramatical a que hacía mención Poincaré cuando ponía de relieve el carácter imperativo de lo normativo, fundamentalmente opuesto e irreductible a la condición de indicativo en que siempre han de darse los hechos naturales y los actos humanos entre ellos. Es también la imposibilidad de la normatividad de lo fáctico, sostenida por G. Jellinek e impugnada por Radbruch en estos términos: “La normatividad de lo fáctico es una paradoja; nunca un deber ser puede surgir de un hecho; un hecho . . . sólo puede ser normativo en el caso que una norma le haya conferido a él esa normatividad” (3). Pero ha sido Kelsen el tratadista que con mayor precisión ha fijado el sentido de esta postura: “la validez de una norma deriva siempre de otra norma, jamás de un hecho” (4).

Dentro de este último criterio, general y amplísimo, muévense concepciones doctrinarias encontradas, pero que coinciden en sostener la imposibilidad de la validez de los preceptos jurídico-positivos, sin una normatividad superior que la determine, sea ésta de carácter positivo o suprapositivo. En esta parte de nuestro trabajo habremos de considerar tres de estas doctrinas, refiriéndolas y enfrentándolas, dada la índole de esta investigación, al problema específico del poder constituyente.

(3) Radbruch George: Ob. cit. pág. 242.

(4) Kelsen Hans: “Los juicios de valor en la ciencia del derecho”, de la colección “El derecho natural y otros ensayos.” pág. 252.

A.—Doctrina del positivismo dogmático.— La circunstancia de no admitir el poder constituyente derivación en su existencia ni justificación en su actividad de ningún tipo de normación positiva, pone, naturalmente, al jurista en camino de buscar tal derivación y justificación en normas suprapositivas. Esta es, sin embargo, la solución que excluye el positivismo dogmático. Para el jurista que profesa el positivismo no existe otro derecho que el positivo. La actitud del jurista dogmático frente al poder constituyente queda así determinada y definida: elimina el tema del poder constituyente del objeto formal de la ciencia jurídica, negando que su problemática tenga carácter jurídico.

No significa ésto, sin embargo, que el dogmatismo carezca, en absoluto de una doctrina constituyente. Desde su punto de vista, la ciencia jurídica debe ocuparse del poder constituyente, pero, y aquí está la paradoja de esta postura, no en cuanto poder constituyente, sino en cuanto poder constituido. La dogmática jurídica admite, dentro de la esfera de su consideración científica, al poder constituyente, pero despojándolo, previamente, de su real y auténtica naturaleza, y transformándolo en “poder constituyente derivativo”, o, para usar la expresión más significativa de Sánchez Agesta, en “poder constituyente constituido” (5).

Bien se comprenderá que de este modo se soslaya o elude toda problemática en torno al poder constituyente. Cuando se afirma el poder constituyente en su auténtica esencia y consistencia de poder desligado de toda normación positiva, se le suprime del horizonte del jurista bajo pretexto de que no es materia que le concierna. Se le considera, en cambio, cuando aparece sometido al derecho positivo, o sea, cuando se perfila, no como poder constituyente, sino como poder constituido; o bien, si se ha de jugar con los conceptos, como poder constituyente constituido. Es claro que al adoptar esta posición se pierde para la teoría jurídica y, muy en especial, para la doctrina del derecho público, un material riquísimo en posibilidades conceptuales, ya que no sin razón afirma Duguit que el poder constituyente significa “el problema capital del derecho público” (6).

B.—Doctrina del formalismo de Kelsen.— Kelsen representa no sólo la expresión más acabada y científica del positivismo, sino que es, además, el positivista más consecuente con sus principios.

Hemos visto nosotros que al famoso tratadista vienés le cabe el gran mérito de haber demostrado, en forma irredargüible, que, según expresión de Heller, “la validez jurídica no puede basarse en su establecimiento por un poder de voluntad no sometido a normas” (7).

La tesis de Kelsen ha sido acogida con regocijo por los que se mantienen en la línea del positivismo dogmático. Pero ella misma ha hecho más evidente la inconsecuencia de su postura frente al poder constituyente. Porque si se afirma y se sostiene que la validez de una norma positiva deriva de otra superior que ha regulado el acto de poder que la crea, ¿cómo puede el positivismo sostener la validez de la constitución negando condición jurídica al acto constituyente?

Kelsen advierte esta aporía y se propone superarla. Estima este tratadista que la cuestión del poder constituyente es ineludible para la teoría jurídica.

(5) **Sánchez Agesta, Luis:** Ob. cit. pág. 389.

(6) Citado por **Carré de Malberg:** Ob. cit. pág. 1161.

(7) Ver antes, parte primera, cap. segundo N.º 9.

Dado que Kelsen pretende enfrentarse al problema del poder constituyente sin abandonar su radical punto de vista positivista, sus intentos parecen de partida imposibles. Por una parte, afirma enfáticamente que la constitución es la norma positiva de grado más alto dentro de la estructura escalonada del orden jurídico. Por sobre ella cesa toda manifestación de lo jurídico. Esto implica el absurdo de suponer al poder constituyente, que crea la constitución, sujeto a normas jurídicas positivas. Pero, por otra parte, es indispensable mantener inalterable el principio de que no puede existir acto creador de derecho, ni forma alguna de poder, que no esté determinado y regulado por una estructura normativa superior. ¿Cómo, pues, superar este punto ciego de la creación de las normas constitucionales sin salirse de los marcos positivistas?

Reconoce Kelsen que la solución puede estar en aceptar la existencia por sobre las normas positivas, y especialmente, sobre la constitución, de preceptos jurídicos de carácter supra-positivos, como son los de derecho natural; o bien, en admitir un origen divino para la potestad que establece la constitución, pero, arguye, “la característica del llamado positivismo jurídico estriba, sin embargo, en que prescinde de cualquiera justificación religiosa del orden jurídico”, y en que “rechaza un derecho natural del que pudiera derivarse la validez del orden jurídico positivo” (8).

Advirtiendo la imposibilidad del derecho positivo de regular el acto constituyente, y negando, al mismo tiempo, la realidad del derecho natural, Kelsen introduce una solución propia y original. El acto constituyente, y por ende, el poder constituyente, estaría determinado por una entidad normativa de naturaleza especialísima: la **norma fundamental hipotética**. Ella, por de pronto, no tiene carácter de norma de derecho natural, pero tampoco es derecho positivo, pues, como el propio Kelsen señala, “no es producida en procedimiento jurídico; no es instituída sino supuesta, en tanto condición de toda instauración jurídica, de todo procedimiento jurídico positivo” (9).

Más adelante (Capítulo III, N° 110), nos ocuparemos, en detalle, de perfilar la naturaleza de esta norma fundamental hipotética, tal como la concibe Kelsen.

C.—Doctrina del derecho Natural.— Para la doctrina católica del derecho natural, cada una de las normas positivas y el derecho positivo como totalidad, derivan su validez jurídica, y por tanto su fuerza obligatoria, de su conformidad mediata o inmediata con los preceptos de la ley natural.

(8) Kelsen Hans: “Teoría general del derecho y del estado”, pág. 119.

(9) Kelsen Hans: “La teoría pura del derecho”, pág. 99.

La circunstancia de que la creación de las normas **constitucionales** no sea un proceso regulado por el **derecho positivo**, tal como sucede respecto de todos los demás preceptos jurídico-positivos, no significa que la actividad del poder constituyente sea una mera función de hecho, desprovista de la condición esencial de lo jurídico, pues el poder constituyente, al igual que cualquier otro poder, está sometido al **derecho natural**, el cual regula sus actos en orden a la justicia que a través de ellos debe realizarse, justicia que, al mismo tiempo, es la que determina la medida de su validez jurídica.

La doctrina del derecho natural es, de este modo, riquísima en posibilidades, que permiten ofrecer una correcta solución científica al problema del poder constituyente y sus limitaciones.

90. Anticipo de materias.—En los capítulos que siguen comenzaremos por considerar la doctrina positivista y dogmática que niega carácter jurídico al problema de poder constituyente originario, limitando su labor a la dilucidación de las cuestiones que plantea el poder constituyente derivativo o constituido. La exposición, en este aspecto, la desarrollaremos en torno a la obra del jurista francés M. Carré de Malberg, máximo exponente de esta postura doctrinaria.

Continuaremos con un estudio de la teoría del decisionismo de Carl Schmitt, ya bosquejada a grandes rasgos, aplicada al problema constituyente, donde adquiere contornos de especial interés.

Mostraremos, en seguida, la significación que reviste la concepción kelseniana de la norma fundamental hipotética, como intento original de salvar el arduo problema de la validez jurídica de la norma constitucional.

Por último, el capítulo final lo destinaremos a esbozar, en la medida que las pretensiones de este trabajo hacen posible, las líneas generales del pensamiento jusnaturalista, cuya aplicación proporciona, a nuestro juicio, una respuesta adecuada a la interrogante de la naturaleza, funcionamiento y limitaciones del poder constituyente.

En la exposición de las doctrinas sobre el poder constituyente, que realizaremos en esta parte, habremos de ahorrarnos todas aquellas explicaciones de índole general sobre el origen y desarrollo de cada una de ellas, y su entronque y relaciones con el pensamiento filosófico-jurídico de que forman parte. Para cumplir una finalidad como la señalada, hemos preferido adelantar toda la parte segunda de este trabajo.

CAPITULO PRIMERO

DOCTRINA SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE DEL POSITIVISMO DOGMATICO: CARRRE DE MALBERG

91. **Origen histórico-conceptual de este punto de vista doctrinario.**— La concepción del poder constituyente propia del positivismo dogmático, o sea, según lo indicáramos más arriba, aquélla que lo entiende no como un poder anterior a toda forma positiva de lo jurídico, sino que, por el contrario, que lo concibe determinado y ligado por el orden positivo; que lo analiza, no en cuanto es creador de la constitución, sino como competencia u órgano creado por élla; en una palabra, que lo concibe no como poder constituyente sino como poder constituído, dando así nacimiento a la extraña y paradójal expresión: “poder constituyente constituído”, es una estructura doctrinaria que tiene sus orígenes en un fenómeno histórico conceptual que anotábamos ya en la segunda parte: decadencia y descomposición de la idea de soberanía.

92. **Origen de la teoría del poder constituyente ligado a la idea de soberanía ilimitada de Bodino y Rousseau. Doctrina de Sieyes.**— Aunque Sieyes se ha atribuido implícitamente la paternidad de esa “idea sana y útil” que “se estableció en 1788: la división entre poder constituyente y poderes constituídos, la cual figurará entre los descubrimientos que hacen adelantar la ciencia” (1), afirmación que le ha valido el haber sido tildado en más de una oportunidad de “poco modesto” (2), se ha hecho ver, con buenos antecedentes, que en Norteamérica se conoció y practicó la diferenciación anotada antes de la fecha que se asigna al descubrimiento de la idea en Francia. Sin embargo, nadie discute al notable abate revolucionario su calidad de creador de una auténtica doctrina del poder constituyente.

Teniendo con toda seguridad en cuenta los vagos y confusos antecedentes norteamericanos, Sieyes elaboró un cuerpo de ideas ordenadas y sistemáticas en torno a la separación entre el poder constituyente y los poderes constituídos, lo cual, lógicamente, implicaba fijar con claridad la naturaleza de uno y otros.

Siguiendo en gran parte a Carré, expondremos a continuación las líneas esenciales de la doctrina constituyente de Sieyes. Para ello intentaremos discernir entre los distintos principios doctrinarios que se integran en su pensamiento en torno a la materia.

a) En primer término, anota Carré —siguiendo a Zweig—: la doctrina de Sieyes sobre el poder constituyente “es una síntesis de la doctrina de Rousseau sobre la soberanía del pueblo y de la teoría de Montesquieu sobre la separación de poderes” (3).

(1) Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1186, nota 7.

(2) Pérez Serrano, Nicolas: Ob. cit. pág. 12.

3) Carré de Malberg: Ob. cit., pág. 1190.

Vimos nosotros en la segunda parte que la idea de soberanía de Rousseau es la misma elaborada durante el absolutismo por Bodino, sometida sólo a un desplazamiento en su titularidad: de la persona del príncipe al pueblo, pero sin modificar ni sus atributos ni sus caracteres. Es lo que con tanta precisión anota Sánchez Agesta; “cuando la doctrina del contrato social desplaza esta soberanía del príncipe, es para construir un tipo opuesto de régimen, pero que presupone también una imputación subjetiva de la soberanía: la soberanía del pueblo sustituye a la soberanía del monarca sin modificar esencialmente sus caracteres” (4). Ya sabemos cuáles son esos caracteres: inalienabilidad, indivisibilidad e ilimitación.

Rousseau puso especial énfasis en este último. El soberano de Rousseau con mayor explicitud aún que en Bodino, no admite ninguna forma normativa que lo encadene «porque la voluntad general no puede obligarse a sí misma». «Hay que observar que la deliberación pública, que puede obligar a todos los súbditos con respecto al soberano, no puede obligar al soberano consigo mismo, y que, por consiguiente, es contrario a la naturaleza del cuerpo jurídico que el soberano se imponga una ley que no puede infringir» (5).

Es importante anotar que en Rousseau esta soberanía absoluta e ilimitada se absorbe en la potestad legislativa. No se distingue entre función constituyente y función legislativa o, mejor dicho, la función legislativa comprende también la función constituyente. «Desde este punto de vista no hay lugar, en la soberanía tal como la concibe Rousseau, para un poder constituyente, esencialmente distinto de un poder legislativo. Por otra parte, desde el punto de vista formal, en esta doctrina no cabe buscar fuera y por encima del legislador ordinario un órgano supremo encargado de constituir los demás órganos del estado, pues el soberano mismo, es decir, el pueblo que hace sus leyes, está siempre presente, reunido o dispuesto a reunirse para realizar labores constituyentes, de la misma manera que realiza labor legislativa» (6).

En este punto, entonces, es donde Rousseau es abandonado por Sieyes, al introducir éste la idea de separación de poderes elaborada por Montesquieu. Advierte que esta separación sólo puede tener un sentido lógico y adoptar caracteres de ideas prácticas, si se concibe como previo un poder supremo que constituya y distribuya las potestades a cada uno de los tres poderes que impone la doctrina. Para Sieyes, el acto constituyente tiene por objeto realizar la distribución de los poderes, operación que obviamente sólo puede ser ejecutada por un poder superior. «La palabra constitución, escribe, se refiere al conjunto y a la separación de los poderes públicos» y es por ello que «una constitución supone ante todo un poder constituyente» (7).

De este modo, la idea de soberanía que Sieyes recibe y acepta de Rousseau es aplicada o radicada en el poder constituyente, mientras que el poder legislativo, en el que la hacía recaer Rousseau, reducido a poder meramente constituido, junto con el ejecutivo y el judicial, no alcanza otra potestad que la que el poder constituyente le otorga a través de la constitución.

b) A diferencia de Rousseau, que estimaba que después de celebrado el pacto social, el individuo no conservaba derecho alguno frente al soberano, puesto que el contrato significaba, precisamente, una enajenación total de todos los derechos de cada asociado, Sieyes afirma la trascendencia de los derechos individuales que, en cuanto son naturales, son anteriores a toda unión social.

(4) Sánchez Agesta, Luis: Ob. cit. pág. 541.

(5) Citado por Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1187.

(6) Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1186.

(7) Citado por Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1189.

Como explica Carré, “la separación del poder constituyente viene a ser el corolario lógico y necesario de estas ideas individualistas”. “Sí, como dice Sieyes, agrega, una constitución supone ante todo un poder constituyente”, “es, entre otras razones”, “porque sólo puede tener por objeto asegurar los derechos del hombre y del ciudadano”; “pues uno de los medios esenciales de asegurar estos derechos individuales es el de fijar límites a la potestad de las autoridades constituidas, y especialmente a la potestad del legislador, imponiéndole, por medio del acto constitucional, reglas superiores de las que no puede prescindir y a las que nada puede cambiar por sí misma. Estas reglas limitativas, obra de una autoridad constituyente superior, constituirán la garantía de los particulares. Tal es el pensamiento que se deduce de la proposición enunciada por Sieyes en el art. 9 de su proyecto de Declaración”. “La libertad, la propiedad y la seguridad de los ciudadanos deben basarse en una garantía social superior a todos los ataques” (8).

c) La tercera idea con que Sieyes construye su teoría constitucional es una consecuencia de la incorporación en su doctrina del concepto de soberanía reelaborado por Rousseau, y admite ser expresada así: la constitución puede obligar a las autoridades constituidas, dominando y limitando sus potestades, pero “no puede obligar a la nación, de la cual es obra y que es siempre dueña de recoger y modificar su obra” (9), y por lo tanto, no puede ligar ni vincular al poder constituyente, por ser este poder el que, en representación de la nación, crea la constitución.

Esta parte del pensamiento de Sieyes es el que nos interesa hacer resaltar. A continuación transcribimos un párrafo completo de Carré que contribuye mucho a aclararla:

“Débese, dice Sieyes, (*¿Qu'est-ce que le Tiers Etat? cap. V.*), concebir a las naciones en la tierra como individuos fuera del lazo social, o como suele decirse, en el estado de naturaleza. Y esto en razón de que, a diferencia del gobierno, que sólo puede pertenecer al derecho positivo, la nación se forma por el solo derecho natural. Es todo lo que puede ser, solamente porque lo es. En efecto, si hubiera tenido que esperar, para convertirse en nación, una manera de ser positiva, nunca hubiera existido. De estas ideas deduce Sieyes una doble consecuencia. En primer lugar, la nación no puede quedar sometida a ninguna constitución, pues ello sería contrario a su misma esencia, ya que es una pura formación natural. Que se nos diga, pregunta Sieyes, por qué interés se habría podido dar una constitución a la nación misma. La nación existe antes que todo; es el origen de todo. Su voluntad siempre es legal; es la ley misma. Antes que élla y por encima de élla no existe más que el derecho natural. En segundo lugar, la nación, que es soberanamente dueña de cambiar su constitución, en el ejercicio de su poder constituyente no puede sujetarse a ninguna forma preestablecida; habrá de ejercer ese poder constituyente comportándose como en el estado de naturaleza. Así lo declara expresamente Sieyes “El ejercicio de la voluntad de las naciones es libre e independiente de todas las formas civiles. Al no existir sino en el orden natural, su voluntad, para surtir todo su efecto, sólo precisa presentar los caracteres naturales de una voluntad. De cualquiera manera que una nación quiera, basta con que quiera; todas las

(8) Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1192.

(9) „ „ „ „ „ 1193.

formas son buenas, y su voluntad siempre será ley suprema. Una nación jamás sale del estado de naturaleza y nunca le sobran todas las maneras posibles de expresar su voluntad. No temamos repetirlo: una nación es independiente de toda forma, y de cualquiera manera que quiera, basta que aparezca su voluntad para que cualquier derecho positivo desaparezca ante esa voluntad, como ante la fuente y el dueño supremo de todo derecho positivo”.

“Así, pues, la nación jamás puede despojarse de su libertad de querer. Mediante su constitución, sólo constituye y obliga a sus gobernantes o autoridades constituídas, pero no se obliga ni se constituye a sí misma, pues no puede quedar encadenada en su voluntad por ninguna prescripción constitucional ni por ninguna forma constituída. Sieyes reproducirá estos principios con gran firmeza ante el Comité de Constitución de la Asamblea Nacional, en su Exposición razonada del 20 de Julio de 1789: “Lo que se constituye no es la nación sino su establecimiento político . . . La constitución de un pueblo sólo puede ser la constitución de su gobierno . . . Los poderes comprendidos en el establecimiento público se hallan todos sometidos a las leyes, a reglas, a formas, que no son dueños de cambiar. Así como no pudieron constituirse a sí mismos, tampoco pueden cambiar su constitución, lo mismo que unos nada pueden en relación con la constitución de los otros. El poder constituyente todo lo puede en este orden. No está sometido previamente a una constitución dada. La nación, que entonces ejerce el más grande y el más importante de sus poderes, en esta función debe hallarse libre de toda coacción, de toda forma distinta de la que le place adoptar” (10).

Por nuestra parte, nos interesa destacar de un modo particular, y como conclusión de lo expuesto, estas dos ideas: 1) en los orígenes de la doctrina del poder constituyente, expresados en la obra de Sieyes, este poder se concibe como una manifestación inmediata de la soberanía de la nación, inalienable, indivisible y, por sobre todo, ilimitada, lo que significa en Sieyes, absolutamente desvinculada de todo derecho positivo que regule su actividad. Este carácter de desvinculación es precisamente lo que da sentido a la distinción realizada por Sieyes entre el poder constituyente y los poderes constituídos. Porque mientras en la esencia de estos últimos no se reconoce nada que trascienda a la mera calidad de competencias, determinadas en su existencia, extensión y límites por el derecho positivo que las constituye, de tal modo que un poder constituído “n'es rien sans cette forme constitutive, il ne se commande que par elle”, “un cuerpo sometido a formas constitutivas nada puede decidir sino según su constitución. No puede darse otra. Deja de existir desde el momento en que se mueve, habla o actúa fuera de las formas que se les han impuesto” (11), el poder constituyente, muy por el contrario, “no está sometido a ninguna forma en particular, sino que se reúne y delibera como lo haría la nación misma” (12), es decir, según comentario de Carré, “que no depende de ningún estatuto positivo anterior” (13). Por eso es que, con justeza, este mismo autor afirma que al formular Sieyes su doctrina del poder constituyente, “no hacía sino

(10) Carré de Malberg: Ob. cit. págs. 1194 y 1195.

(11) Sieyes, citado por García Pelayo, Manuel: Ob. cit. pág. 31 y por Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1201, nota 18.

(12) Sieyes, citado por Carré de Malberg; Ob. cit. pág. 1200.

(13) Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1200.

CAPITULO PRIMERO

DE LOS ACTOS DE CREACION DEL DERECHO

4. Relación activa y pasiva de la conducta humana respecto del derecho positivo.—Todo ordenamiento normativo y, por lo tanto, todo ordenamiento jurídico normativo, tiene por objeto la regulación de la conducta humana. Esto significa que toda norma de derecho tiene por contenido material una conducta que ha de ser por ella regulada, en orden a la acción o a la omisión.

En cuanto la conducta del hombre forma el contenido de las normas de derecho positivo, se afirma estrictamente que el hombre está **sometido** al orden jurídico-positivo. Es ésta la dimensión **pasiva** de la vinculación del actuar humano al derecho.

Sin embargo, la teoría jurídica ha advertido cómo, junto a esta relación pasiva de la conducta humana frente a todo ordenamiento normativo, en el caso preciso del derecho positivo se da también otro tipo de vinculación, de índole opuesta, en la que el actuar del hombre aparece, no ya como objeto pasivo de regulación, sino que como sujeto activo regulador. En esta dimensión **activa** el derecho no es estudiado por el jurista en cuanto ordenador de la conducta humana, sino en cuanto fruto o producto de esa conducta, o sea, en cuanto resultado de un auténtico y legítimo acto de poder.

Esta doble relación de la conducta humana con el derecho positivo, que ya veíamos en el capítulo anterior, es la que se expresa cuando se manifiesta que «el hombre está sometido en sentido estricto al orden jurídico, de modo que su conducta forma el contenido de un deber jurídico», y, al mismo tiempo, que «el hombre produce o crea el orden jurídico, esto es, su conducta es calificada como hecho productor o creador de derecho» (12).

Lo ya dicho explica que la teoría jurídica tenga por contenido el estudio del acto humano en la doble dimensión anotada: como **objeto** de regulación normativa y como **sujeto** de regulación normativa.

La materia que nos proponemos desarrollar en esta parte dice relación con el acto humano considerado en el segundo aspecto. Trátase, pues, de un tema propio de la teoría jurídica en cuanto **dinámica**.

5. Fuentes del derecho: acto estatutario y facto consuetudinario.—Todas las normas del derecho positivo son el producto de lo que en doctrina se denomina «fuente jurídica» o «fuente del derecho» (13). Tales expresiones no corresponden a otra cosa que a vías o modos de creación o elaboración del derecho.

Tradicionalmente se han distinguido dos modos de creación o producción jurídica: creación consuetudinaria o facto consuetudinario y creación estatutaria.

En lugar de **creación estatutaria** la expresión más corriente es **creación legislativa o por vía legislativa**. Preferimos nosotros usar aquélla, de origen alemán (Rechts - Satzung o im Wege der Satzung), por ser más amplia, ya que designa no sólo al acto legislativo propiamente tal, sino que también al **negocio jurídico** y a los **actos de jurisdicción**. Procedemos de este modo únicamente con el objeto de mantener el desarrollo de las ideas dentro de la línea metodológica seguida, en esta materia, por la Escuela Vienesa, sin que con ello nos pronunciemos acerca de la cuestión de fondo de si es válido en teoría afirmar que

(12) Kelsen, Hans.—«Compendio de la Teoría General del Estado». pág. 156.

(13) Recassens Siches, Luis.—Ob. cit. pág. 7; Kelsen Hans: «Teoría Pura del Derecho», pág. 113.

trasladar a la nación, declarada soberana, la aplicación del principio, afirmado por Bodino y conservado en vigor hasta el fin de la antigua monarquía, según la cual, el príncipe, como soberano, se halla **supra leges** y queda **legibus solutus**" (14). El otro aspecto de la teoría del poder constituyente de Sieyes en que nos interesa hacer hincapié dice relación con el alcance que en su doctrina tiene el principio **legibus solutus**. Es importante notar que si bien es típico en el pensamiento de Sieyes la idea de que el poder constituyente, en cuanto se identifica con la nación misma, está absolutamente desvinculado de cualquiera normación de tipo positivo, no es menos explícito su criterio en orden a que ese mismo poder se encuentra sujeto al derecho natural. Los siguientes conceptos, ya citados, no dejan dudas al respecto: "la nación existe antes de todo; es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal; es la ley misma. Antes que élla y por encima de élla no existe más que el derecho natural".

93. Desvirtuamiento de la primitiva y auténtica doctrina del poder constituyente, como consecuencia de la descomposición de la idea de soberanía.—Pensada y elaborada la idea del poder constituyente como una consecuencia de la idea de soberanía, a medida que ésta va perdiendo su rigurosa y definida significación primitiva, aquélla hubo de sufrir un paulatino desvirtuamiento en su formulación. El concepto de soberanía en Bodino y en Rousseau, y también en Sieyes, servía indudablemente para fundar en él tanto una teoría política como una teoría jurídica completas y cerradas. La voluntad del príncipe y la voluntad general, concebidas como voluntades soberanas, y por tanto, **supra leges** y **legibus solutus**, representan la esencia de la monarquía absoluta y de la democracia en cuanto principios políticos-formales básicos; desde el punto de vista jurídico, ambas sirven para otorgar un último fundamento de validez a todo el sistema de derecho positivo: en última instancia, habrá de considerarse como derecho aquello que la voluntad soberana del príncipe, en la monarquía absoluta, o del pueblo, en la democracia, decidan o resuelvan como tal.

En la Revolución Francesa prodújose el choque entre ambos principios. A la soberanía del príncipe se oponía la soberanía del pueblo. Esta última habría de expresarse, teórica y prácticamente, bajo la forma de poder constituyente del pueblo. La obra de Sieyes consistió, como hemos visto, en desenvolver la doctrina del poder constituyente de la nación como una derivación de la idea rousseauiana de la soberanía popular, para oponerla, bajo aquella forma, a la soberanía absoluta del príncipe.

Es preciso advertir el siguiente proceso de evolución conceptual, claramente captado por Schmitt: «Bajo el imperio de la soberanía propia de la monarquía, y hasta el siglo XVIII, no se pensó en designar al príncipe absoluto como sujeto del poder constituyente. Esto se explica, porque el pensamiento de una libre decisión de totalidad, adoptada por hombres, sobre modo y forma de la propia existencia política, sólo puede tomar la forma de un hecho político muy lentamente» (15).

Es con el advenimiento de la idea de soberanía democrática cuando surge por primera vez la idea de un poder constituyente. Durante la Revolución Francesa, Sieyes fija las líneas fundamentales de su doctrina.

Cuando sobreviene, después de la Revolución, la Restauración monárquica, se aplicó la idea del poder constituyente al principio de la soberanía propio de la monarquía. Es lo que expresa Schmitt: «Durante la Restauración Monárquica, 1815-1830, el Rey se convirtió en sujeto del poder constituyente. Por virtud del principio monárquico permanece en él la plenitud del poder del estado, incluso cuando se vincula, con vistas al ejercicio de ciertos derechos, en volumen

(14) Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1193.

(15) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 89.

limitado, a la cooperación de los estamentos. La teoría de un poder constituyente del rey fué sostenida ocasionalmente y sin éxito en la Asamblea Constituyente de 1789. Pero durante la época de la Restauración fué teoréticamente necesario contraponer un poder constituyente del rey al poder constituyente del pueblo, que había sido afirmado como clara tesis de la Revolución Francesa» (16). Debe tenerse presente que la Carta francesa de 4 de junio de 1815 es un caso típico de constitución moderna emitida u otorgada sobre la base del principio monárquico, es decir, del poder constituyente del rey. «La Chartre —escribe Schmitt— descansaba en el poder constituyente del Rey, contrapuesto al poder constituyente del pueblo» (17).

Hasta aquí, entonces, la doctrina del poder constituyente mantenía su correlación conceptual y lógica con los principios políticos básicos, expresados modernamente bajo la oposición entre soberanía del príncipe y soberanía popular.

Pero la doctrina de la soberanía, tanto en su expresión absolutista como democrática, había de quedar totalmente desvirtuada y desprovista de sentido, cuando se empezó a afirmar, por los más caracterizados representantes del liberalismo de la restauración, que ni al Rey ni al Pueblo correspondía la soberanía, sino que la constitución era soberana.

Escribe Schmitt:

«En la época de la Restauración monárquica en Francia, y bajo la Monarquía de Julio (así, pues, de 1815 a 1848), han calificado especialmente los representantes del liberalismo burgués, los llamados doctrinarios, a la constitución (Chartre) de soberana. Esta notable personificación de una ley escrita tenía el sentido de elevar la ley con sus garantías de la libertad burguesa y de la propiedad privada por encima de cualquier poder político. De este modo se soslayaba la cuestión política de si era soberano el Príncipe o el Pueblo; la respuesta era sencillamente: ni el Príncipe ni el Pueblo, sino la Constitución es soberana. Es la respuesta típica de los liberales del estado de derecho burgués, para los cuales tanto la Monarquía como la Democracia deben limitarse en interés de la libertad burguesa y de la propiedad privada» (18).

Es claro que una afirmación tal no puede sino poner término a todo pensamiento sobre el poder constituyente. Si la constitución es soberana, significa que por encima de ella no puede existir poder alguno que se le imponga, porque entonces tal poder sería el soberano y no la constitución. Solamente cabe el absurdo de un poder constituyente de la constitución, expresión que puede servir de anuncio a Sánchez Agesta y a su poder constituyente constituido.

El efecto del desvirtuamiento del sentido de la idea de soberanía sobre la doctrina del poder constituyente, lo explica Schmitt con los siguientes términos:

«En la revolución de Julio del año 1830 se decidió en Francia la cuestión política de si era el Rey o el Pueblo el sujeto del poder constituyente. La doctrina democrática del poder constituyente del Pueblo se había introducido definitivamente. Los representantes del estado liberal de derecho intentaron eludir la alternativa: o soberanía y poder constituyente del Rey, o soberanía y poder constituyente del pueblo, hablando de una soberanía de la constitución. Con esto no se contestaba a la cuestión; se la soslayaba y velaba tras la idea confusa de un poder constituyente de la constitución. Todas las constituciones y leyes constitucionales francesas que siguen, (1815, 1848, 1875), tienen como supuesto el poder constituyente del Pueblo» (19).

(16) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 92.

(17) > > > > 60.

(18) > > > > 9.

(19) > > > > 60.

De este poder cnstituyente de la constitución, consecuencia lógica de la soberanía de la constitución, hay que partir para entender una postura como la de Carré, que sólo admite como auténtico poder cnstituyente al que, al mismo tiempo, sea poder constituido. Es la teoría del poder constituyente como poder constituido.

94. Exposición de la teoría constituyente de Carré de Malberg.—

Carré de Malberg es uno de los más eminentes representantes del positivismo jurídico contemporáneo. Para él, como para todos los de su escuela, no hay más derecho que el creado por el estado. Tratadista de derecho público, para explicar la creación del derecho por el estado, echa mano a la teoría del órgano, de claro origen alemán. De este modo, el derecho es creado por los órganos del estado, sin que exista para el jurista otro derecho que aquel que elabora el estado a través de sus órganos.

El órgano es definido por Carré como «un individuo o un colegio de individuos cuya voluntad se erige en voluntad del estado por el estatuto orgánico de la colectividad nacional. Así el órgano proviene esencialmente de la constitución» (20).

En un sistema de soberanía monárquica, o aristocrática, o democrática, el poder radica, en última instancia, en el príncipe, el grupo oligárquico o el pueblo, respectivamente; cualesquiera de estas tres entidades existenciales, capaces de desarrollar actividad política, pueden servir de fundamento a las diferentes manifestaciones del poder creador de derecho. Carré, sin embargo, renuncia a moverse dentro de estos principios. A la soberanía monárquica, así como a la aristocrática y a la democrática, opone, de un modo explícito, el principio de la soberanía nacional. Carré se encarga en el curso de su obra de diferenciar cuidadosamente el concepto de soberanía nacional del de soberanía del pueblo o popular. Mientras la teoría de la soberanía popular significa afirmar que en el pueblo radica todo el poder que se ejerce en el estado, la de la soberanía nacional, tal como la concibe Carré, «no es un principio positivo, que implique que los ciudadanos habrán de ser ellos mismos el soberano...» sino que supone, «de una manera negativa, que ningún miembro de la nación puede poseer un poder que se funde en su propia voluntad» (21).

Estamos en presencia de un típico concepto desvirtuado de soberanía, que, en último término, viene a significar una reencarnación de la vieja idea de la soberanía de la constitución de los doctrinarios liberales de la Restauración. En efecto, «en el sistema de la soberanía nacional, particularmente, toda persona llamada a concurrir a la formación de la voluntad estatal, desde el simple ciudadano elector hasta el monarca constitucional, recibe su competencia funcional, no ya de un derecho personal, sino de una vocación creada por el estatuto de la nación... De hecho, y en derecho positivo, todo poder que se ejerce en el estado tiene su origen en una devolución hecha por la constitución» (22).

Teniendo como punto de partida estos principios fundamentales, Carré se plantea el problema del poder constituyente, problema, según él, «al que viene a afluir toda la teoría del órgano del estado: ¿A quién corresponde elaborar la constitución misma? ¿Quién estará calificado para determinar los órganos estatales y para repartir entre ellos el ejercicio de la potestad nacional? En otros términos, ¿en quién reside el poder constituyente?» (23).

Lejos de contribuir a poner claridad en torno a la aguda cuestión constituyente, el concepto de soberanía nacional del profesor francés la dificulta en grado sumo. Esta es una verdad que el mismo reconoce: «la cuestión del poder constituyente suscita por tanto, en un país de soberanía nacional, dificultades desconocidas en otras partes. En un estado monárquico, esta cuestión no se presenta, pues lo propio de la monarquía es, en efecto, que la constitución sea

(20) Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1161.

(21) » » » » » 1214.

(22) » » » » » 1161.

(23) » » » » » 1212.

obra del monarca y se base en su voluntad. Asimismo, la democracia propiamente dicha se caracteriza por el hecho de que el pueblo es el autor de la constitución. En el sistema de la soberanía nacional, por el contrario, donde ni el jefe del estado ni los ciudadanos poseen derecho soberano alguno anterior a la constitución, y donde los poseedores de los poderes constituidos, sean quienes fueren, no pueden hallar en sí mismos su competencia estatutaria, cabe preguntarse cuál será el órgano encargado de constituir los poderes legislativo, ejecutivo y judicial» (24).

Carré advierte desde un comienzo que la teoría del órgano, única que permite, según él, explicar, desde el punto de vista jurídico, la creación del derecho positivo, no admite ser aplicada al caso de la creación de la constitución originaria, o sea a aquella que surge en completa discontinuidad con toda constitución anterior, ya sea porque es la primera que se funda en un estado, o bien, porque deriva de un golpe revolucionario que ha echado por tierra todo derecho preexistente.

“En efecto, el órgano sólo existe por la constitución. Por consiguiente, cuando se trata de fundar la constitución misma, no puede recurrirse al órgano para este ejercicio del poder constituyente. El órgano supone la constitución ya hecha, y no puede, por tanto, ser el autor de la constitución. La teoría del órgano es una construcción jurídica que parece justificarse cuando se la considera con posterioridad a la constitución, pero no puede intervenir anteriormente a la constitución, a efecto de explicar cómo se ha constituido el poder constituyente mismo” (25).

La circunstancia de que la teoría del órgano no sea aplicable a la creación de la constitución originaria, conduce a Carré, lisa y llanamente, a sostener que tal creación no tiene carácter jurídico y que, en consecuencia, queda fuera de los límites del derecho. Es un tema que no pertenece al objeto de la ciencia jurídica, y que, por lo mismo, no puede interesar al jurista.

Sin embargo, él, en cuanto jurista, necesita demostrar la legitimidad de su posición científica.

95. a) **La constitución inicial.**— La constitución inicial, que surge de los actos mismos de fundación del estado y da a éste su primera organización, “no tiene base jurídica”, por cuanto para que la tuviera, “sería preciso que el derecho fuera anterior al estado; y en este caso el procedimiento creador de la constitución originaria del estado podría considerarse como regido por el orden jurídico preexistente a él” (26).

Pero Carré precisamente niega un derecho anterior al estado. Reconoce y afirma que por sobre el estado existen preceptos de moral o de justicia superiores a las leyes positivas, pero al mismo tiempo sostiene que “estos preceptos, por su sola virtud o superioridad, aunque ésta sea trascendente, no pueden constituir reglas de derecho, pues el derecho, en el sentido propio de la palabra, no es sino el conjunto de reglas impuestas a los hombres en un territorio determinado, por una autoridad superior, capaz de mandar con potestad efectiva de dominación y de coacción irresistibles. Ahora bien, precisamente esta autoridad dominadora sólo existe en el estado; esta potestad positiva de mando y de coacción es propiamente la potestad estatal. Por tanto, se ve que el derecho propiamente dicho sólo puede

(24) Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1181.

(25) » » » » » 1162.

(26) » » » » » 1166.

concebirse en el estado una vez formado éste, y por consiguiente, es inútil buscar el fundamento de la génesis jurídica de estado. Por ser la fuente del derecho, el estado, a su vez no puede hallar en el derecho su propia fuente" (27).

Llega así a concluir el jurista galo, "que la formación inicial del estado, así como su primera organización, no pueden considerarse sino como un puro hecho, no susceptible de clasificarse en ninguna categoría jurídica, pues ese hecho no está gobernado por principios de derecho" (28).

Es porque "la formación del estado no está mandada por ningún orden jurídico preexistente", que "en el origen del estado sólo cabe el hecho, no el derecho" (29).

El acto mediante el cual se establece la constitución inicial, la primera constitución luego de fundado el estado, no sólo no constituye el problema capital de la ciencia del derecho público, como había afirmado enfáticamente Duguit, sino que ni siquiera es un problema jurídico" (30).

El poder constituyente, que crea la constitución inicial con que surge el estado, es, de este modo, un fenómeno meramente natural, un "hecho natural", dirá Esmein, que no cabe ser tratado, bajo ningún punto de vista, por la ciencia jurídica. La ciencia jurídica sólo puede tener por objeto lo que queda dentro de los límites del derecho, y el derecho termina en el estado, pues "no existe derecho anterior al estado". El poder constituyente inicial está precisamente más allá del estado, y, por tanto, fuera del derecho.

96. b) **La constitución revolucionaria.**— La constitución creada a raíz de movimientos revolucionarios o golpes de estado y surgida de un modo no previsto en la constitución anterior está en una situación idéntica a la constitución inicial.

El poder constituyente que surge de una revolución o de un golpe de estado y que actúa absolutamente desvinculado del procedimiento y de las formas constituyentes previstas y prescritas por la constitución precedente, es, para Carré, "un mero hecho de fuerza" que no cabe ser considerado jurídicamente. "La cuestión del poder constituyente, escribe, se presenta aquí en los mismos términos que en la época de la formación originaria del estado: se reduce a una cuestión de hecho y deja de ser una cuestión de derecho" (31).

Estima Carré que así como no le es posible al jurista, en cuanto jurista, ocuparse del poder constituyente que crea la constitución inicial del estado, por no estar este poder vinculado al derecho estatal, único que puede reconocer el jurista, tampoco está en condiciones de hacer objeto de su ciencia el caso del poder constituyente revolucionario, cuya "devolución y ejercicio no están regidos por el derecho, pues en la ciencia del derecho público no hay lugar para un capítulo consagrado a la teoría jurídica de los golpes de estado, de la revolución y de sus efectos".

97. Reducción por esta doctrina, de toda la problemática del poder constituyente, a los problemas relativos al poder constituyente constituido. — Descartado como objeto de la ciencia jurídica el poder constituyente que

(27) Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1167.

(28) " " " " " " 1167.

(29) " " " " " " 1168.

(30) " " " " " " 1173.

(31) " " " " " " 1173.

crea la constitución sin sujetarse a preceptos positivos previos, Carré afirma que sólo puede presentar problema al jurista aquel poder constituyente establecido y regulado por la constitución anterior y siempre que actúe sujeto a sus prescripciones.

O sea que, según esta postura, solamente el poder constituyente constituido permanece dentro de los límites de las cuestiones que caben ser tratadas por la ciencia jurídica.

Naturalmente que de ésto se sigue que para considerar la cuestión del poder constituyente, en cuanto por tal se entiende el poder constituyente constituido, el jurista no deberá sino aplicar los mismos principios y criterios que respecto a cualquier otro poder, pues la creación de la constitución no es algo diferente, cuando ella se realiza por la vía establecida en una constitución anterior, a la creación de cualquier otro tipo de precepto jurídico positivo. Particularmente es evidente que la teoría del órgano le es perfectamente aplicable a un poder constituyente así considerado. Con razón, entonces, Carré anota que “en todos estos respectos se ve que, en definitiva, este ejercicio del poder constituyente entra pura y simplemente en el cuadro de la teoría general y normal del órgano del estado” (32).

No existe, pues, para la postura asumida por Carré, problemas en torno al poder constituyente que sean fundamentalmente distintos a los que se plantean en torno a cualquier otro poder constituido. Nada más lógico desde el momento que el poder constituyente es concebido como un poder constituido más. No cabe tampoco hablar de una teoría de la creación derivativa del derecho, como es tan corriente en la doctrina. No hay teoría jurídica posible en relación a una creación originaria del derecho y por tanto no regulada por el mismo derecho, entendido en su dimensión de derecho positivo. No cabe ni siquiera formular la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, pues desde el punto de vista jurídico no pueden existir sino poderes constituidos.

Estas conclusiones las expresa Carré del siguiente modo:

“Resulta de ésto que los órganos llamados constituyentes, lo mismo que los órganos constituidos, no pueden tener poderes anteriores a la constitución. Cualquier órgano, incluso el que está llamado a ejercer la potestad constituyente, proviene esencialmente de la constitución y de ella recibe su capacidad. Desde este punto de vista, incluso puede decirse que, propiamente hablando, no existe órgano constituyente: en un estado no hay más que órganos constituidos” (33).

Agrega más adelante: “El poder constituyente mismo sólo puede concebirse como un poder de esencia jurídica mientras tiene su fuente en un orden estatuario anterior y se ejerce conforme a ese orden preestablecido” (34).

Y en otra parte: “El problema del poder constituyente, desde el punto de vista jurídico, no puede formularse sino bajo las formas de una cuestión de revisión de la constitución vigente; supone, pues, una constitución preexistente y debe resolverse según las reglas mismas que, con vistas a su revisión, formuló esa misma constitución. Por último es de notarse que— contrariamente a las teorías del siglo XVIII, que consideraban al poder constituyente como la fuente de todos los demás poderes y al órgano constituyente como el autor de todos los demás órganos estatales— los actuales tratados de derecho público invierten el orden de los poderes y de los órganos; y en lo que se refiere

(32) Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1175,

(33) „ „ „ „ „ 1175.

(34) „ „ „ „ „ 1179.

a las relaciones de la potestad legislativa con la potestad constituyente, casi no muestran al parlamento como la creación de un poder superior, el poder constituyente, sino que, en sentido inverso, empiezan exponiendo la organización del parlamento y el funcionamiento de su potestad legislativa, y no es sino posteriormente cuando llegan a buscar en qué medida las leyes constitucionales de revisión difieren, en el fondo o en la forma, de las leyes ordinarias" (35).

98. El problema de las limitaciones del poder constituyente en la doctrina que se expone.— En la teoría del poder constituyente, que con toda propiedad puede denominarse liberal, en oposición a la teoría democrática de Sieyes, o bien a la monárquica de los propugnadores de la Chartre francesa de 1815, la cuestión de las limitaciones no es un problema accesorio, sino que ciertamente es el punto determinante dentro de la postura doctrinaria.

Sieyes ideó su doctrina del poder constituyente pensándolo como una forma a través de la cual el pueblo ejercitara en su plenitud la soberanía cuya titularidad se le atribuye. La idea del poder constituyente quedaba así ligada a la de una potestad absoluta e ilimitada que, en oposición al rey, se hacía radicar en el pueblo. Era ésta una postura democrática.

Ya vimos que a los doctrinarios liberales de la época de la restauración francesa no les interesaba la cuestión de si el poder político debía ser democrático o monárquico; a ellos sólo les importaba mantener el principio según el cual tanto la monarquía como la democracia deben limitarse en interés de la libertad burguesa y de la propiedad privada. La seguridad de esos límites querían encontrarla afirmando, frente a cualquiera manifestación de soberanía monárquica o democrática, la soberanía de la constitución, entendiendo por tal el documento positivo continente de sus principios doctrinarios.

Para llevar a la práctica tales principios, los hombres del liberalismo necesitaban, como primera providencia, sustraer a la constitución soberana de la competencia tanto del poder legislativo, expresión de soberanía popular, como del poder ejecutivo, claro resabio de potestad monárquica aún en aquellos países que no adoptaron la forma de monarquía constitucional. Aquí entra para ellos la idea de poder constituyente. Se piensa en este poder no para dar expresión a potestades absolutas e ilimitadas, monárquicas o democráticas, sino como un medio de poner límites infranqueables al poder ejecutivo y al legislativo.

Decíamos más arriba que Carré no representa sino una continuación en esta línea de pensamiento de cuño liberal y positivista. Su concepto de soberanía nacional, opuesta con igual fuerza al principio de la soberanía monárquica y al de soberanía democrática, se identifica con la soberanía de la constitución de los doctrinarios liberales del segundo cuarto del siglo pasado.

«La finalidad práctica de la distinción (entre poder constituyente y poderes constituidos) es, en efecto, limitar la potestad del órgano legislativo, y especialmente limitarla en lo que se refiere a los derechos individuales de los particulares, en el sentido de que una vez determinados y garantidos estos derechos por el acto constitucional, ya no pueden restringirse ni retocarse por el legislador ordinario. A este respecto, la distinción de un poder constituyente superior a un poder legislativo, responde a la idea de que, en el estado soberano, puede establecerse y reservarse jurídicamente en provecho de los ciudadanos, una esfera de capacidad individual, un estatuto personal de libertad, que se sustrae a la potestad de las autoridades estatales constituidas; y éste es en realidad uno de los conceptos esenciales que se encuentran realizadas en el sistema jurídico del estado moderno» (36).

(35) Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1179.

(36) „ „ „ „ „ 1187.

Otro párrafo que contribuirá a poner de manifiesto el pensamiento del jurista francés, se transcribe a continuación: «Importa observar que esta cuestión de la limitación de los poderes constituidos por el poder constituyente presenta poco interés práctico en Francia, por lo que se refiere a las autoridades ejecutivas y judiciales, ya que tanto para unas como para otras, la ley desempeña el papel de un estatuto que no pueden transgredir, y que hasta las autoridades ejecutivas, en principio, y además de su función de ejecución propiamente dicha de las leyes, no tiene más poderes que los que recibe mediante una habilitación legislativa. La cuestión, por el contrario, presenta un interés considerable en lo que se refiere al órgano legislativo: se trata de saber si, en el estado, existirán dos estatutos, de valor y fuerzas desiguales, uno de los cuales, el estatuto constitucional, considerado como superior al otro, al estatuto legislativo, obligará al legislador mismo» (37).

La finalidad primordial del poder constituyente es limitar a los órganos constituidos y, particularmente, al poder legislativo. Pero en esta teoría, el poder constituyente también es un poder esencialmente limitado. No es en ningún caso, como en la doctrina de Sieyes o en la de la restauración, un poder soberano, y por tanto, ilimitado respecto de cualquiera ordenación positiva.

«Conviene establecer en esta materia, en efecto, una distinción bien clara entre la monarquía y la democracia propiamente dichas, de una parte y el sistema de la soberanía nacional por otra. En el estado puramente monárquico o democrático, el monarca o el cuerpo de ciudadanos, titular principal de toda la potestad estatal, mediante el acto constitucional, delega los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en las diversas autoridades que constituye; en el instante en que va a realizar la delegación, todos estos poderes se encuentran originariamente contenidos en él. En el estado fundado en un concepto de soberanía nacional, el órgano constituyente no lleva en sí los poderes que constituye, si no que sólo posee el poder constituyente. No tiene, pues, sino una parte especial y restringida de la potestad estatal, la que consiste en crear los órganos y las competencias. Evidentemente, una Constituyente, en el sentido propio de la palabra, aparece como el órgano supremo del estado, en tanto que no depende de ningún órgano superior a ella y es dueña de determinar la extensión de los límites de los poderes que reglamenta. Así, cabría calificarla como soberana. Pero hay que reconocer que no puede aplicar ninguno de los poderes que instituye. En cierto sentido, hasta se puede decir que no posee poder alguno, pues es incapaz de ejercer ni el poder legislativo, ni el ejecutivo, ni el judicial. Se limita a crear las autoridades que ejercerán activa y efectivamente esas diversas potestades; por ésto debe desaparecer, cediéndole su lugar, tan pronto como ha sido cumplida su misión constituyente» (38).

Estos conceptos que tan claramente contribuyen a fijar la posición frente al problema, derivan, como el propio Carré señala, de «las consecuencias racionales del principio de la soberanía nacional» (39), por él propugnado.

El poder constituyente no es más que un órgano estatal y, por ello, limitado en principio. Su limitación consiste en que la potestad de que está dotado no tiene en él un carácter primordial e inmanente, sino que proviene del hecho de haberle sido otorgada por la constitución. Por eso es que el poder constituyente de que se ocupa Carré y los de su línea de pensamiento no es sino un poder constituido. Ningún poder constituido puede estar dotado de una potestad ilimitada, no puede ser capaz de «hacerlo todo», según la fórmula que los ingleses aplican a su parlamento, pues «el principio de la soberanía nacional exige que la potestad de los órganos constituidos se halle determinada y limitada por una regla superior, qué habrá de definir qué actos entran en su competencia, y que en todo caso, impondrá a su actividad límites que no podrá traspasar. Esta regla limitativa se hallará contenida en la constitución» (40).

(37) Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1215.

(38) » » » » » » 1219.

(39) » » » » » » 1219.

(40) » » » » » » 1215.

Y en otra parte, recalcando aún más su punto de vista, escribe el mismo autor: «En un país de soberanía nacional, únicamente la nación, actuando mediante el conjunto de sus **órganos**, es soberana; ninguno de los **órganos**, considerado en particular, ni aún el **órgano** constituyente, puede ser soberano. El **órgano** constituyente puede aparecer como el **órgano** supremo, en tanto que expresa la voluntad más alta en el estado; no es, sin embargo, soberano, pues no posee un poder de voluntad ilimitada. La soberanía de la nación, excluye la soberanía del **órgano**» (41).

La limitación del poder constituyente consiste, entonces, en que su potestad, como la de cualquier otro poder constituido, está cuidadosamente determinada por la constitución. La constitución otorga al poder constituyente un poder que habrá de ejercerse sobre ella misma, sobre sus propios preceptos, excluyendo, al mismo tiempo, de la esfera de su competencia, las potestades legislativa, ejecutiva y judicial.

Preséntase aquí el problema de la extensión de la potestad del poder constituyente sobre la constitución que lo ha establecido: ¿Esta potestad es ilimitada, en el sentido de extenderse a todos y cada uno de los preceptos que integran el texto constitucional, o bien se extiende sólo a determinadas disposiciones quedando el resto excluido de su competencia?

Carré se planea expresamente estas interrogantes y su respuesta es precisa y consecuente. Su fundamento hay que buscarlo en la idea de la constitución que el profesor francés acepta como válida dentro de su posición doctrinaria. Para Carré la facultad del poder constituyente sobre la constitución ha de ser necesariamente de carácter ilimitado, en el sentido de poder revisar cualesquiera de sus partes, por una razón de clara lógica conceptual; porque para él, constitución es precisamente aquel conjunto de materias que, habiendo sido sustraídas de la esfera de jurisdicción de las potestades constituidas, particularmente de la del poder legislativo, son puestas bajo la jurisdicción de un poder especial, el poder constituyente, dotado de expresa potestad sobre ellas.

99. a) **Concepto formal de constitución.**—Empleando sus propias palabras «constitución es el conjunto de disposiciones que quedan sustraídas al legislador ordinario y que sólo pueden modificarse por el **órgano** constituyente» (42).

Esto es lo que se llama un concepto formal de constitución. Carré de Malberg se pronuncia expresamente a su favor, rechazando cualquier concepto obtenido *ratione materiae*.

Este formalismo, tan propio y tan determinante en el positivismo contemporáneo, es, indudablemente, el que provoca el máximo de contrasentidos en una doctrina sobre el poder constituyente como la asumida por Carré. Hasta aquí hemos venido señalando su postura como una derivación de la actitud mental mantenida por los doctrinarios liberales de 1830. Sin embargo, es necesario ver también una descomposición respecto a los primitivos planteamientos: es la descomposición marcada por el paso del positivismo substancial de los doctrinarios al positivismo formalista hoy día dominante entre los continuadores de la línea doctrinaria iniciada con el jusracionalismo de los teóricos de la Revolución Francesa. Este proceso, de tanta significación para entender el desarrollo de las doctrinas jurídico-políticas contemporáneas, ha sido agudamente analizado por algunos tratadistas especializados. Nos remitimos en esta oportunidad a García Pelayo, cuando habla del derecho constitucional clásico y de sus crisis: «este cambio se explica por la distinta función que tenía que cumplir la teoría el derecho constitucional, pues una vez asentado y asegurado el régimen liberal burgués, tal teoría ya no precisaba, como en los tiempos en que el nuevo régimen pugnaba por afirmarse frente a los poderes históricos, ser un medio de conocimiento al servicio de una transformación, al modo de la primitiva doctrina

(41) Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1219.

(42) » » » » » » 1236.

constitucional, tan mezclada con estimaciones políticas, sino simplemente un medio de explicación de una realidad cuyo contenido aparecía como indiscutible y definitivamente afirmado. Ahora bien: es claro que toda evidencia en el contenido conduce, en principio, a un resaltamiento de la forma; toda evidencia en lo substancial, a una doctrina desubstancializada» (43).

Si los «doctrinarios» afirmaban enfáticamente, en 1830, la soberanía de la constitución por sobre cualquiera potestad política, fuera monárquica o democrática, era precisamente en atención al contenido, a la materia que la constitución, sostenida como soberana, encerraba en su texto. Su soberanía de la constitución no era sino una manera de concretar en un texto real la idea de una «soberanía de la razón», o de la «justicia», o del «derecho», expresiones todas típicas en la terminología de los filósofos y juristas del jusracionalismo. Para los liberales racionalistas de la restauración, todos estos valores ideales habían llegado a identificarse con el texto de la constitución positiva «con sus garantías de la libertad burguesa y de la propiedad privada». Por eso, y en ese sentido, eran positivistas. La constitución positiva representaba para ellos normas válidas en sí mismas, por ser justas y razonables, más allá de cualquier proceso positivo de creación o elaboración por un poder político. En otras palabras, la constitución positiva se identificaba con los preceptos del derecho natural (derecho racional, o sea, un concepto descompuesto del auténtico *Jus Naturae* de la filosofía clásica). Por eso la constitución era puesta sobre toda potestad política: por su substancial valor intrínseco.

Ya en Carré toda consideración axiológica ha desaparecido. En su doctrina no queda sino la cáscara del formalismo. La constitución no se sobrepone a todos los poderes políticos, incluso al poder constituyente, en virtud de su intrínseco valor jurídico, sino atendiendo a que en ella se encuentran designados los órganos constituidos y el órgano constituyente y establecido el procedimiento a que cada uno debe sujetar su actividad. El poder constituyente está sometido y limitado por la constitución porque es ésta la que fija su competencia y determina las reglas a que debe someter sus actos. Pero por otra parte, la competencia del poder constituyente consiste, precisamente, en la facultad de revisar, reemplazar, derogar, «en todo o en parte», el texto constitucional, ya que constitución no es otra cosa que aquel «conjunto de disposiciones..... que sólo pueden modificarse por el órgano constituyente».

«Esta reforma puede ser más o menos extensa; puede tener por objeto, bien revisar la constitución en algunos puntos limitados, bien derogarla y reemplazarla totalmente. Pero cualquiera que sea la importancia de este cambio constitucional, sea total o parcial, habrá de operarse según las reglas fijadas por la misma constitución que se trata de modificar. Y en efecto, desde el momento en que se hace abstracción de la revolución y de los golpes de estado, que son procedimientos constituyentes de orden extrajurídico, hay que reconocer que el principio de derecho que se impone en una nación organizada es que la creación de la nueva constitución sólo puede ser regida por la constitución antigua, la cual, en espera de su derogación, permanece aún vigente; de tal modo que la constitución nueva nace en cierto modo de la antigua y la sucede, encadenándose con ella sin solución de continuidad» (44).

La situación del poder constituyente frente a la constitución, según esta doctrina, viene a ser ésta: puede revisar, modificar, derogar y reemplazar todos o cada uno de los preceptos constitucionales, siempre que lo haga «según las mismas reglas fijadas por la constitución que se trata de modificar». Luego, estas reglas reguladoras de la actividad constituyente gozan de una especial intengibilidad frente al poder constituyente: ellas, a diferencia de todas las demás normas constitucionales, no caen dentro de la esfera de competencia del poder constituyente. En nuestro derecho, por ejemplo, el poder constituyente establecido en el Capítulo X, arts. 108 a 110 de nuestra Constitución, estaría

(43) **García Pelayo, Manuel:** Ob. cit. pág. 49.

(44) **Carré de Malberg:** Ob. cit. pág. 1173.

tanto el **acto de jurisdicción**, resoluciones judiciales y administrativas, como el **negocio jurídico**, contratos, en cuanto vínculos que ligan obligatoriamente conductas individualizadas, son propiamente **normas** que en tal calidad integren el ordenamiento jurídico-positivo (14).

Para la teoría de la creación del derecho positivo, la distinción entre **acto estatutario** y **facto consuetudinario** no envuelve una importancia decisiva. Esto se debe a que, en último término, ambas fuentes jurídicas no representan sino distintos modos o formas de manifestarse la actividad humana en cuanto sujeto de creación o elaboración jurídico-normativa.

En efecto, es posible afirmar que la diferencia de fondo estriba en la mayor o menor racionalidad o reflexibilidad con que se realiza el acto creador. Así, en el acto estatutario, en cualesquiera de sus expresiones, legislación, contrato, etc., manifiéstase un actuar reflexivo, razonado, consciente de sus fines, propio de voluntades concretas, ya sea de individuos o de órganos que actúan ex-profeso; en tanto que el **facto consuetudinario**, contrariamente, se produce «de una manera espontánea, más instintiva, bajo el impulso inmediato de las necesidades» (15).

En una interesante «Nota sobre la creación de las reglas de derecho por el poder», realiza Hauriou un fino análisis de lo que constituye, esencialmente, «la fundación de las costumbres» y la «fundación de las reglas legales», concluyendo que ambas representan operaciones «subjetivas de poder», es decir, actos conscientes de elaboración normativa.

Queda, pues, claramente sentado que en uno y otro caso trátase de conducta humana que sirve de fundamento, de «causa», a los preceptos del derecho positivo. Por estas razones es que las distintas doctrinas tienden a desentenderse, en cierta medida, de una diferenciación de las fuentes jurídicas como la que estamos considerando, inclinándose a desarrollar la teoría de la creación o elaboración del derecho positivo refiriéndola solamente a los **actos jurídicos** de creación o producción normativa, expresión con la que cubren explícitamente tanto al acto estatutario como al **facto consuetudinario**.

6. Los actos jurídicos de creación o elaboración del derecho positivo.—Como queda dicho, la teoría de la creación o elaboración del derecho positivo, que corresponde a lo que se ha denominado **dinámica jurídica**, se construye en torno a los actos jurídicos considerados como fuentes o vías de producción jurídica.

Se ha dicho por este motivo que mientras el objeto de la ciencia jurídica en cuanto **estática** está constituido por los distintos preceptos o normas que integran el derecho, el objeto de la misma, pero en tanto **dinámica**, está representado por los actos jurídicos en que tales normas o preceptos apoyan su existencia positiva.

¿Cuáles son tales actos?

Como a toda estructura integrante del derecho positivo corresponde un determinado tipo de acto jurídico productor de los elementos que componen dichas estructuras, el criterio que se siga para fijar éstas decidirá también la clasificación de aquéllos.

Realizando una operación de reducción de los preceptos jurídicos a los siguientes grupos fundamentales: normas constitucionales, leyes, reglamentos, resoluciones judiciales y administrativas y negocios jurídicos, resulta una clasificación de los actos jurídicos en actos constituyentes, legislativos, reglamentarios, jurisdiccionales (judiciales y administrativos) y contractuales.

Adviértase que los tres primeros corresponden a actos creadores de normas generales, como lo son la constitución, la ley y el reglamento, mientras los dos últimos sirven de base a preceptos individualizados o particulares: sentencias judiciales y administrativas y contratos.

Introduciendo aquí la distinción realizada en el número anterior entre «acto estatutario» y «facto consuetudinario», cabe señalar que este último es sólo vía de producción de normas generales y jamás de preceptos particulares.

(14) Ver más adelante: capítulo segundo, N.º 21.

(15) Vives, Francisco.—«Filosofía del Derecho», pág. 115.

dotado de la facultad de revisar todos o cada uno de los preceptos constitucionales, excepto los contenidos en los arts. 108, 109 y 110. Frente a la definición de constitución que formula Carré, de acuerdo a un criterio estrictamente formalista, es incuestionable que, desde el momento en que no se acepta la competencia del poder constituyente para pasar por las disposiciones que regulan su actividad, estas carecen de carácter constitucional.

De lo anterior se sigue que «el principio de derecho que se impone en una nación organizada» y según el cual «la creación de la nueva constitución sólo puede ser regida por la constitución antigua», queda notablemente desprovisto de sentido desde el momento en que se hace evidente que los preceptos que regulan la actividad del poder constituyente, aunque se encuentren contenidos en la constitución antigua, carecen de verdadera naturaleza constitucional, y, por lo tanto, en esencia no forman parte de la constitución. Así, no valdría seguir sosteniendo que la creación de la nueva constitución está regida por la constitución antigua.

Esta diferenciación cualitativa entre los preceptos que integran la constitución y aquellos que regulan su revisión o reforma, es uno de los resultados típicos a que alcanza cualquiera investigación en torno de las consecuencias de un concepto formal de constitución. De la definición formal que nos proporciona Carré se llega sin tropiezo a la conclusión de que las reglas que regulan la actividad del poder constituyente constituido no son normas constitucionales. Analizando con extraordinaria agudeza el concepto formal de constitución dominante particularmente en la doctrina alemana, Schmitt llega a una conclusión inversa: que lo único verdaderamente constitucional que habría dentro de la constitución serían los preceptos que regulan su revisión. Al respecto escribe:

«Al relativizar la constitución en ley constitucional y hacer formal la ley constitucional, se renuncia por completo a la significación objetiva de la constitución». «La nota jurídica esencial de las leyes constitucionales estriba exclusivamente en su fuerza legal aumentada» (G. Gellinek, *Allgemeine Staatslehre*, pág. 520). Duración y estabilidad de la constitución se reducen a que las formalidades de un artículo constitucional sobre reforma de la constitución —el art. 76 de la Constitución de Weimar— (que equivale a los arts. 108, 109 y 110 de nuestra actual Constitución)— han de resultar obstaculizadoras. Si realmente consistiera en ésto el definitivo concepto de constitución, la prescripción sobre reforma constitucional, el art. 76 para la Constitución de Weimar, sería la médula esencial y el único contenido de la Constitución. Toda la Constitución sería tan sólo un dispositivo, y, en realidad, sólo una ley en blanco que en cada caso puede llenarse según las prescripciones sobre reforma constitucional. . . . Esta sería la consecuencia del concepto formal de constitución, según lo presenta hoy con la mayor naturalidad la actual doctrina alemana del derecho político» (45).

La insuperable imposibilidad de mantener en un mismo grado o especie normativa las normas constitucionales con aquellas que regulan su revisión, deriva indudablemente de la circunstancia de que es formalmente imposible que la creación o elaboración de un determinado tipo de normas sea regulado por preceptos de idéntico tipo o grado. Este es un principio básico de dinámica jurídica. La estructuración del derecho por grados en una ordenación escalonada es una de las derivaciones teóricas más típicas que de ella han surgido. Sin embargo, existen expresiones doctrinarias mucho más corrientes que responden exactamente a la misma idea. Entre nosotros el principio de la irretroactividad de las leyes está establecido y desarrollado en un texto legal (ley del año 1861). No obliga, en consecuencia, al legislador, el cual puede dictar leyes con efecto retroactivo, salvo en materia penal, en atención, precisamente, a que la retroactividad penal está prohibida por la constitución. Con ésto se está significando que la actividad legislativa puede regularse y limitarse mediante preceptos constitucionales, porque ellos representan el grado más alto en el ordenamiento jurídico, pero no puede quedar vinculada mediante leyes, porque una ley jamás podrá sobreponerse al proceso legislativo que es de donde ella misma deriva su propia existencia.

(45) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 22.

100. b) **Incidencia de una concepción formal de constitución en el problema de las limitaciones del poder constituyente.**—Del mismo modo que una ley no puede regular y limitar la creación de otra ley, la constitución no puede regular y limitar la creación de otra constitución.

El desarrollo de la doctrina constituyente de Carré de Malberg no podía eludir el choque con un principio tan sencillamente evidente. Al analizar el caso concreto del poder constituyente establecido en la Ley Constitucional francesa de 1875, considera que, en principio, en teoría, su organización responde a la idea de soberanía nacional, siendo, en consecuencia, un poder esencialmente limitado. El poder constituyente no tiene más facultades que las que expresamente le señala la constitución y ellas debe ejercitarlas conforme al procedimiento constitucional respectivo. El problema está en saber si estas regulaciones y limitaciones impuestas por la constitución al poder constituyente tienen una consistencia jurídica real, o bien, si se reducen a meras apariencias carentes de verdadera significación para el derecho. Colocado en este punto, el pensamiento de Carré en torno a las limitaciones del poder constituyente constituido por la Constitución de 1875, tórnase francamente pesimista.

«Todo —escribe—, en apariencia, se haya conforme con la idea de la soberanía nacional, pero, en realidad, falta mucho para que estas supuestas limitaciones sean eficaces, y la verdad es que, en el estado actual de las cosas, ni la potestad constituyente de la Asamblea Nacional, ni la potestad legislativa de las cámaras, se hayan sujetas a condiciones restrictivas que basten para hacer de ellas, jurídicamente, potestades esencialmente limitadas» (46).

Se trata, como bien puede apreciarse, del problema de la sanción en las normas establecidas para regular y limitar los actos del poder constituyente, problema que para un positivista como Carré, tórnase angustioso. Es el fantasma de la incesante pregunta «¿Quid custodet custodes?» que ya veíamos en la primera parte.

Carré sabe perfectamente lo que significa que las normas reguladoras de la actividad constituyente carezcan de sanción. Lo que ello significa particularmente para una postura doctrinaria como la suya: verse nada menos que obligado a aceptar que, por la imposibilidad absoluta de sancionar los actos del poder constituyente que infrinjan los preceptos que regulan sus actos, éstos carecen de valor jurídico propiamente dicho. Es así como escribe: «..... hay que concluir que, a falta de algún medio constitucional que pueda servir para mantener a la Asamblea Nacional dentro de los límites de sus poderes, el respeto de dicha Asamblea a los citados límites sólo depende, en suma, de su buena intención. Así lo reconoce también Esmein cuando dice que, en esta materia, «hay que remitirse a la conciencia de los miembros de la Asamblea». Pero, por ello, este autor se ve llevado a añadir que, en esas condiciones, las prescripciones limitativas del art. 8.º—se refiere al art. 8.º de la Constitución francesa de 1875,—(equivalente a los arts. 108 a 110.º de nuestra Constitución), carecen de verdadera sanción jurídica. Es evidente, en efecto, que una limitación constitucional cuya observancia depende de la buena voluntad del órgano al que se impone no tiene valor jurídico propiamente dicho. Aquí, en particular, la limitación es tanto menos eficaz cuanto que en caso de duda o de discusión sobre el alcance de su aplicación y sobre sus efectos, corresponde naturalmente a la Asamblea Nacional, como órgano constituyente, e incluso sólo a ella corresponde, resolver estas dudas por su propia interpretación, ya que ella sola, en principio, está calificada para interpretar los textos constitucionales» (47).

En el análisis de la situación constitucional francesa bajo la constitución de 1875, Carré concluye que tanto el poder constituyente como el propio poder legislativo carecen de verdaderos límites jurídicos en el desenvolvimiento de su actividad debido a que los preceptos que en tales limitaciones se encuentran establecidos no tienen sanción.

(46) Carré de Malberg: Ob, cit. pág. 1262.

(47) » » » » » » 1264.

Sin embargo, la ilimitación de hecho de uno y otro poder tiene, para Carré, una distinta explicación. Si el ve en el Parlamento francés a un poder que “se encuentra en posesión de una potestad casi ilimitada” (48), lo atribuye a que en Francia no se ha organizado, como en Estados Unidos, un debido control de la constitucionalidad de las leyes. Trátase pues, de una razón de mala organización constitucional. El caso del poder constituyente es diferente por cuanto Carré reconoce que ni en teoría, ni en la práctica, puede existir medio alguno que pueda servir para imponer sanciones al poder constituyente. Y conste que Carré habla siempre del “poder constituyente constituido”, o sea, se está refiriendo a la imposibilidad de hacer efectivas las regulaciones y limitaciones que ordenan su actividad. Este pensamiento lo expresa Carré adhiriendo a una frase de Esmein en que advierte que en el caso del poder constituyente “parece imposible encontrar una sanción directa y jurídica” (49).

Es notable el contraste que existe entre el pensamiento de Carré y el de Hauriou frente al mismo problema de la sanción de los preceptos reguladores de la actividad constituyente y concretamente en la forma en que se presentaba bajo la vigencia de la Constitución del año 1875.

“Se sanciona este procedimiento de revisión —escribe Hauriou, refiriéndose al establecido en el art. 18 de la Constitución citada— por la circunstancia de que si no fuera observado, las leyes constitucionales que se elaborasen no deberían considerarse como válidas” (50).

Puede expresarse en estos términos el célebre institucionalista porque, a diferencia de su compatriota cuyo positivismo le impide aceptar la existencia de preceptos jurídicos que trasciendan a la Constitución, afirma, como verdad primordial de su doctrina constitucional, que “en Francia, como en cualquier otro pueblo, existen principios fundamentales susceptibles de constituir una legitimidad constitucional superior a la constitución escrita” (51).

En 1920 se requirió al Tribunal Supremo de Estados Unidos para que declarara inconstitucional la Enmienda XVIII que prohibía la fabricación de bebidas alcohólicas. El caso reviste un interés doctrinario de primera magnitud. No se trataba de que la Corte Suprema ejercitara su facultad ordinaria de control de la constitucionalidad de las leyes, sino de que se pronunciara sobre la constitucionalidad de un precepto constitucional incorporado a la constitución por la vía de la enmienda. Era un control que había de ejercerse no sobre el poder legislativo, sino sobre el poder constituyente. Desde un punto de vista positivista esto parece una aberración. Así, en los Estados Unidos, aún cuando la tentativa de los antiprohibicionistas contra la enmienda aludida no prosperó, se ha impuesto el principio de que el control jurídico debe extenderse también a la actividad del poder constituyente.

Dice Hauriou: “en Estados Unidos el control de la constitucionalidad de las leyes, confiada a los jueces, ha ido condensando la concepción de la legitimidad absoluta o de la absoluta continuidad de los principios individualistas del viejo “commun law” anglo sajón. Estos principios no sólo están incorporados a las constituciones escritas de los estados particulares, y han servido así de pauta a las leyes ordinarias de las legislaturas, sino que se han considerado al fin como dominadores de las constituciones de los estados y

(48) Carré de Malberg: Ob. cit. pág. 1268.

(49) „ „ „ „ „ 164.

(50) Hauriou Maurice: Ob. cit. pág. 325.

(51) „ „ „ „ „ 327.

aún de la misma Constitución Federal, pudiendo servir de límites aún a las enmiendas constitucionales, y de fundamento al control de la constitucionalidad" (52). Es en virtud de tales principios supraconstitucionales que "ha de considerarse, pues, como posible la declaración de inconstitucional de una enmienda de la constitución americana, es decir, la inconstitucionalidad de una reforma constitucional" (53).

Hauriou no deja de hacer resaltar la manifestación de fe en el derecho natural que se oculta bajo una solución como la anterior. «El juez americano se eleva notoriamente por encima de la ley constitucional; para él, existe sobre la Constitución un conjunto de principios superiores que son de derecho natural y que forman una legitimidad constitucional. La constitución primitiva se reputa adecuada a la legitimidad, pero si las enmiendas no se inspiran en ésta deberán ser declaradas inconstitucionales» (54).

Si un residuo de fe en el derecho natural permite a la doctrina jurídica norteamericana llevar a extremos tan avanzados la posibilidad de limitar la actividad del poder por el derecho, en forma que aún el propio poder constituyente pueda quedar vinculado y limitado por preceptos jurídicos superiores, la doctrina positivista sustentada por Carré, muy por el contrario, no conduce sino a afirmar que, en última instancia, el poder constituyente, incluso el poder constituyente constituido, es un poder ilimitado. Y esto no obstante que la teoría constituyente que adopta este autor considera el problema de las limitaciones del poder constituyente, no como una cuestión accesorio, sino como la piedra de toque de todas sus posturas doctrinarias.

Efectivamente, el juspublicista francés comienza por descartar del campo de estudios del jurista al poder constituyente originario porque esa forma de poder constituyente no admite, por definición, vinculación ni limitación alguna por parte del derecho positivo. Su actitud es consecuentemente positivista: que el poder constituyente originario no está sujeto a las regulaciones del derecho positivo es algo que nadie puede discutir, de modo que si es verdad también que lo jurídico se agota en lo positivo, resulta indudable que el poder constituyente originario está fuera del campo jurídico, es una cuestión extrajurídica.

«El error de Carré de Malberg —escribe Hauriou— es creer que no hay más que una especie de derecho, cuando lo cierto es que, por lo menos, hay dos: el del estado y el anterior al estado». En seguida, especificando más, agrega: este error «es creer que sólo el derecho del estado es derecho propiamente dicho» (55).

Lo que Hauriou dice respecto a su compatriota Carré de Malberg es aplicable a todos los que como él adhieren a los criterios del positivismo. El derecho positivo no es más que una de las formas en que se manifiesta lo jurídico; sin salirnos de sus márgenes no nos es posible abarcar en nuestra calidad de juristas, la espinuda cuestión del poder constituyente originario: es ésta una de aquellas materias de trascendental importancia para la ciencia jurídica que requieren ser tratadas desde ángulos suprapositivos, pero que no por ello pierden su carácter de problemas auténticamente jurídicos.

La solución que Carré da a la cuestión del poder constituyente originario, excluyéndolo de la esfera de estudio del jurista, significa indirectamente afirmar que se trata de un poder absolutamente ilimitado, con implícito reconocimiento de que de esa actividad totalmente desvinculada de toda normación jurídica pueden surgir preceptos jurídicamente válidos y obligatorios. Junto con negar carácter jurídico a todo lo que se relaciona con el poder constituyente propiamente dicho, Carré está proclamando que el jurista

(52) Hauriou Maurice: pág. 326, de Ob. cit.

(53) „ „ „ 326 „ „ „

(54) Hauriou Maurice: Ob. cit. pág. 343. Schmitt anota que en el Derecho Público norteamericano predomina el punto de vista según el cual el poder judicial, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución de 1814, está dotado de competencia para resolver acerca de la constitucionalidad de las reformas constitucionales. (Ver Schmitt' Carl: Ob. cit. pág. 123):

(55) Hauriou Maurice: Ob. Cit. pág. 314.

carece de medios suficientes para afirmar y sostener la validez o nulidad de un precepto constitucional según él se ajuste o no a las reglas suprapositivas del derecho natural. Para la teoría jurídica, el hecho de aceptar, aunque no sea sino en el caso del poder constituyente originario, que un poder que actúa desligado absolutamente de toda vinculación jurídica, como mero hecho natural, puede servir de origen a un precepto jurídicamente válido, vicia toda una postura aparentemente normativista: en el fondo no significa sino adherir a los que afirman la fuerza como fundamento último del derecho. Más adelante tendremos ocasión de apreciar hasta qué punto Kelsen tomó conciencia de esta verdad irredargüible.

Si el poder constituyente llamado derivativo o constituido, es estimado como materia propia de la investigación jurídica, se debe a que su propia esencia está indicando que su actividad es una actividad regulada y limitada por el derecho positivo y más concretamente, por la constitución positiva.

Una investigación en torno al poder constituyente derivativo o constituido no puede menos que partir de la idea de que se está en presencia de un poder de suyo limitado. De ella parte, por supuesto Carré. Pero cuando tal investigación se mantiene, como es el caso de este autor, aferrada a un criterio positivista, se termina por arribar a una conclusión lamentablemente absurda: resulta que el poder constituyente derivativo o constituido, cuya limitación por el derecho se dio por sentada de partida, y que, en atención a su calidad de poder jurídicamente regulado y limitado, se le incorporó como materia de estudio para el jurista, es un poder que carece de limitaciones jurídicas, porque “es evidente, en efecto, que una limitación constitucional cuya observancia depende de la buena voluntad del órgano al que se impone no tiene valor jurídico propiamente dicho”; y no se olvide que Carré de Malberg concuerda con Esmein en la apreciación según la cual, con relación al poder constituyente “parece imposible encontrar una sanción directa y jurídica”.

En esto viene a parar toda una doctrina cuya formulación parece impulsada por la idea obsesionante de imponer límites jurídicos a la actividad de todos los poderes, incluso a la del poder constituyente, pero que se niega a aceptar como normas reguladoras de dicha actividad otros preceptos que los positivos. Las consecuencias no pueden ser más desalentadoras ni más decepcionantes.

Como un epílogo, y para mostrar a lo que queda reducida la idea de limitación del poder constituyente en el desarrollo de la doctrina que exponemos, transcribimos algunos conceptos reveladores: “A decir verdad, la idea de soberanía nacional no exige sino una sola cosa: que las constituyentes no puedan ejercer por sí mismas los poderes que están encargadas de instituir; cumplida esta condición, la soberanía de la nación no excluye rigurosamente la posibilidad de que las constituyentes queden investidas de un poder ilimitado de revisión, y por consiguiente, podría sostenerse, desde este punto de vista, que actualmente no es extraño que la Asamblea Nacional, de hecho, se encuentre situada por encima de las limitaciones que pretendieran imponerle previamente las Cámaras” (65).

CAPITULO SEGUNDO

DOCTRINA SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE DE CARL SCHMITT

101. **Distinción entre constitución y ley constitucional.**— Según el criterio de Schmitt, es fundamental para la teoría constitucional distinguir claramente entre el poder constituyente, que **crea, formula o elabora** la constitución, por una parte, y el dispositivo legal-constitucional que **reforma, revisa o enmienda** las leyes constitucionales, por otra.

Propiamente el distingo de fondo es aquí el que discierne entre constitución y ley constitucional. Estima Schmitt que uno de los errores más funestos del derecho público, particularmente del derecho público anterior a la primera guerra mundial, es el haber confundido ambos conceptos. Gran parte de sus esfuerzos los destina a demostrar que “para la teoría constitucional la distinción entre constitución y ley constitucional es el comienzo de toda discusión ulterior” (1).

La confusión entre constitución y ley constitucional la hace derivar del hecho, de que la ciencia jurídico-política ha perdido el verdadero y auténtico concepto de constitución. La noción antedicha desaparece para la teoría constitucional cuando deja de ser una concepción absoluta y se hace relativa. Schmitt explica en qué consiste tal relativización: . . . “En lugar de fijarse el concepto unitario de constitución como un todo, se fija sólo el de ley constitucional concreta, pero el concepto de ley constitucional concreta se fija según características externas y accesorias llamadas formales” (2).

El concepto relativo de constitución queda reducido, entonces, a “una pluralidad de leyes constitucionales” (3). Lo constitucional de estas leyes no es una condición que se obtenga, como parece lógico, del concepto previo de constitución, sino por el contrario, a partir de la idea de ley constitucional se deriva la de constitución.

Para fijar el concepto de ley constitucional se recurre, ya que no a la idea de constitución, a características externas y accesorias, llamadas formales, como él mismo expresa. Schmitt nos dice que, aunque las notas formales del concepto de constitución son siempre discutibles, de ahí su relatividad, se ofrecen, fundamentalmente, dos, “obtenidas de dos puntos de vistas por completo dispares: unas veces se designa como constitución en sentido formal sólo a una constitución escrita, y otras debe consistir lo formal de la ley constitucional, y de la así tácitamente equiparada constitución, en que su reforma está ligada a supuestos y procedimientos de mayor dificultad” (4).

(1) **Schmitt Carl:** Ob. cit. pág. 24.

(2) » » » » » 13.

(3) » » » » » 18.

(4) » » » » » 14.

Esas son pues las dos notas formales más usualmente socorridas para fijar el concepto de ley constitucional, y de él, la noción de constitución. Interesa particularmente la segunda por su generalizada aceptación entre los tratadistas afectos al formalismo en la definición de constitución. Schmitt cita a G. Jellinek, el cual formula una definición típicamente fundada en este punto de vista: “la nota esencial de las leyes constitucionales estriba exclusivamente en su fuerza legal aumentada” (5).

Hay países en los que todas las prescripciones legales, sin atender a su contenido, pueden ser revisadas y reformadas a través del mismo procedimiento por el que lo son las leyes. No existe reforma dificultada y por lo tanto no cabe hablar de leyes constitucionales en sentido formal. Un caso típico es el de Inglaterra. Para el caso inglés ideó el jurista de esa nacionalidad, M. Bryce, la expresión constitución flexible, oponiéndola a constitución rígida, que es aquella que, o bien no admite cambio alguno en todas o en parte de sus prescripciones (6), o bien previene tal posibilidad, pero liga cualquiera reforma o revisión a supuestos o procedimientos especiales de mayor dificultad que los empleados para modificar las leyes ordinarias. Se justifica, sin embargo, la objeción de Schmitt, al señalar que un criterio consistente en sostener que en Inglaterra rige una constitución flexible “deja abierto el tema de qué ha de entenderse por constitución y por ley constitucional” (7).

Es evidente que “mediante las condiciones de reformas dificultadas se protege la duración y la estabilidad de las leyes constitucionales y se aumenta su fuerza legal” (8). El problema está en saber si a una ley se le dota de estas garantías de mayor dificultad por ser ley constitucional, o si es ley constitucional por estar dotada de esta fuerza legal aumentada, como lo pretende Jellinek.

Al respecto escribe Schmitt:

“El primitivo sentido de la garantía de una constitución se pierde cuando la constitución como un todo se relativiza en una pluralidad de distintas leyes constitucionales. La constitución es, por su contenido y alcance, siempre más elevada y abarca más que cualquiera ley particular. El contenido de una constitución no era una mera cosa singular y destacada a causa de su más difícil reforma, sino al contrario: debía recibir la garantía de la duración a causa de su significación fundamental. Esta consideración perdió peso cuando se trató, no ya de la constitución, sino de una o varias de las numerosas leyes constitucionales en particular. Entonces surgió un punto de vista muy sencillo, de táctica partidista: la reforma dificultada no era ya la consecuencia de la cualidad constitucional, sino al contrario: se convertía en constitucional una prescripción para protegerla por cualesquiera razones prácticas (ajenas a cuanto tenga que ver con norma fundamental) frente al legislador, es decir, frente a las cambiantes mayorías parlamentarias” (9).

(5) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 19.

(6) Las constituciones de Italia y de Francia, por ejemplo, dictadas después de la última Gran Guerra, han establecido que la forma republicana de gobierno no es susceptible de revisión constitucional.

(7) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 18.

(8) > > > > > 18.

(9) > > > > > 21.

Schmitt estima que un concepto de constitución derivado de la noción de ley constitucional, la cual a su vez ha sido fijada atendiendo a ciertas notas externas o accesorias, es absolutamente inadecuado para sustentar cualquiera consideración de orden doctrinario. “Sólo es posible un concepto de constitución, cuando se distingue entre constitución y ley constitucional. No es admisible disolver primero la constitución en una pluralidad de leyes constitucionales concretas y después determinar la ley constitucional por alguna característica externa o acaso por el procedimiento de su reforma. De este modo se pierden un concepto esencial de la teoría del estado y el concepto central de la teoría de la constitución” (10). Poco antes había dicho: “Por el procedimiento de la reforma no puede definirse la esencia del objeto reformado . . . ni lógicamente ni jurídicamente es posible un tal concepto de constitución” (11).

Si un concepto formal, y por lo tanto relativo, de constitución no es admisible ni lógicamente ni jurídicamente, quiere decir que es necesario volver la vista hacia la fijación de un concepto absoluto de ella. Con este tema inicia su fecunda “Teoría de la Constitución”, obra considerada por Francisco Javier Conde como la más fecunda que se haya escrito en derecho constitucional. Dejando de lado muchos distingos y explicaciones, diremos que Schmitt considera como absoluto aquel concepto de constitución que designa el modo y la forma concreta de ser de la unidad política y de la ordenación social de un estado. El estado es, para Schmitt, un ser integrado de dos elementos: unidad política y ordenación social; es, como ya se dijo, “un status de unidad y ordenación”. Constitución en sentido absoluto viene a ser, entonces, la concreta manera de ser de cualquier estado. “Como quiera que todo ser es concreto y se encuentra dispuesto de cierta manera, a toda existencia política le corresponde alguna constitución. Pero no toda entidad con existencia política concreta decide en un acto consciente acerca de la forma de esta existencia política, ni adopta mediante determinación propia consciente la decisión sobre su modo concreto de ser, como los estados americanos en su Declaración de Independencia y la Nación Francesa en el año 1789” (12).

De las palabras anteriores se desprende que el modo y la forma de la unidad política y la ordenación social de un estado, o sea su constitución en sentido absoluto, puede ser el producto inconsciente de muy diversos factores naturales o sociales, o bien puede ser el fruto de una decisión consciente de voluntad que ha querido y adoptado una determinada forma o modo de existencia política, y por tanto, una constitución en sentido absoluto. Cuando estamos en presencia de esta última situación, nos ponemos en contacto con lo que Schmitt denomina constitución en sentido positivo.

Constitución en sentido positivo es, entonces, para Schmitt, la misma constitución en sentido absoluto, pero siempre que élla sea el resultado de una decisión consciente y no la consecuencia de factores ciegos y ajenos a la voluntad humana. En otras palabras, constitución en sentido positivo es la constitución en sentido absoluto que ha sido creada, elaborada o establecida mediante un acto de poder constituyente.

(10) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 23.

(11) > > > > > 23.

(12) > > > > > 26.

“La constitución en sentido positivo surge mediante un acto de poder constituyente. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de **decisión**, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto constituye la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. No es, pues, que la unidad política surja porque se haya dado una constitución. La constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Esta forma se puede cambiar. Se pueden introducir fundamentalmente nuevas formas sin que el estado, es decir, la unidad política del pueblo, cese. Pero siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, que lo realiza con la voluntad de dar una constitución. Tal constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma” (13).

El concepto positivo de constitución, la constitución como decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la unidad política, es el único que puede servir de base a una auténtica teoría constitucional. En efecto, no solamente no depende de la noción de ley constitucional, sino que sirve para determinar qué es lo que de constitucional hay en un determinado precepto. Conceptualmente pues, la ley constitucional depende de la constitución. De este modo se hace fácil fijar el sentido de la expresión ley constitucional. “Una ley constitucional es, por su contenido, la normación que lleva a la práctica la voluntad constituyente. Se encuentra por completo bajo el supuesto y sobre la base de la decisión política de conjunto contenida en esa voluntad. Si se insertan otras varias normas en la constitución, ésto tiene sólo una significación técnica-jurídica: la defensa contra una reforma por el procedimiento especial” (14).

Dentro, entonces, del texto escrito, del documento, del código que en cada país recibe el nombre de “Constitución”, es preciso distinguir: a) La constitución en sentido positivo, expresada en todos aquellos artículos que representan la decisión de conjunto del poder constituyente sobre el modo y la forma de la unidad política. En nuestra actual Constitución Política nos encontramos, en este sentido, con los artículos primero y segundo; b) las leyes constitucionales en sentido positivo, representadas por todas aquellas disposiciones concretas que establecen la forma precisa de llevar a la práctica las decisiones fundamentales que son constitución en sentido positivo; y c) las leyes constitucionales en sentido formal, que son los preceptos insertados en la constitución con el objeto de proteger sus contenidos de las cambiantes mayorías políticas, sometiendo su reformar al procedimiento dificultado, propio de las auténticas disposiciones constitucionales.

102. Distinción entre acto constituyente y acto de reforma de ley constitucional.— De la diferenciación entre constitución y ley constitucional, síguese la que distingue entre el acto constituyente propiamente tal, que es el que crea, elabora, revisa o reforma la constitución en sentido positivo, y los actos mediante los cuales se reforma, revisa o enmienda una ley constitucional.

(13) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 24.

(14) „ „ „ „ „ 83.

“El acto de dar la constitución es cualitativamente distinto del de reformarla porque en un caso se entiende por constitución la decisión de totalidad, y en otro, la ley constitucional” (15). Schmitt insiste una y otra vez en que dentro del estado pueden producirse tres actos típicos y diferentes de significación esencialmente distinta para la teoría constitucional: a) Supresión o cambio del poder constituyente. “En vías revolucionarias puede ser suprimida no sólo la legislación constitucional y la constitución, sino también la especie de poder constituyente que existía hasta entonces, y, por tanto, el fundamento de la constitución hasta entonces existente. Mediante una revolución democrática, por ejemplo, puede ser suprimido el poder constituyente del monarca, y mediante un golpe de estado o una revolución monárquica, el poder constituyente del pueblo. Aquí tenemos un cambio de poder constituyente y una completa destrucción de la constitución” (16); b) creación o elaboración de la constitución en sentido positivo. Estos actos se realizan mediante una decisión del poder constituyente dirigida a establecer conscientemente el modo y la forma de la unidad política y de la ordenación social del estado, o bien a revisar o cambiar dicho modo o forma ya establecido; y c) reforma o revisión de determinadas leyes constitucionales. La constitución en sentido positivo generalmente encarga la realización de este tipo de actos a un órgano especial.

103. Distinción entre poder constituyente y poder constituyente constituido.— De todo lo anterior se sigue que es básico para la teoría de la constitución y para el derecho público en general, la distinción del poder constituyente, sea del pueblo o del monarca, respecto de todo poder constituido, y particularmente del órgano o dispositivo creado o regulado constitucionalmente para revisar o enmendar las disposiciones legal-constitucionales. “Es especialmente inexacto caracterizar como poder constituyente, o “*pouvoir constituant*”, la facultad, atribuida y regulada sobre la base de una ley constitucional, de cambiar, es decir, de revisar determinaciones legal-constitucionales. También la facultad de reformar o revisar leyes constitucionales es, como toda facultad constitucional, una competencia legalmente regulada, es decir, limitada en principio; no puede sobrepasar el marco de la constitución legal-constitucional en que descansa” (17).

Como puede apreciarse, lo que Schmitt afirma aquí es la radical separación entre el poder constituyente y el inexactamente llamado poder constituyente constituido o derivativo. La “ineludible cuestión del poder constituyente, según expresión de Schmitt, no puede referirse a otra cosa, naturalmente, que a los problemas que plantea el poder constituyente en su sentido auténtico, siendo de todo punto de vista censurable mezclar en esta materia asuntos propios de situaciones que, lejos de ser constituyentes, se reconocen como pertenecientes a la esfera de lo constituido.

Respecto al problema de las limitaciones del poder constituyente se hace preciso, en la doctrina de Schmitt, distinguir entre los límites del poder constituyente en la elaboración de la constitución y los límites a que se encuentra sujeto el órgano respectivo en la revisión o reforma de las leyes constitucionales. Una y otra cuestión requieren ser consideradas separadamente.

(15) Schmitt, Carl: pág. 30 de la obra citada.

(16) “ ” ” 109 ” ” ”

(17) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 114.

Sin embargo, la creación de una norma por la vía de la costumbre aseméjase al acto contractual en la circunstancia de que en uno y en otro caso «la norma jurídica es creada por los mismos sujetos a quienes obliga» (16).

La cuestión de si la persona cuya conducta va a ser regida por la norma, quedando sometida a la obligación que ella contiene, participa o no en el acto de creación o producción del precepto positivo que la liga, sirve de base al distinguo que se formula en derecho político entre **autonomía y heteronomía**, antítesis que esta disciplina emplea como criterio para perfilar conceptos como los de democracia y autocracia, república y monarquía. Determina, pues, lo que corrientemente se designa con la expresión «formas de gobierno», y que, como expresa Kelsen, «es sólo un caso especial de la forma del derecho en general; es la forma jurídica, es decir, el método de producción jurídica en la grada superior del orden jurídico» (17).

Desde el punto de vista de la teoría general del derecho positivo se advierte que el contrato es la forma de producción jurídica autónoma por esencia. En efecto, cualquiera que sea la importancia que se atribuya a la voluntad como elemento integrante del acto jurídico contractual, no cabe hablar propiamente de contrato allí donde no se ha producido la voluntaria sujeción de las partes a los vínculos obligatorios nacidos del acto celebrado.

En la creación de normas generales y en su aplicación jurisdiccional, en los casos concretos, lo característico es la **heteronomía**. Estas formas jurídicas surgen a la existencia normativa, obligan y se mantienen válidas, sin que la voluntad de los obligados por ellas sea determinante. Aún más, es posible que se establezcan y subsistan hasta **contra** su voluntad. Políticamente, no obstante, se impone la tendencia hacia la mayor participación posible de los «súbditos», (expresión usada para designar a todos los que están sometidos a un orden jurídico determinado), en la creación de las normas generales o legislación. Es el ideal democrático. «La democracia significa, según palabras de Kelsen, que la «voluntad» representada en el orden legal del estado es idéntica a las voluntades de los súbditos» (18).

Heteronomía y autonomía representan extremos conceptuales y, por tanto, ideales. En todo orden jurídico concreto, ambas formas de producción del derecho positivo se dan combinadas en proporciones distintas, pero siempre sin excluirse completamente, del mismo modo que, desde el punto de vista político, autocracia y democracia no se dan jamás como tipos puros realizables históricamente. Como escribe el autor precitado, «un Estado es llamado democracia si en su organización **prevalece** el principio democrático, y autocracia si en su organización **predomina** el principio autocrático» (19).

En relación con la materia que se trata es de sumo interés el pensamiento de Maurice Hauriou. Este tratadista distingue entre vía subjetiva y vía objetiva de creación del derecho, según ésta se realice mediante actos directos de los súbditos, o bien por medio de los poderes públicos o estatales. La siguiente cita pone nítidamente en claro su luminosa elaboración al respecto: «Si se sigue a los partidarios de la **escuela del derecho objetivo**, (se refiere a Duguit y a sus discípulos. La obra de Hauriou es casi una continua polémica con el maestro de Burdeos), o a los que piensan que el estado es la única fuente del Derecho, habrá que aceptar la idea de que se han secado las fuentes del derecho subjetivo. Pero esto es insostenible y soberanamente anticonstitucional. Aceptándolo se extinguirá la libertad, porque la libertad no es nada si no es creadora de derecho. La verdad es que se ha realizado una división entre lo jurisdiccional y lo extrajurisdiccional. Todo lo que es jurisdiccional, es decir, todo lo relativo a lo contencioso y al procedimiento judicial ha pasado a manos del poder público (aún así conviene observar que éste admite la colaboración de los individuos los cuales, en principio, entablan las acciones e interponen los recursos). Todo

(16) Kelsen, Hans.—«Teoría General del Derecho y del Estado», pág. 133.

(17) Kelsen, Hans.—«La Teoría Pura del Derecho», pág. 146.

(18) Kelsen, Hans.—«Teoría General del Derecho y del Estado», pág. 298.

(19) Kelsen, Hans.—«Teoría General del Derecho y del Estado», pág. 299.

104. **Limitaciones del poder constituyente.**— “Poder constituyente —define Schmitt —es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo” (18).

Sujeto de esa voluntad política constituyente puede ser el príncipe o el pueblo o una minoría oligárquica o aristocrática, según se trate de una monarquía, de una democracia, o de una oligarquía o aristocracia.

Como puede apreciarse, Schmitt enlaza de partida la esencia del poder constituyente con las formas políticas básicas, y, por lo tanto, con la cuestión de la soberanía entendida en su forma más originaria y auténtica, que implica siempre la afirmación de un príncipe, de un pueblo o de un grupo como soberano. El poder constituyente se confunde entonces con la voluntad del príncipe, con la voluntad del pueblo o con la voluntad del grupo. Lo que Schmitt entiende por voluntad no es otra cosa que la voluntad natural, la facultad proveniente de un solo ser humano o de un grupo de hombres, dotadas además, por supuesto, de una cierta fuerza o autoridad (19). A Schmitt le interesa afirmar este concepto existencial de voluntad para diferenciarlo de todos aquellos conceptos normativos propugnados especialmente por la Escuela Vienesa. “La palabra voluntad significa, en contraste con simples normas, una magnitud del ser como origen del deber-ser. La voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser” (20).

Si el poder constituyente se identifica con una voluntad soberana, ello quiere decir que, por eso mismo, es un poder absolutamente desvinculado y desligado de toda normatividad positiva o de cualquier otro tipo. Por ser un poder soberano es un poder ilimitado.

Decíamos en la primera parte que un poder puede estar regulado y limitado por normas jurídicas de tres modos diferentes: a) Designando las normas al sujeto del acto de poder, o sea, creando el órgano; b) prescribiendo el procedimiento a que dicho órgano debe someter sus actos; y c) fijando el contenido del acto de poder. Veíamos también que el criterio dominante hoy día en la doctrina es que no puede existir un acto de poder, y por tanto, un poder sin que exista un mínimo de regulación normativa, pues de otro modo, el acto de poder pasa a ser un mero hecho carente de relevancia jurídica. La discusión doctrinaria actual habría de plantearse en torno a la cuestión de si al hablar de normas jurídicas que deben concurrir necesariamente a la regulación del acto de poder para que éste produzca efectos jurídicos, se está haciendo referencia sólo a las normas positivas, o bien se toman en consideración, además, los preceptos de derecho que tienen un carácter supra-positivo, concretamente las normas que integran el derecho natural. Schmitt insiste y recalca una y otra vez que ni desde el punto de vista del derecho positivo, ni desde el punto de vista del derecho natural, el poder constituyente está sujeto a regulaciones o limitaciones de ninguna especie.

Por de pronto el poder constituyente, a diferencia de todos los demás poderes, que son constituídos, no existe en virtud de un precepto previo que determine su calidad de órgano creador de normas jurídicas. Respecto de

(18) Schmitt Carl: Ob. cit. pág. 86.

(19) Se diferencia de Kelsen, para quien la voluntad no es un fenómeno real o psicológico, sino un caso especial de una operación mental llamada imputación, propia de las ciencias normativas y específicamente del derecho.

(20) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 10.

un poder constituido que no ha sido establecido y determinado en su existencia por medio de preceptos jurídicos, dicese que es un poder ilegítimo, o bien, que carece de juricidad, que es, a lo sumo, un mero poder de hecho. Aplicando estos mismos criterios propios de la esencia de los poderes constituidos al poder constituyente, se ha llegado a sostener por algunos, por ejemplo Carré de Malberg, que solamente es legítimo y que sólo tiene carácter jurídico, aquel poder constituyente cuyo establecimiento deriva de las prescripciones insertas en una constitución anterior. Contra este absurdo se alza Schmitt vigorosamente. En efecto, hemos visto cómo en la doctrina del célebre tratadista alemán, el poder constituyente se identifica con la voluntad del príncipe en la monarquía, con la voluntad del pueblo en una democracia y con la voluntad de un grupo minoritario en una oligarquía. El príncipe, el pueblo o el grupo son seres existenciales, con existencia concreta y real, capaces, en determinadas circunstancias, de crear normas jurídicas válidas, pero sin que ninguno de ellos pueda hacer derivar su origen de ninguna especie de normatividad. Príncipe, pueblo y grupo son entidades reales que, dentro de la esfera del derecho público, representan un papel semejante al de las personas naturales dentro del derecho privado. Y afirma Schmitt que tan absurdo es buscar el origen de cualesquiera de esas magnitudes, y por lo tanto la existencia del poder constituyente, en una determinación de carácter normativo, “como si en la esfera del derecho privado se quisiera fundamentar normativamente la existencia del individuo humano vivo” (21).

Esto lo mueve a escribir:

“Una constitución es legítima, esto es, reconocida no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica, cuando la fuerza y autoridad del poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida. La decisión política adoptada sobre el modo y forma de la existencia estatal, que integra la substancia de la constitución, es válida, porque la unidad política de cuya constitución se trata, existe, y el sujeto del poder constituyente puede fijar el modo y forma de esa existencia. No necesita justificarse en una norma ética o jurídica; tiene su sentido en la existencia política. Una norma no sería adecuada a fundar nada aquí. El especial modo de la existencia política no necesita ni puede ser legitimado” (22).

Pero si el poder constituyente existe como magnitud jurídica en razón de su propia existencia de ser político concreto, “toda unidad política existente tiene su valor y su razón de existencia”, no en la justicia o conveniencia de las normas, sino en su existencia misma. Lo que existe como magnitud política, es, jurídicamente, considerado digno de existir” (23), lo cual significa que su legitimidad o juricidad no depende de ninguna clase de regulación normativa. “Para el acto mismo (de poder constituyente), para el ejercicio de esa voluntad, no puede hallarse prescrito procedimiento alguno, y mucho menos para el contenido de la decisión política. “Basta que la Nación quiera”. Este postulado de Sieyes apunta con la mayor claridad a lo esencial del fenómeno. El poder constituyente no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos: cuando actúa dentro de esta propiedad inalienable está siempre en estado de naturaleza” (24).

(21) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 103.

(22) “ ” ” ” ” 101.

(23) “ ” ” ” ” 25.

(24) “ ” ” ” ” 91.

Que el poder constituyente, por esencia, no admita determinación ni regulación normativa de sus actos, significa que jamás una constitución, o una ley constitucional, pueda regir la creación de otra constitución. Por eso escribe Schmitt: "Legitimidad de una constitución no significa que haya sido tramitada según leyes constitucionales antes vigentes. Tal idea sería especialmente absurda. Una constitución no se pone en vigor según reglas superiores a ella. Además, es inconcebible que una constitución nueva, es decir, una nueva decisión política fundamental, se subordine a una constitución anterior y se haga dependiente de ella. Allí donde se va hacia una nueva constitución por abolición de la anterior, no es ilegítima la nueva, porque la vieja haya sido abolida. Entonces la vieja constitución abolida seguiría en vigor. Es enteramente imposible aplicar a una nueva constitución la medida de si ha sido aprobada bajo el patrón de anteriores reglas y formalidades legal-constitucionales, planteando así la cuestión de si, por ejemplo, las determinaciones de la constitución de Weimar han surgido de acuerdo con los preceptos del procedimiento previsto para la reforma constitucional en el art. 78 de la vieja Constitución del Reich. Una constitución nueva no puede someterse en tal modo a anteriores normaciones que ya no están en vigor, y es un juego de conceptos desprovistos de significación y sólo comprensible por una mal entendida exigencia de normatividad, el plantear la cuestión de si se han seguido o no, para una nueva constitución, que se encuentra en vigor sin duda, los preceptos adoptados para su propia revisión por una constitución anterior que ya no rige" (25).

Que el poder constituyente no sea un poder vinculado a la regulación ni del derecho positivo ni del derecho natural, significa, como tantas veces se ha afirmado, que el poder constituyente es un poder jurídicamente ilimitado. Que a un poder que se le define como esencialmente ilimitado pueda atribuírsele la condición de fundamento de validez de preceptos jurídicos, y como tal ser considerado dentro de la teoría jurídica, se explica perfectamente en Schmitt por las bases últimas en que asienta su pensamiento teórico. En otros párrafos se analizó someramente el pensamiento schmittiano; aquí nos concretaremos a exponer algo más acerca de su criterio en torno a la validez de los preceptos jurídicos. Al respecto escribe: "Una norma puede valer cuando es justa; entonces la concatenación sistemática conduce al derecho natural y no a la constitución positiva; o bien una norma vale porque está positivamente ordenada, es decir, por virtud de una voluntad existente. Una norma nunca se establece por sí misma (este es un modo fantástico de hablar), sino que se reconoce como justa porque es derivable de preceptos cuya esencia es también justicia y no sólo positividad, es decir, verdadera realidad ordenadora. Quien dice que la constitución vale como norma fundamental (no como voluntad positiva), afirma con ello que es capaz de portar, en virtud de ciertas cualidades de contenido, lógicas, morales u otras, un sistema cerrado de preceptos justos. Decir que una constitución no vale a causa de su justicia normativa, sino sólo de su positividad, y que sin embargo, funda como pura norma un sistema o una ordenación de puras normas es una confusión llena de contradicciones" (26).

(25) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 101.

(26) " " " " " 10.

Como puede apreciarse, Schmitt, más que desconocer la realidad del derecho natural, lo que hace es separarlo radicalmente del derecho positivo; según él, una norma es de derecho positivo porque se apoya en una voluntad existencial positiva, independiente de que sea justa o injusta en su contenido; y una norma es de derecho natural "porque es derivable de preceptos cuya esencia es también justicia", sin atender a que ella sea o no el objeto de una voluntad positiva. Frente a la doctrina escolástica del derecho natural, aquí está el gran error del jurista alemán. El derecho positivo no puede separarse del derecho natural por la sencilla razón de que no puede subsistir como derecho sino en la medida en que realice o ejecute el derecho natural. Una norma de derecho positivo es válida, y por lo tanto existe, cuando reúne estos dos requisitos: 1) Ser justa, es decir, ajustarse al derecho natural; 2) ser positivada mediante un acto de voluntad. La determinación del acto de voluntad que positiviza una norma jurídica puede provenir, ya sea de preceptos jurídicos de carácter positivo, como ocurre respecto de los actos de los poderes constituidos, o bien de preceptos de derecho natural, como sucede en el caso del poder constituyente. Schmitt con razón advierte que respecto del poder constituyente no es posible concebir la presencia reguladora del derecho positivo; pero tampoco admite la sujeción del acto constituyente a las normas del derecho natural, lo cual es, desde nuestro punto de vista, un error.

Es así como escribe: "Una constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y forma del propio ser. La palabra voluntad denuncia, en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta, lo esencialmente existencial de este fundamento de validez" (27).

Desvinculado el poder constituyente no sólo del derecho positivo, sino incluso del derecho natural, queda reducido a la condición de un mero hecho de fuerza. Si no obstante ello Schmitt afirma que "la constitución es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad" (28), es sencillamente porque, tal como se desprende de sus palabras, confunde e identifica la autoridad con la fuerza, haciendo de esta última el fundamento final de toda validez jurídica.

105. **Limitaciones del órgano creado constitucionalmente para revisar, reformar o enmendar las leyes constitucionales (poder constituyente constituido).**— "¿Puede una constitución prescribir, obligando en derecho, cómo debe ser cambiada?" (29). Esta pregunta se formula el jurista W. Burckhardt y la contesta negando, fundado en que es absurdo pretender que la creación de una constitución está regulada por otra constitución, del mismo modo que es absurdo pretender que una ley regule el acto legislativo. Schmitt hace notar, no obstante, que en la respuesta tan categórica de Burckhardt va implícito un error que este autor no logra superar: es el de la confusión, tantas veces aludida, entre constitución propiamente dicha y leyes constitucionales. Porque si bien es cierto que una constitución no puede determinar ni regular al poder constituyente que a ella misma le sirvió de origen

(27) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 87.

(28) " " " " " 10.

(29) " " " " " 102.

como tampoco determinar ni regular la creación de otra constitución, no es menos verdadero que una constitución puede establecer y regular a un órgano de poder con el objeto de que revise o enmiende las leyes constitucionales. A este órgano es al que impropiamente se le da el nombre de poder constituyente constituido o derivativo. No olvidemos que en la teoría constitucional de Schmitt, el poder constituyente, la constitución y las leyes constitucionales, representan tres categorías diferentes ubicadas en un distinto plano o grado dentro del orden constitucional: "Las leyes constitucionales valen sólo a base y en el marco de la constitución en sentido positivo; y ésta sólo a base de la voluntad del poder constituyente" (30).

Es evidente que si las leyes constitucionales valen en razón y dentro del marco de la constitución, ésta puede establecer una competencia constitucional para que las revise o cambie cuando lo estime necesario. Entraremos a considerar el problema de las limitaciones de esta competencia, aunque no sin antes insistir en que esta facultad no debe ser confundida con el poder constituyente, pese a que es corriente designarla con ese calificativo.

106. a) **Sentido de algunos conceptos.**— Para estudiar este delicado problema, Schmitt comienza por puntualizar el sentido de algunos términos usuales en teoría constitucional. Ellos son:

a) **Destrucción de la constitución.**— Significa suprimir o reemplazar el poder constituyente en que se apoya una constitución, acarreando, lógicamente, su más radical destrucción. Ej.: una constitución es dictada mediante un acto de poder constituyente del monarca; con posterioridad es derrocada la monarquía y entra a actuar el poder constituyente del pueblo: la constitución de base monárquica ha quedado destruída.

b) **Supresión de la constitución.**— El mismo poder constituyente que había creado una constitución la suprime para darse otra.

c) **Reforma constitucional (revisión).**— Se conserva el mismo poder constituyente y la misma constitución, pero "se reforma el texto de las leyes constitucionales vigentes hasta el momento; aquí corresponde también la supresión de prescripciones legal-constitucionales aisladas y la recepción de nuevos ordenamientos legal-constitucionales aislados. La palabra reforma constitucional (revisión) es inexacta, porque no se trata de reformar la constitución misma, sino tan sólo las determinaciones legal-constitucionales. Sin embargo, conviene conservar la expresión por ser usual hoy" (31).

d) **Quebrantamiento de la constitución.**— Es la "violación de prescripciones legal-constitucionales para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor (suspendidas)" (32).

e) **Suspensión de la constitución.**— Tiene lugar cuando "una o varias prescripciones legal-constitucionales son provisionalmente puestas fuera de vigor" (33).

(30) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 111.

(31) " " " " " 115.

(32) " " " " " 116.

(33) " " " " " 117.

Cada uno de estos conceptos designa una posible actividad jurídico-política en relación a una constitución vigente en un estado determinado. Ahora bien, de todas estas posibles actividades, la única que por naturaleza le corresponde desarrollar al llamado poder constituyente constituido es la que atañe a la reforma o revisión de la constitución, entendida en el sentido ya visto de revisión o reforma de las leyes constitucionales.

107. b) **Formas técnicas de organización del poder constituyente constituido.**— Ya hemos señalado que Schmitt, a diferencia de Burekhardt, acepta expresamente que una constitución positiva puede establecer un órgano o un dispositivo destinado a revisar o reformar, no propiamente la constitución, sino las disposiciones legal-constitucionales. Técnicamente, estima Schmitt, existen cuatro modos o formas usuales de organización para este órgano constituyente:

a) “Una Asamblea convocada a propósito para ello, y que sólo tiene la misión de acordar dicha reforma constitucional” (34). Es el caso de los Estados Unidos, cumplidos ciertos requisitos en torno a la iniciativa de una reforma o enmienda constitucional (Amendment), se convoca a una Convención a fin de que apruebe o rechace la propuesta de enmienda. La constitución norteamericana exige además una determinada aprobación por parte de los estados confederados.

Schmitt hace hincapié en que una Asamblea como ésta, convocada de acuerdo con lo establecido en la constitución y que actúa conforme a sus dictados, debe ser cuidadosamente diferenciada de aquellas Asambleas Nacionales Constituyentes que se reúnen y actúan en representación inmediata y directa del poder constituyente del pueblo y que derivan su poder, por lo tanto, no de lo establecido en una constitución anterior, como es el caso de aquéllas, sino que precisamente de esta representación de la potestad popular constituyente. Es así como escribe: “Tal Asamblea Nacional llamada a reformar la constitución debe ser distinguida de una Asamblea nacional constituyente, que se reúne después de una revolución y es sujeto de una dictadura soberana” (35). No es ésta, por lo demás, sino una consecuencia del distingo tan repetido entre el poder constituyente y el órgano que revisa las leyes constitucionales.

b) Puede también establecerse que las leyes constitucionales han de ser revisadas por los cuerpos legisladores ordinarios, “pero bajo ratificación de los ciudadanos con derecho a voto”. Es el caso del referéndum obligatorio” (36).

c) Otro sistema consiste en designar para la reforma constitucional a “los cuerpos legisladores en vía legislativa”, sin ratificación obligatoria por referéndum, pero “con requisitos de mayor dificultad (mayoría cualificada, repetición de acuerdo, etc.)” (37).

Este es el sistema adoptado por el art. 108 de nuestra Constitución. La novedad en nuestro sistema consiste en haber acogido el referéndum, en forma de plebiscito voluntario, para el caso de producirse desacuerdo entre el Presidente de la República y el Congreso (art. 109 inc. 3°).

d) Por último Schmitt señala otros sistemas aplicables a las constituciones de los estados federados, que carecen de mayor interés.

(34) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 117

(35) ” ” ” ” ” 117.

(36) ” ” ” ” ” 118.

(37) ” ” ” ” ” 118.

108. **Alcance de las facultades específicas del órgano de reforma.**— Fijadas las formas usuales de organización del poder constituyente constituido, se enfrenta Schmitt con el problema de sus limitaciones. Dice “Cuando está regulado en ley constitucional el procedimiento de reforma de la constitución, se funda con ello una competencia que no se explica por sí misma. La competencia, regulada en ley constitucional, de los cuerpos legisladores para emitir leyes en las vías reguladas también por ley constitucional, es decir, la competencia legislativa ordinaria, no fundamenta por sí sola ninguna competencia para reformar también prescripciones legal-constitucionales, que precisamente son base de la competencia misma. La competencia para reformar la constitución no es una competencia normal en el sentido de un círculo de actividades regulado y delimitado. Reformar las leyes constitucionales no es una función normal del estado, como dar leyes, resolver procesos, realizar actos administrativos, etc. Es una facultad extraordinaria. Sin embargo no ilimitada; pues al seguir siendo una facultad atribuida en ley constitucional, es como toda facultad legal-constitucional, limitada, y, en tal sentido, competencia auténtica. En el marco de una regulación legal-constitucional no pueden darse facultades ilimitadas; toda competencia es limitada. Los límites de la facultad de reformar la constitución resultan del bien entendido concepto de reforma constitucional. Una facultad de reformar la constitución, atribuida por una normación legal constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la constitución considerada como un todo. La facultad de reformar la constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc.; pero manteniendo la constitución; no la facultad de dar una nueva constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional; algo así como reformar el art. 76 C. a (arts. 108 y 109 de la Constitución chilena), siguiendo el procedimiento del propio art. 76 (de los propios arts. 108 y 109) para que las reformas de las leyes constitucionales puedan tener lugar por acuerdo de simple mayoría del Reichstag” (38).

En los dos párrafos transcritos Schmitt expresa lo esencial de su pensamiento en torno al problema de las limitaciones del poder constituyente constituido. Para aclarar aun más su punto de vista, agrega las observaciones que a continuación sintetizamos:

a) Reforma constitucional no es destrucción de la constitución. Ya vimos que la destrucción de la constitución es una expresión que designa el cambio o reemplazo de un poder constituyente por otro. Es evidente que mediante un acto de reforma constitucional, esto es, mediante un acto del poder creado por la constitución para revisar las leyes constitucionales, no puede cambiarse el auténtico poder constituyente. Schmitt lo expresa así: “Los órganos competentes para acordar una ley de reforma de la constitución no se convierten en titular o sujeto del poder constituyente. Tampoco están comisionados para el ejercicio permanente de este poder constituyen-

(38) Schmitt, Carl: Ob. cit. págs. 119 y 120.

te; por tanto, no son una especie de asamblea nacional constituyente con dictadura soberana que siempre subsiste en estado de latencia. Una reforma de la constitución que transforme un estado basado en el principio monárquico en uno dominado por el poder constituyente del pueblo, no es en ningún caso constitucional" (39).

b) Reforma de la constitución no es supresión de la constitución.— Significa ésto que el poder constituyente constituido no puede adoptar decisión alguna acerca de la constitución en sentido positivo, pues su competencia alcanza sólo a lo relativo a la revisión o reforma de las leyes constitucionales. "Tampoco quedando intacto el poder constituyente —escribe Schmitt— puede establecerse, mediante el art. 76, C. a. —(arts. 108 y 109 de la C. Ch. de 1925)— en lugar de la decisión política fundamental en que la constitución (a diferencia de las regulaciones legal-constitucionales) consiste, otra decisión política. Las decisiones políticas fundamentales de la constitución son asuntos propios del poder constituyente del pueblo alemán y no pertenecen a la competencia de las instancias autorizadas para reformar y revisar las leyes constitucionales. Aquellas reformas dan lugar a un cambio de la constitución; no a una revisión constitucional" (40).

De lo anterior se desprende que todas aquellas materias que forman parte del texto constitucional formal y que son el contenido de la decisión política fundamental del poder constituyente acerca del modo y forma de la unidad política, no pueden ser revisadas ni reformadas por el órgano legal constitucional, sino que son de la exclusiva competencia del poder constituyente. Mediante el procedimiento establecido en el art. 108 y en el art. 109 de nuestra Constitución no puede adoptarse la decisión de reemplazar el sistema republicano, democrático, representativo de gobierno por cualquiera otro: en este sentido, en ningún caso, sería jurídico un acto de reforma del art. 1º de nuestra Constitución. "Es inexacto aceptar que pueda ser toda cualquiera regulación legal-constitucional en vías del art. 76" (41).

"En vía del art. 76 C. a. —(arts. 108 y 109 C. Ch.)— pueden reformarse las leyes constitucionales, pero no la constitución como totalidad. El art. 76 dice que la constitución puede reformarse en la vía legislativa. (La Constitución chilena establece: Art. 108: "La reforma de las disposiciones constitucionales se someterá, etc. . . ." En realidad, y por el modo poco claro de expresión corriente hasta ahora no distingue el texto de este artículo entre constitución y ley constitucional). Que la constitución pueda ser reformada, no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la substancia de la constitución puedan ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el parlamento. El Reich alemán no puede ser transformado en una monarquía absoluta o en una república soviética por mayoría de los dos tercios del Reichstag. El legislador que reforma la constitución, previsto en el art. 76, no es en manera alguna omnipotente. La terminología que habla del omnipotente Parlamento inglés, irreflexiblemente repetida desde De Lolme y Blackstone, y trasladada a todos los otros parlamentos posible, ha introducido aquí una gran confusión. Pero una resolución mayoritaria del Parlamento inglés no bastaría para hacer

(39) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 120.
 (40) " " " " " 121 y 122.
 (41) " " " " " 123.

de Inglaterra un estado soviético. Sostener lo contrario sería, no ya una consideración de tipo formalista, sino igualmente falso desde los puntos de vista político y jurídico. Semejantes reformas fundamentales no podría establecerlas una mayoría parlamentaria, sino sólo la voluntad directa y consciente de todo el pueblo inglés" (42).

Hemos visto antes que Schmitt incluye como parte integrante de la constitución en sentido positivo, la decisión en favor del estado burgués de derecho. Esto tiene singular importancia para los efectos de las limitaciones de la facultad para revisar la constitución, por cuanto implica que los derechos fundamentales que constituyen la esencia del estado burgués de derecho, no pueden ser abolidos mediante un acto de reforma constitucional. "El reconocimiento de los derechos fundamentales, en el sentido del estado burgués de derecho, significa que los principios del estado de derecho de una constitución liberal burguesa moderna son reconocidos como elemento esencial de la constitución misma. Esto significa que pertenecen a la sustancia de la constitución y que si pueden ser, ciertamente, modificados por una normación constitucional, su destrucción completa es, sin embargo, más que una simple revisión constitucional. Sería por eso inexacto pensar que pudiera emitirse, en vías de reforma de la constitución, según el art. 76 C. a., cualquier ley que destruyera los derechos burgueses fundamentales y de libertad. Ese error es sólo posible en tanto se prescinda de la distinción entre constitución y ley constitucional. Una revisión constitucional no tiene por finalidad suprimir la constitución sino revisar leyes constitucionales. Por medio de una ley de reforma de la constitución pueden establecerse nuevas limitaciones a los derechos de libertad. En tanto sea admisible la práctica de actos apócrifos de soberanía, cabe admitir también quebrantamientos y medidas particulares; pero una ley, aprobada por el procedimiento del art. 76, que suprimiera la libertad personal u otro derecho fundamental reconocido y pusiera al arbitrio de una autoridad injerencias no calculables, sería inconstitucional porque destruiría el derecho fundamental" (43).

Como se desprende del párrafo transcrito, particularmente en su última parte, Schmitt acepta la inconstitucionalidad de una reforma constitucional. En él una conclusión como ésta es plenamente consecuente, pues no se trata sino de otra de las tantas derivaciones de la distinción entre constitución y ley constitucional y la correspondiente subordinación de éstas a aquélla. De ahí que, refiriéndose al escrito presentado por William L. Merbury al Tribunal Supremo de Norteamérica a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la Enmienda de 1919 (ver antes, número 100), escriba: "El pensamiento capital del escrito: que la facultad de reformar el texto, concedida por la constitución, es limitada en principio, y la constitución misma, como fundamento, debe ser intangible, y que es un abuso de la competencia para introducir enmiendas el emitir según el procedimiento especial leyes ordinarias, asegurándolas así contra las reformas, es exacto en todo caso, y mostrará, tarde o temprano, su significación práctica" (44).

(42) Schmitt, Carl: Ob. cit. págs. 29 y 30.

(43) " " " " " 205.

(44) " " " " " 124.

c) Reforma de la constitución no es quebrantamiento de la constitución.— Antes se vio lo que Schmitt entiende por quebrantamiento de la constitución. Estima este autor que no es jurídicamente aceptable un quebrantamiento de la constitución aún en el caso que para llevarlo a cabo se haya seguido el procedimiento prescrito para la reforma de las leyes constitucionales.

Un ejemplo aclarará su pensamiento en esta materia:

El art. 62 de nuestra Constitución establece que el Presidente de la República durará en el ejercicio de sus funciones por el término de seis años. Evidentemente, ni la sola voluntad del Presidente de la República ni tampoco una resolución adoptada en vía legislativa bastaría para legitimar una prolongación del mandato presidencial más allá de este plazo. ¿Pero sería válido el acuerdo adoptado en la forma establecida para la reforma de las disposiciones constitucionales y por el cual se decidiera que el mandato de un determinado Presidente de la República se prolongara hasta una fecha posterior a la que corresponde de acuerdo con el término fijado en la constitución? No se trata aquí, como es fácil advertirlo, de una reforma del art. 62 en orden a fijar un plazo más amplio de duración del período presidencial, sino que, por el contrario, se parte del supuesto que dicho precepto permanece invariable y que sólo por una vez el órgano de revisión constitucional adopte la resolución de prolongar el mandato de un determinado Presidente de la República.

Schmitt estima que una resolución de esta especie no es jurídicamente válida. Para ello se basa en la oposición cualitativa existente entre el acto de reformar la constitución y el acto de quebrantarla, oposición que a su vez deriva de la radical distinción jurídica y política que existe entre la ley en cuanto norma general, y la medida en cuanto norma individualizada. Una medida para que sea jurídicamente válida requiere ser la aplicación a un caso concreto de una norma general. Nunca una medida puede ser válida cuando tiende precisamente a dejar sin aplicación un precepto general respecto a un caso concreto determinado, aún cuando tal medida sea adoptada por el órgano encargado de la creación o elaboración del precepto general. Una medida de este tipo es lo que Schmitt denomina quebrantamiento de la norma general, sea ésta la ley o la constitución. Dentro del ordenamiento jurídico-positivo de los estados, el órgano de revisión constitucional está facultado para realizar actos que siempre han de traducirse en normas generales, sea que mediante ellas se deroguen o modifiquen preceptos constitucionales vigentes, o bien que se creen preceptos constitucionales nuevos; en ningún caso puede estimarse que esté autorizado para tomar medidas tendientes a dejar sin aplicación en un caso concreto una norma constitucional que no ha derogado ni modificado y que, por tanto, permanece vigente. No puede, en consecuencia, quebrantar la constitución ni las leyes constitucionales, no obstante estar facultado para derogar y reformar estas últimas.

Esta situación es idéntica a la que se presenta respecto del poder legislativo. Este puede derogar o modificar una ley, y puede también dictar una ley nueva, pero no puede adoptar una medida que signifique quebrantar la ley, ni aún cuando la adopte siguiendo el procedimiento establecido por la constitución para realizar el acto legislativo. “El legislador sólo puede como tal dar leyes, no quebrantarlas” (45).

(45) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 125.

lo que es extrajurisdiccional ha continuado perteneciendo, en principio, a la libertad, la cual, por su parte, sigue creando derecho, bien por la vía del contrato, bien por la de declaración unilateral de voluntad» (20).

Por último, cabe agregar que existe consenso para estimar que cuando los súbditos están más cerca de una participación en la creación o elaboración de los preceptos de derecho, es cuando ésta se realiza por la vía de la costumbre o del «facto consuetudinario».

7. Clasificación de los actos jurídicos de Renard.—La clasificación de los actos creadores del derecho propuesta en el número anterior pretende comprender a todos aquellos que sirven de fundamento a las manifestaciones básicas de lo jurídico **normativo**. Ahora bien, ¿constituye lo normativo la única manifestación posible de lo jurídico? En otras palabras, las normas, las reglas ¿son las únicas formas que puede adoptar lo que se designa bajo la expresión **derecho positivo**?

George Renard, y en general los autores pertenecientes a la corriente denominada «institucionalista» clasifican del siguiente modo los actos jurídicos: ley, contrato y fundación o institución.

Sobre los dos primeros no hay problemas: trátase de una reducción más radical que la realizada en la clasificación anterior y ambos corresponden a actos creadores de preceptos normativos. Pero, ¿y la fundación? La fundación o institución corresponde a «aquellas manifestaciones de voluntad que constituyen actos de creación que engendran una persona moral» (21).

Significa ésto que para Renard y los institucionalistas las manifestaciones de lo jurídico no se reducen a puros complejos normativos, pues junto a las «reglas» (leyes y contratos), tienen cabida las instituciones o fundaciones generadoras de las entidades reales denominadas personas morales.

No obstante reconocer la importancia que para nuestro tema representa esta materia, como que habría de discutirse si el acto constituyente merece ser considerado más como acto institucional o fundacional que como mero acto legislativo de naturaleza particular, preferimos soslayar el problema (22). Nos mueve a ello no sólo la dificultad que entrañaría afrontarlo aquí, sino que además, la convicción de que cualquiera que fuera la solución que alcanzáramos no alteraría el fondo de la tesis sustentada en este trabajo respecto de las limitaciones del poder constituyente en el desarrollo de su actividad creadora de la constitución, sea que esta actividad se conciba como fuente de normas jurídicas, o como origen de una entidad institucional o fundacional.

(20) Hauriou, Maurice.—«Principios de Derecho Público Constitucional», pág. 25.

(21) Phillippi, Julio.—«Naturaleza de las Personas y Colectivas», pág. 36.

(22) Ver más adelante: números 84, 85 y 86.

El criterio de Schmitt en este sentido es de gran significación. Presupone una definida afirmación del concepto material tanto de constitución y de ley constitucional como de ley en sentido ordinario. La Ley, para Schmitt, así como las leyes constitucionales, son normas generales, de tal modo que la competencia constitucional del órgano de revisión y la competencia legislativa del órgano legislativo es una competencia que faculta exclusivamente para dictar normas generales, pudiendo crear normas individualizadas, o lo que en el lenguaje de Schmitt equivale, tomar medidas sólo en caso de estar expresamente autorizados.

Medidas que no signifiquen la aplicación a un caso concreto de lo establecido en un precepto general, sino que por el contrario, representen un quebrantamiento de tales preceptos, son actos propios del soberano, y por tanto, no son de ninguna competencia legal o constitucional. El órgano encargado constitucionalmente de la revisión de las leyes constitucionales no es más que una competencia creada en virtud de normaciones de carácter constitucional. No es, por lo mismo, soberano, y no puede, en consecuencia, actuar contra la constitución, y ni siquiera contra la ley. Sólo el soberano está facultado para actuar *legibus solutus*, es decir, sin atender a lo preceptuado constitucional o legalmente.

Según Schmitt, la facultad de quebrantar la constitución o la ley determina la condición de soberanía en que se encuentra un determinado poder. "Quien está facultado y en condiciones de realizar tales actuaciones, obra soberanamente" (46). Ahora bien, expresa Schmitt que en el estado de derecho contemporáneo la soberanía también se manifiesta en estos actos de quebrantamiento sea de la constitución o de la ley. Pero ocurre que este estado de derecho se fundamenta precisamente en la idea de que todo acto de poder ha de estar determinado en una norma escrita y positiva, de donde se sigue que jamás podrá producirse un acto de quebrantamiento de la constitución o de la ley, pues se supone que incluso tales actos de quebrantamiento están previstos normativamente. Como esto es imposible en la práctica, porque se ha demostrado que jamás lo normativo puede cubrir todas las situaciones posibles del acontecer social y político, los casos de excepción, que son precisamente aquéllos cuya solución corresponde al soberano, han de ser resueltos en el estado de derecho mediante lo que Schmitt denomina "actos apócrifos de soberanía".

"Son precisamente las decisiones políticas esenciales las que escapan de los contornos normativos. Entonces la ficción de la normatividad absoluta no presenta otro resultado que el de dejar en la sombra una cuestión tan fundamental como la de la soberanía. Y para los inevitables actos de soberanía se desarrolla un método de actos apócrifos de soberanía" (47).

Cuando las circunstancias político-jurídicas dentro de un estado burgués de derecho exigen una decisión soberana, que Schmitt define como la decisión acerca del caso excepcional, entonces se recurre al órgano y al procedimiento establecidos para la revisión constitucional. Pero de ello resulta no un auténtico acto de soberanía, sino un acto apócrifo de soberanía. Se otorga al órgano de revisión constitucional, de un modo irregular, una competencia propia del soberano, pero "las instancias competentes para una revisión constitucional no resultan soberanas por razón de tal competencia;

(46) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 125.

(47) " " " " " 125.

esto se comprende por las anteriores explicaciones. Ni tampoco se convierten en titular o sujeto del poder constituyente. Es igualmente imposible caracterizar como soberano al procedimiento como tal, pues con ello se crearía una nueva personificación ficticia, sin aclarar nada. Desde otro punto de vista habrá que suponer facultado al legislador para quebrantar la ley, y al legislador autorizado a reformar la constitución para quebrantar las prescripciones contenidas en la ley constitucional. Cuando por la necesidad política son del caso tales quebrantamientos, se manifiesta el respeto a la constitución en la observancia del procedimiento de reforma, sin que haya verdadera reforma del texto de la ley constitucional” (48).

Estima Schmitt que bajo ciertas circunstancias puede aceptarse este método de realizar los actos de soberanía, pero “a pesar de eso, sería inexacto creer que toda inconstitucionalidad arbitraria podría ser admisible y quedar purificada por el camino de una ley de reforma constitucional, o que se ganaría algo en este punto con exigir una expresa reforma del texto de la ley constitucional y prohibir los quebrantamientos tácitos. Antes bien, es preciso tener conciencia de la distinción entre leyes de reforma de la constitución y puros actos de soberanía, y no olvidar que, en la práctica de la Constitución de Weimar, el procedimiento del art. 76 sirve a dos fines completamente distintos: primero, como procedimiento de revisión de las leyes constitucionales, y segundo, para hacer posibles los actos apócrifos de soberanía” (49).

d) Reforma de la constitución no es suspensión de la constitución.— “Con frecuencia se designa indebidamente la temporal suspensión de varias o todas las prescripciones de la ley constitucional, como suspensión de la constitución. La constitución en sentido propio, esto es, las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia de un pueblo, no pueden, claro está, perder temporalmente su vigor, pero sí, y por cierto en interés de que subsistan esas decisiones políticas, las normaciones generales contenidas en ley constitucional y surgidas para llevar a ejecución tales decisiones” (50).

La suspensión “de varias o todas las prescripciones de la ley constitucional” es un recurso que la propia constitución pone en manos de alguna alta autoridad constituida, generalmente el parlamento y en ciertos casos el titular del ejecutivo, a fin de que estas autoridades puedan actuar libres de trabas y limitaciones “en la defensa del estado en los momentos de peligro para la forma de existencia política” (51). El estado de sitio y el estado de asamblea son instituciones que corresponden a la idea de la suspensión constitucional.

Schmitt señala que la suspensión de las prescripciones legal constitucionales no es materia propia de la competencia del órgano de revisión constitucional, puesto que “la suspensión no significa, ni quebrantamiento en caso concreto, puesto que no se vulnera ninguna prescripción legal válida, antes bien, la validez cesa; ni una reforma, pues pasada la suspensión, siempre temporal, vuelve a quedar en vigor, invariable, la prescripción suspendida” (52).

(48) Schmitt, Carl: Ob. cit., pág. 126.

(49) " " " " " 127.

(50) " " " " " 128.

(51) " " " " " 128.

(52) " " " " " 129.

CAPITULO TERCERO

DOCTRINA SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE DE Kelsen

109. **Planteamientos previos.**— Sabemos que el principio básico que informa el pensamiento de Kelsen en torno al problema de la validez del derecho positivo es que “la validez de una norma jurídica deriva siempre de otra norma jurídica, jamás de un mero hecho”.

A diferencia de Schmitt y a semejanza de Carré de Malberg, Kelsen estima que la validez de una constitución puede derivarse de otra constitución más antigua, pero al mismo tiempo, y en abierta discrepancia con el profesor francés, opina que el verdadero y auténtico problema de la validez constitucional se plantea para el jurista en relación a la “primera constitución”, o sea respecto a aquélla cuya validez ya no es posible referirla a otra constitución más antigua.

“Si inquirimos por qué la constitución es válida, tal vez encontremos su validez en otra constitución más antigua. Llegaremos finalmente a una constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por algún usurpador o por alguna especie de asamblea. La validez de esta primera constitución es el supuesto último, el postulado final de donde depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico” (1).

Recordemos que para Carré toda cuestión referente a la “primera constitución”, o “constitución inicial”, según su terminología, y a la “constitución revolucionaria”, es un problema de carácter metajurídico, que debe quedar excluido del objeto formal de la disciplina jurídica. Refiriéndose concretamente al caso de la constitución surgida de un golpe de estado, escribe Kelsen: “la significación de la norma fundamental se torna singularmente clara en caso de que un orden jurídico sea, no modificado por vía legal, sino reemplazado por vía revolucionaria por un orden nuevo, así como la esencia del derecho y de la comunidad por él constituida se revela también con la mayor claridad cuando se cuestiona su existencia” (2).

Para Kelsen entonces, el problema de la validez de las normas constitucionales, el de su creación consecuentemente, y por tanto, el problema del poder constituyente y el de sus limitaciones, plantéase precisamente en los casos en que la constitución es creada ya sea como constitución inicial o primera, o bien como constitución surgida de un golpe revolucionario.

Según Kelsen, el ordenamiento jurídico positivo, o, simplemente, el derecho positivo, es, según se ha adelantado, un orden sistemático, unitario y escalonado de normas jurídicas. Cada estructura normativa que integra esta ordenación, encuentra la razón o fundamento de su validez jurídica en la estructura inmediatamente superior, la cual regula los actos de su creación o elaboración. Resulta de este modo, que toda norma jurídica positiva deriva su validez de otra norma jurídica positiva y que los actos de poder, mediante los cuales es creada o establecida, están siempre regulados por el mismo ordenamiento positivo al cual pertenece.

(1) Kelsen Hans: “Teoría General del Derecho y del Estado” pág. 118.

(2) “ ” “La Teoría Pura del Derecho” pág. 100.

La constitución es una de las estructuras que integra el orden jurídico total. Es, además, la estructura básica del ordenamiento por cuanto sirve de fundamento de validez a todas las demás normas jurídico-positivas. En efecto, tal como tantas veces se ha repetido, el fundamento de validez de una norma positiva es la de grado inmediatamente superior, y a su vez, el de ésta, es la que le precede, y así sucesivamente hasta desembocar en la constitución que es la norma básica o fundamental de todo el sistema.

El problema específico, entonces, que la constitución plantea a la teoría jurídica es el de saber si su validez deriva de otra norma superior a ella, si los actos en virtud de los cuales es creada o establecida están sometidos a la regulación de tal normación superior, y en virtud de ello, si el poder constituyente, que lleva a cabo el acto de elaboración constitucional está vinculado y limitado por preceptos normativos. Es decir, el problema consiste en saber si respecto de la constitución rigen los mismos principios aplicables a la creación de los demás preceptos jurídico-positivos.

La respuesta de Kelsen es perfectamente clara:

«La constitución, lo mismo que una ley o una norma consuetudinaria, es obra de seres humanos. Como tal se origina o en la costumbre o en un acto deliberado de determinadas personas: los padres de la constitución. La relación que existe entre la norma de la constitución y el acto que la crea es la misma que existe entre una norma establecida sobre la base de la constitución y los hechos que la crean. El acto que crea la constitución debe, de esta suerte, ser calificado por una norma más alta como un acto de creación normativa. Las leyes son válidas porque han sido creadas por personas autorizadas por la constitución. La constitución es, según hemos visto, el fundamento de validez de las leyes, o, lo que es igual, la razón por la cual poseen existencia normativa. ¿Por qué posee validez la constitución? ¿Por qué consideramos como normas obligatorias las que han sido creadas por los padres de la constitución? ¿De qué fuente deriva la constitución su validez o existencia normativa? Una norma no puede recibir su validez de nada que no sea otra norma. Un deber ser siempre tiene que ser deducido de otro deber ser; nunca se sigue de un mero ser » (3).

La constitución, pues, para Kelsen, al igual que cualquiera otra norma jurídico positiva, deriva su validez de otra norma superior, la cual regula su creación o elaboración. ¿Cuál es la naturaleza de esta norma supra-constitucional? Kelsen descarta el caso de que la norma que otorga validez a la constitución y que regula su creación pueda ser una norma de carácter positivo. Escribe: «la norma que confiere validez a una constitución puede ser una constitución previa sobre cuyas prescripciones la nueva constitución ha sido creada. En tal serie de constituciones, históricamente considerada, una tiene que ser la primera. Y la norma que da a los padres de la primera constitución su autoridad no puede ser, ella misma, una norma jurídica positiva creada por acto legislativo alguno» (4).

La constitución, a diferencia de todas las demás normas de derecho positivo, deriva su existencia, o lo que es igual, su validez, de una norma superior que no tiene el carácter de norma positiva. ¿Quiere decir entonces que esta norma que otorga validez a la constitución es una norma de derecho natural? Kelsen rehusa aceptar tal posibilidad. El célebre maestro de la Escuela Vienesa niega la realidad del derecho natural, niega la existencia de «una justicia objetivamente cognoscible» declarando que ella es un «ideal irracional inaccesible al conocimiento humano» (5). La solución que busca dar al problema de la validez de la

(3) **Kelsen Hans:** "Los Juicios de Valor en la Ciencia del Derecho" de la colección "El Derecho Natural y Otros Ensayos" pág. 254.

(4) **Kelsen Hans:** "Los juicios de valor en la Ciencia del Derecho", de la Colección "El Derecho Natural y Otros Ensayos" pág. 254.

(5) **Kelsen Hans:** "Teoría General del Derecho y del Estado" págs. 13 y 14.

constitución pretende satisfacer, como él mismo expresa, a aquellos juristas que «en la aprehensión de su objeto rechazan un derecho natural del que pudiera derivarse la validez del orden jurídico positivo, pero no obstante conciben este derecho positivo como un orden válido, no como un mero factum de nexos de motivación, sino como norma» (6).

110. La norma fundamental hipotética: sus características.—Según Kelsen, la constitución recibe su validez de una norma presupuesta por el pensamiento jurídico, la norma fundamental hipotética, cuyas características más sobresalientes, vendrían a ser, en síntesis, las siguientes:

A) La norma fundamental hipotética no es, según se ha visto, ni una norma positiva, ni una norma de derecho natural.

Es típica en la teoría kelseniana la concepción del orden jurídico como una gradación escalonada de las diversas estructuras normativas. Ahora bien, los diferentes grados del derecho tienen una base en la cual descansa todo el ordenamiento. Esta norma básica es la constitución en sentido jurídico-positivo. En ella termina y se agota la positividad. El fundamento de validez de una norma positiva es siempre otra norma positiva superior, y el de ésta, otra que, a su vez, le precede; pero este regressus no es un regressus ad infinitum. En cuanto fundamentación en norma positiva de la validez de los preceptos integrantes del ordenamiento jurídico, termina precisamente en la constitución en sentido jurídico-positivo; por ello mismo, la constitución es la norma básica de este sistema. Pero también la constitución, en cuanto norma jurídico-positiva, ha de derivar su validez de otra norma superior; pero ya ésta, a fuer de ser la constitución la norma positiva básica, suprema y última, no puede tener carácter positivo.

La circunstancia de que la norma fundamental hipotética ocupe un grado superior a la constitución en sentido positivo, a la cual sirve de fundamento de validez, conduce a menudo, aún en el lenguaje propio de Kelsen, a que sea ella la que reciba el calificativo de norma básica, norma fundamental, e incluso, el de constitución. Y en la construcción teórica de Kelsen esto tiene su justificación, ya que siendo la constitución en sentido positivo el fundamento de validez de todo el resto de las estructuras jurídico-positivas, y formando la norma fundamental hipotética la base de la validez de la constitución en sentido positivo, resulta que, en definitiva, aquella viene a ser la verdadera norma básica o fundamental de todo el sistema, aún careciendo ella misma de carácter positivo. De ahí que se deba tener sumo cuidado, al estudiar las teorías de la Escuela Vienesa, en discernir con claridad cuando la expresión constitución, norma básica o norma fundamental, se está refiriendo a la constitución en sentido jurídico positivo y cuando, a la norma fundamental hipotética. La distinción suele facilitarse llamando a esta última, constitución en sentido lógico-jurídico.

Acerca de que la norma fundamental hipotética, o constitución en sentido lógico jurídico, no es una norma de derecho natural, ya hemos dicho suficiente más arriba. No obstante, ello resaltará aún más nítidamente a medida que logremos perfilar con mayor relieve sus rasgos esenciales.

B) La norma fundamental hipotética es un presupuesto jurídico.

Las normas positivas existen, o lo que es igual, son válidas, en virtud de que han sido creadas mediante actos de poder que se han ceñido a las prescripciones de una norma superior. La norma fundamental hipotética en cambio, no existe en virtud de que haya sido creada o establecida por alguien, sino que su existencia o validez es supuesta por el jurista. La existencia o validez de las normas positivas es algo que el jurista debe verificar mediante una serie de actos peculiares; la existencia o validez de la norma hipotética es algo que debe suponer. De ella escribe Kelsen: «no vale como norma jurídica positiva, ya que no es producida en el procedimiento jurídico; no es instituída (Gesetztes) sino supuesta, en tanto condición de toda instauración jurídica, de todo procedimiento jurídico-positivo» (7). Y en otra parte, completando esta misma idea, añade:

(6) **Kelsen Hans:** "La Teoría Pura del Derecho y del Estado" pág. 100

(7) "La Teoría Pura del Derecho" pág. 99.

«La norma básica (se está refiriendo a la norma fundamental hipotética) no es formulada mediante un procedimiento jurídico por un órgano creador de derecho. A diferencia de la norma jurídica positiva, la norma básica no es válida porque sea creada de cierto modo por un acto jurídico, sino porque se supone que es válida; y tal suposición se hace porque, sin ella, ningún acto humano podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas» (8).

Para Kelsen, la norma fundamental hipotética es el fundamento de validez de la constitución en el sentido positivo y regula el acto mediante el cual ésta es creada o establecida, o sea, el acto propio del poder constituyente. No obstante, esta regulación del acto constituyente tiene una significación diferente a la regulación por el derecho de todos los demás actos creadores de normas jurídicas. En el caso de estos últimos la norma positiva reguladora del acto jurídico de poder tiene una existencia normativa previa, una validez cognoscible con anterioridad al acto. En la creación constitucional, en cambio, la norma reguladora del proceso constituyente es puesta, o supuesta, después que el poder constituyente ha actuado y precisamente como una condición que el jurista se impone a sí mismo, en buenas cuentas, para poder suponer validez a la constitución. Adviértase que esta «suposición» de la norma hipotética es una especie de engaño que el jurista debe hacerse a sí mismo. En efecto, como el jurista está en la imposibilidad de verificar la existencia de normas positivas que vinculen y regulen el acto de poder constituyente, y como sin regulación normativa el acto constituyente no puede generar una constitución válida, entonces el jurista, después que el poder constituyente ha actuado y que la constitución por él creada ha alcanzado vigencia, a fin de aceptar la validez constitucional en su elaboración teórica, supone que el poder constituyente ha actuado sujeto a una norma y que el contenido de esta norma es el mismo acto realizado para crear la constitución.

Para aclarar aún más este punto, recordemos que según el mismo Kelsen una norma puede regular un acto de poder en tres sentidos diferentes: a) Determinando el órgano; b) Señalando un procedimiento; c) Fijando el contenido substancial del precepto creado mediante el acto jurídico de poder. La regulación del acto constituyente por la norma fundamental hipotética tendría el primero de estos sentidos, o sea, un carácter meramente orgánico, como el que, según el pensamiento kelseniano, correspondería a la constitución en sentido positivo respecto del acto legislativo. «Es esencial a esta norma fundamental el establecer o determinar el órgano supremo de producción de las ulteriores normas, el cual a su vez va delegando para ciertos aspectos esta función en otros órganos y éstos, por su parte, delegan a su vez en otros, etc.» (9) No obstante la afirmación enfática de Kelsen de que «la relación que existe entre la norma de la constitución y el acto que la crea es la misma que existe entre una norma establecida sobre la base de la constitución y los hechos que la crean», es fácil advertir que entre la regulación normativa del acto legislativo y la regulación normativa del acto constituyente existe una gran diferencia: la regulación del acto legislativo se realiza por una norma previa, con existencia anterior a su realización, en cambio la regulación del acto constituyente se verifica por una norma supuesta a posteriori con el único fin de normativizar una situación que, desde el punto de vista del derecho positivo, se ha realizado como un mero hecho.

Está demás decir que esa diferencia proviene de la circunstancia de que el acto legislativo está regulado por una norma positiva, la constitución en sentido positivo, en tanto que el acto constituyente no admite, como tantas veces se ha repetido, vinculación positiva alguna. Por ello y ante la obstinación en desconocer la validez del derecho natural, se inventa, se supone la validez de una norma fundamental hipotética.

(8) **Kelsen Hans:** "Teoría Gral. del Derecho y del Estado" pág. 120.

(9) "Compendio de la Teoría General del Estado" pág. 139.

111. Consecuencias de la teoría de la norma fundamental hipotética.—Nos interesa destacar las siguientes consecuencias que se siguen para la ciencia jurídica de la teoría de la norma hipotética o constitución en sentido lógico-jurídico.

112. A) Transforma la validez jurídica, y por tanto la razón de obligatoriedad de los preceptos de derecho positivo en algo hipotético, y por eso mismo, relativo.—Es preciso recordar que el tipo de validez normativa que Kelsen acepta como propio de las normas de derecho positivo, es la validez formal, en oposición a la validez substancial, que correspondería, según él, a la moral y a otros órdenes de lo normativo. «Las normas de un género valen, o sea, la conducta humana indicada por ellas ha de considerarse como debida, en virtud de su substancia: porque su contenido tiene una cualidad inmediatamente evidente, que le confiere validez. Y las normas reciben esta calificación por el contenido, debido al hecho de ser referibles a una norma fundamental bajo cuyo contenido puede subsumirse el de las normas que integran el orden, como lo particular bajo lo general. De este género son las normas de la moral. Otra cosa ocurre con las normas del derecho. Estas no valen en virtud de su contenido. Cualquier contenido puede ser derecho; no hay conducta humana que como tal esté excluida, en virtud de su substancia, de convertirse en contenido de una norma jurídica. La validez de esta norma no puede ser cuestionada porque su contenido no corresponda a un valor material de algún modo supuesto, tal vez a la moral. Una norma vale como norma jurídica, sólo porque fue dictada de una forma bien determinada, porque fue producida de acuerdo con una regla bien determinada, porque fue establecida según un método específico. El derecho vale solamente como derecho positivo, es decir, como derecho instituido (Gesetztes Recht)» (10).

La validez jurídica la reduce, pues, Kelsen a una mera validez formal, consistente en que el acto de creación de las normas integrantes del derecho positivo se haya realizado de acuerdo a ciertas condiciones fijadas en un precepto superior. De ahí que la validez de una norma positiva haya de referirla siempre Kelsen a otra norma superior. La validez de una norma depende de que la norma superior que ha regulado su creación sea válida. Así es como se llega primero a la constitución en sentido positivo, que es la norma positiva que sirve de base a todo el sistema, pues de ella derivan su validez todos los demás preceptos del ordenamiento positivo, y luego, a la norma fundamental hipotética que sirve a su vez de fundamento de validez a la constitución positiva. La validez de esta norma fundamental hipotética ya no puede derivarse de una norma superior, sino que, como hemos visto, debe ser supuesta por el jurista a fin de reconocer válida jurídicamente la situación de hecho de un poder constituyente que impuso una constitución en determinado momento. Esto es lo que ha movido a Heller a afirmar que la solución de Kelsen no significa otra cosa que «la identificación del orden normativo ideal con la organización real» (11). Esta conclusión es precisamente la opuesta a la que el famoso profesor vienés quería alcanzar con su teoría pura.

De manera que toda la validez del derecho positivo la hace descansar Kelsen en una norma cuya validez es supuesta, en una mera hipótesis jurídica, respecto de la cual el jurista debe contentarse con suponerla válida, pues carece de armas científicas para demostrar nada respecto de este punto que pueda significar una verdad fehaciente, un valor de orden permanente. Lo hipotético pasa a constituir lo esencial de la ciencia jurídica, según esta postura. El renunciamiento que desde el punto de vista científico representa esta reivindicación del valor científico de la hipótesis no se ha ocultado al propio Kelsen, al cual pertenecen estos reveladores conceptos: «Precisamente en la renuncia, difícil por muchas razones,

(10) Kelsen Hans: "La Teoría Pura del Derecho" pág. 96.

(11) Citado por Carlos Ruiz del Castillo, en el prólogo a la edición española de "Principios" de Derecho Constitucional", de Maurice Hauriou pág. XXXI.

a una justificación absoluta y material, en esta limitación de perspectivas llenas de resignación a una fundamentación simplemente hipotética y formal mediante la norma fundamental, reside la característica esencial del positivismo frente a la teoría del derecho natural. Positivismo y relativismo (de la teoría del conocimiento) van tan unidos como la teoría del derecho natural y absolutismo (metafísico). Todo intento de hacer saltar el simple fundamento relativo hipotético del derecho positivo para alcanzar una justificación absoluta, sea oculta, sea manifiesta —y este intento tiene que ser hecho siempre por inmediatos motivos políticos— significa la supresión de la diferencia entre derecho positivo y derecho natural, significa la irrupción de la teoría del derecho natural en la consideración científica del derecho positivo y, si es permitida una analogía con las ciencias naturales, una ingerencia de la metafísica en el campo de la experiencia» (12).

Creemos que las siguientes palabras de Schmitt son el mejor comentario a las anteriores ideas: «en Kelsen, sólo valen las normas positivas, es decir, aquellas que realmente valen. No valen porque en justicia deban valer, sino sólo porque son positivas, sin consideración a cualidades como razonabilidad, justicia, etc. Aquí cesa de repente el deber ser y desaparece la normatividad; en su lugar aparece la tautología de unos simples hechos: una cosa vale, cuando vale y porque vale. Esto es positivismo. A quien sostenga en serio que la constitución debe valer como norma fundamental, y toda otra validez deriva de ella, no le es lícito el tomar como fundamento de un puro sistema de puras normas, prescripciones concretas cualesquiera, porque hayan sido establecidas por un determinado órgano, sean reconocidas y por ello designadas como positivas, y así sólo resultan eficaces de hecho. Sólo de preceptos sistemáticos justos en sí mismos por virtud de su razonabilidad o justicia, sin consideración a la validez positiva de consecuencias normativas, se puede derivar una unidad u ordenación normativa» (13).

113. B) **Desemboca en una teoría de la fuerza, en que la validez jurídica pasa a depender del mero hecho de la imposición eficaz de los dictados de quien detenta el poder.**—Esta consecuencia, que parece inverosímil que pueda ser aplicada a la teoría de un tratadista preocupado de desarrollar toda su doctrina en torno de la idea de que el fundamento de validez de una norma es siempre otra norma, nunca un hecho, es, sin embargo, perfectamente nítida cuando se analiza la posición kelseniana frente a la cuestión de la validez de la norma constitucional. La propia esencia de la norma fundamental hipotética conduce a ella. En efecto, ya hemos visto cómo esta norma es supuesta a posteriori para otorgar validez jurídica a un hecho consumado de poder que ha impuesto una determinada constitución. Esto queda particularmente en claro cuando Kelsen analiza el caso de la revolución o golpe de estado como una de las situaciones en que se realiza la actividad constituyente, conjuntamente con la que tiene lugar en la fundación del estado. Escribe:

«Precisamente el fenómeno de la revolución es el que descubre con toda claridad la significación de la norma básica (norma fundamental hipotética). Supóngase que un grupo de individuos trata de llegar al poder por medio de la fuerza, a fin de derrocar el gobierno legítimo de un estado hasta entonces monárquico, e introducir una forma republicana de gobierno. Si tienen éxito, y el viejo orden deja de existir y el nuevo empieza a ser eficaz, en cuanto los individuos cuya conducta es regulada por éste realmente se comportan, en la generalidad de los casos, de acuerdo con el orden nuevo, entonces dicho orden es considerado como válido. La conducta real de los individuos será entonces interpretada como legal o ilegal, de acuerdo con el nuevo orden. Esto quiere decir que se presupone la existencia de una norma básica. Ya no se trata de la norma de acuerdo con la cual la vieja constitución monárquica tenía validez, sino de una

(12) Kelsen Hans: "El Derecho Natural" de la Colección tantas veces citada, pág. 27.

(13) Schmitt Carl: Ob. cit. pág. 0

norma de acuerdo con la cual es válida la nueva constitución republicana, o sea una norma que confiere autoridad jurídica al gobierno revolucionario. Si los revolucionarios fracasan y el orden que se trata de establecer permanece ineficaz, su empresa ya no es interpretada como un acto jurídico, como acto creador de derecho o como establecimiento de una constitución, sino como un acto ilegal, como crimen de traición, todo ello de acuerdo con la vieja constitución monárquica y su norma básica específica» (14).

De manera pues que, tal como adelantáramos en la primera parte, la monumental construcción normativista de Kelsen, en la que la mantención de la radical separación entre la norma y el hecho, el ser y el deber ser, es su razón misma de existencia y la condición de su pureza, se desploma y se esfuma allí donde precisamente debía mostrar la fortaleza de sus cimientos doctrinarios: en lo relativo a la cuestión de la validez jurídica de las normas supremas del ordenamiento positivo. En la fundamentación de la validez de todos los preceptos positivos nada tenía que hacer el hecho; el fundamento de validez de una norma es siempre otra norma... pero menos en el caso de la norma constitucional, respecto de la cual un puro hecho de fuerza, de tener éxito o de fracasar en una aventura de poder, determina que una constitución sea considerada como válida o no. Es una brecha demasiado importante para que el edificio pueda mantenerse en pie. Una tarea científica que pretendió llevar a sus últimas consecuencias el principio normativo en su más estricta pureza, debió renunciar a la pureza en el punto donde era más necesario conservarla y demostrarla. Es Heller quien se ha encargado de revelar el momento crítico: «la reducción que da (Kelsen) al problema de la validez, apelando a la hipótesis de una norma fundamental que declara: condúcese tal como lo ordena el monarca o el parlamento, no es, en puridad, otra cosa sino un mero cambio de nombre de la voluntad estatal no trabada por normas. Pues si es la norma fundamental la que instaaura la autoridad constituyente y si la constitución extrae su validez jurídicamente relevante de esta norma originaria, en tanto que su contenido procede del acto empírico de voluntad de la autoridad constituyente, vendremos así a tener, de una parte, una norma fundamental sin contenido y, por consiguiente, no sometida a normas, alias voluntad, no sometida a normas, del estado» (15).

114. C) **Significa aceptar, de hecho, que el poder constituyente es un poder absolutamente ilimitado.**—Luego de las explicaciones anteriores, esta conclusión se impone por sí sola, sin que casi se necesite de mayor análisis.

Hemos citado antes una afirmación de Kelsen según la cual «en las normas de derecho positivo no se puede hallar una cosa tal como un soberano, una persona o grupo no suceptible de limitación jurídica». Que un poder esté limitado significa que sus actos son regulados normativamente. Kelsen sostiene que no puede existir un acto de poder que no esté regulado por una norma superior, pues si no lo está, su actividad no puede ser fuente de preceptos jurídicos válidos. Ya hemos demostrado cómo en Kelsen la necesaria regulación normativa de los actos de poder no alcanza sino a lo meramente formal del acto, excluyéndose lo substancial.

En el caso del acto constituyente ni siquiera tal regulación formal tiene lugar en cuanto regulación previa. Ella se supone con posterioridad al acto constituyente, inventándose para tal menester la norma fundamental hipotética, a fin de que el jurista pueda salvar las apariencias y sus escrúpulos normativos, haciéndoselo reconocer como válida una norma constitucional nacida de un hecho que, por esencia, no quedó vinculado a precepto positivo de ninguna especie.

La apología del éxito en los golpes de estado como fundamento real de validez de las constituciones, antes transcrita, es la mejor demostración de que interpretamos ajustadamente el pensamiento del creador de la Teoría Pura del Derecho.

(14) Kelsen Hans: "Teoría General del Derecho y del Estado", pág. 122

(15) Heller Hermann: Ob. cit. pág. 215

CAPITULO CUARTO

BASES PARA UNA SOLUCION DEL PROBLEMA DEL PODER CONSTITUYENTE DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL

115. Los dos extremos doctrinarios frente al problema: Kelsen y Schmitt.—Hemos analizado en esta parte la teoría sobre el poder constituyente del profesor francés M. Carré de Malberg. Esta teoría, según se vio en su oportunidad, se caracteriza por negar la calidad de problemas jurídicos a las cuestiones que se plantean en torno al poder constituyente. Entiende Carré de Malberg y los de su escuela, que no estando el poder constituyente, a diferencia de todos los demás poderes, sujeto a vinculación de ninguna especie respecto de las ordenaciones del derecho positivo, su naturaleza o esencia no puede quedar dentro de la esfera de los objetos que deban ocupar la atención del jurista. Se le relega, entonces al terreno de los meros hechos naturales, carentes de relevancia jurídica. Sería ésta una teoría sobre el poder constituyente de carácter negativo, ya que consiste en demostrar que sobre el poder constituyente no puede existir doctrina jurídica de ninguna especie.

Pero como Carré de Malberg no puede negar que en el poder constituyente se originan normas jurídicamente válidas, su postura doctrinaria, no obstante sus reiteradas protestas de adhesión a los criterios del normativismo, viene a coincidir con la de los sostenedores de la teoría de la fuerza, cuya esencia consiste precisamente en afirmar que de un mero hecho natural, desprovisto de vinculación jurídica, pueden nacer preceptos válidos de derecho positivo.

En realidad, como con tanto acierto lo expresa Heller, frente a la cuestión constituyente existen hoy dos posturas extremas perfectamente definidas: la de Kelsen y la de Schmitt. Escribe el citado autor: «En la actualidad se hayan frente a frente, en la cuestión del fundamento de validez de una constitución estatal, dos concepciones irreconciliables e igualmente unilaterales. Para el normativismo puro de Kelsen y su escuela, es la norma fundamental, que representa el origen lógico de la constitución, la que, como hipótesis jurídica, establece la autoridad constituyente; la constitución recibe así su validez jurídicamente, no lógicamente, relevante de esta norma primordial, pero, en cambio, su contenido del acto de voluntad empírico de autoridad constituyente. A esta norma desprovista de poder, válida lógicamente, no jurídicamente, contrapone Schmitt el poder sin norma, carente por completo de validez. Según él, la constitución positiva no es en absoluto algo normativo, sino que vale en virtud de la voluntad política existencial del que la da» (1).

La antítesis entre la doctrina de Kelsen y la de Schmitt sobre el poder constituyente no es sino una consecuencia derivada de la oposición fundamental existente entre el criterio de uno y otro autor para apreciar el fundamento positivo último de validez de las normas de derecho: normativismo y decisionismo, respectivamente. Ambos autores se reconocen positivistas y rechazan, por lo mismo, al derecho natural como posible fundamento de validez del derecho positivo. Pero tanto Kelsen como Schmitt afirman enfáticamente que de no aceptarse la norma fundamental hipotética o la voluntad política existencial, no queda otra alternativa que admitir al derecho natural como fundamento de la validez jurídico positiva. Kelsen expresa que o se acepta como fundamento

(1) **Heller Hermann:** Ob. cit. pág. 306.

CAPITULO SEGUNDO

SUJECION AL DERECHO DE LOS ACTOS JURIDICOS DE CREACION

8. **El acto de creación jurídica como objeto de regulación por parte del derecho.**—En el capítulo anterior se persiguió poner de relieve la condición del actuar humano en cuanto es por su intermedio que las normas que integran el derecho positivo cobran existencia concreta. La norma jurídico-positiva es, en efecto, considerada en su esencia, en su ser primario, la expresión conceptual de un deber ser normativo que expresa una conducta debida positiva o negativamente, en orden a la acción o a la omisión. Pero en cuanto a entidad con real y concreta existencia histórica, espacial y temporalmente determinada, es también el resultado de una actividad propia del hombre encauzada o dirigida conscientemente a crearla. Tras toda norma jurídico-positiva, en la base de su existencia, existe una dimensión humana, «una voluntad iluminada por la inteligencia, presidida por ideas y por fines objetivos» (23).

De la doble relación de la conducta humana con el orden jurídico-positivo, pasiva, en cuanto a objeto normado, activa, en cuanto sujeto normante, abstraíamos esta última condición a fin de destacarla en su expresión técnica de acto jurídico creador de derecho.

Pues bien, habremos de ver ahora que un acto jurídico de creación normativa no puede existir jamás en una mera conexión **activa** con el derecho, en una pura dimensión de condición o de **causa** de la norma positiva, sino que, al mismo tiempo, y configurando su naturaleza esencial, el acto jurídico creador forma el contenido pasivo del orden jurídico en cuanto es también objeto de regulación por parte del derecho.

El derecho positivo, concebido como la estructura total de las normas jurídico-positivas que rigen un grupo social determinado, tiene por objeto la regulación de la conducta social de los miembros de tal grupo; al mismo tiempo, las normas que integran el derecho positivo arrancan su existencia de determinados actos de conducta de los miembros del grupo: los actos jurídicos. Pero a su vez, estos actos jurídicos de creación o elaboración normativa, para ser tales, para estar dotados de esa virtud generadora de preceptos válidos jurídicamente, han de someterse también al derecho. Esta última situación será analizada en este capítulo.

9. **Importancia y alcance del pensamiento de Kelsen en esta materia.**—Como expresa con razón Hermann Heller, notable contradictor de los postulados de la Teoría Pura, «el gran mérito crítico de Hans Kelsen ha sido el haber señalado que la validez jurídica no puede basarse en su establecimiento por un poder de voluntad no sometido a normas» (24).

Esto es plenamente cierto. Kelsen ha demostrado que en teoría jurídica no es posible concebir un acto de voluntad humana que pretenda servir de fundamento a una norma positiva válida, que es lo que constituye fundamentalmente un acto de poder, sin que tal conducta no esté vinculada al derecho por normas que la determinen y ordenen. Para Kelsen, es esta una imposibilidad de orden lógico, pues incuestionablemente el único criterio que permite al jurista afirmar que un acto «vale» como fuente creadora de preceptos jurídicos es la circunstancia de que tal acto forma el contenido de una norma jurídica superior que le atribuye tal condición.

(23) Ruiz Jiménez, Joaquín.—Ob. cit., pág. 67.

(24) Heller, Hermann.—Ob. cit., pág. 215.

de validez de la constitución la norma fundamental hipotética o se admite que tal fundamento radica en el derecho natural; en tanto que Schmitt plantea la disyuntiva oponiendo el puro acto de decisión constituyente a la validez derivable del derecho natural.

Al respecto escribe este último autor: «en realidad una constitución es válida cuando emana de un poder, es decir, fuerza o autoridad constituyente y se establece por su voluntad. La palabra voluntad significa, en contraste con simples normas, una magnitud del ser como origen de un deber ser. La voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser. Una norma puede valer cuando es justa; entonces la concatenación sistemática conduce al derecho natural y no a la constitución positiva; o bien una norma vale porque está positivamente ordenada, es decir, por virtud de una voluntad existente» (2).

Estos conceptos no pueden ser más encontrados con los ya conocidos pensamientos de Kelsen, en orden a que «el documento que encierra la primera constitución es una constitución verdadera, una norma obligatoria, sólo a condición de que la norma básica se suponga válida» (3), pues, «el fundamento de validez de una norma es siempre otra norma, nunca un hecho». Claro está que, según vimos en el capítulo anterior, la oposición que Kelsen pretende hacer aparecer como absolutamente radical entre su norma fundamental y un mero hecho de una voluntad existencial de poder, no pasa de ser algo en extremo relativo, pues, en último término, la norma fundamental hipotética no es sino una manera de referirse al acto de poder que logró éxito en la empresa de crear o establecer una constitución. De donde resulta que incluso en Kelsen, pese a sus desesperados intentos de mantenerse en los límites del normativismo, la oposición continúa siendo la misma que en Schmitt: o la fuerza o el derecho natural. Esto ha sido advertido con particular claridad por Larenz, el cual, refiriéndose a la norma fundamental hipotética de Kelsen, ha escrito: «Pero, ¿en virtud de qué se justifica esta hipótesis? No queda más que una alternativa. Bien remontarse a una norma de derecho natural, o bien orientar la elección de la hipótesis originaria en la facticidad de un comportamiento correspondiente a un orden jurídico determinado. Kelsen escoge el segundo camino, y con ello se reconoce positivista: él habla de una adecuación de un sistema normativo ideal determinado respecto de una modalidad real de comportamiento, enredándose en la contradicción de que, por una parte, el derecho, como sistema de normas, debe ser pensado independientemente de todo acontecimiento fáctico; pero, por otra parte, la norma fundamental decisiva para la fundamentación de este sistema ideal, sólo puede ser determinada facticidad del acontecer. Con ello Kelsen desemboca en la antinomia de un dualismo que necesariamente hay que presuponer entre ser y deber ser, entre realidad y valor, y el reconocimiento indefectible de una relación de contenido entre dos sistemas cuya incomunicabilidad se supone. El sistema de Kelsen no rebasa esta antinomia y tiene que estrellarse contra ella. Pues ¿qué otra cosa quiere decir el reconocimiento de una relación indefectible entre lo que se presupone incomunicable, sino que semejante supuesto es falso y que precisamente para la consideración científico-jurídica no cabe pensar en el ser y el deber ser en la forma en que Kelsen de continuo admite?» (4).

Es de una gran significación el hecho de que las dos elaboraciones doctrinarias más acabadas del positivismo, la de Schmitt y la de Kelsen, se rebatan y destruyan entre sí en una polémica irreconciliable en la que en nada están de acuerdo, salvo en que la derrota de una no significa la victoria de la otra, sino que el triunfo final del criterio del jusnaturalismo.

(2) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 10

(3) Kelsen Hans: "Teoría general del derecho y del estado", pág. 119.

(4) citado por Jorge Iván Hübner: Ob. cit pág. 49.

116. **Errores básicos de ambas posturas doctrinarias.**—Una vez que el positivismo alcanzó su culminación mediante el desarrollo hasta sus últimas consecuencias de dos líneas doctrinarias encontradas (5), se hicieron mucho más evidentes sus errores y contradicciones. Pese a que Schmitt llega a conclusiones opuestas a las de Kelsen, la circunstancia de que ambos tengan un común punto de partida positivista hace que los errores fundamentales les sean comunes, pues son los errores propios de todo positivismo.

El error básico de ambos consiste en la escisión absoluta y radical que realizan entre el ser y el deber ser, pensando ambas entidades como dos categorías últimas, irreductibles e incommunicables entre sí. Para Schmitt, el derecho esencialmente es puro ser; para Kelsen, es puro deber ser. El decisionismo y el normativismo son el despliegue doctrinario de uno y otro criterio conceptual. Pronto se advirtió hasta qué punto ambas posturas representaban concepciones unilaterales frente a la naturaleza real de lo jurídico. Refiriéndose a Kelsen y Schmitt ha escrito un autor lo siguiente: «Ambos son ejecutores testamentarios del positivismo científico, en cuanto consideran, en un caso al orden normativo y en otro al centro de poder, de un modo aislado y prescindiendo de su correlación entre sí y de su referencia de sentido, con lo cual elevan un fenómeno parcial a la categoría de punto medular de una sistemática del estado puramente abstracta» (6).

No es difícil comprender que el positivismo de Schmitt se manifiesta de un modo mucho más inmediato y directo que en Kelsen. Para Schmitt el derecho vale sólo como una emanación de un ser político dotado de fuerza; o sea que el origen del deber ser jurídico es una magnitud del ser, concretamente: la voluntad existencial de un sujeto de poder. Es propio, en cambio, de las normas de derecho natural, como el mismo Schmitt lo reconoce, valer «antes que y sobre cualquier ser político, porque son justas y razonables y por eso envuelven un deber ser auténtico, independiente de la realidad del ser, es decir, de la realidad jurídico positiva» (7). O sea que para el célebre creador del decisionismo existe una validez normativa auténtica que está ligada a la justicia o razonabilidad del contenido de la norma, validez que es propia del derecho natural; y otra que nada tiene que ver con la justicia o injusticia substancial del precepto, pues sólo depende de la fuerza del poder que positivamente la establece. Esta última es la validez de las normas que integran el derecho positivo. Este es el criterio decisivo que sirve a Schmitt no sólo para distinguir, sino también para separar y oponer, según él estime de conveniencia, el derecho positivo y el derecho natural.

Kelsen reconoce también que si ha de existir un derecho natural, su esencia tiene que estar constituida por un deber ser absoluto, válido en virtud de la justicia intrínseca de su contenido, y por lo mismo, desligado de toda voluntad y de todo poder político. Sin embargo, esta trascendencia que Kelsen advierte en las normas de derecho natural respecto de cualquiera magnitud del ser, no la usa para diferenciarlas de los preceptos de derecho positivo, pues estima que estos últimos también trascienden a todo acto de poder, ya que su validez no es imputable a hecho alguno, sino que deriva de otras normas superiores también válidas. Pero Kelsen, como Schmitt, estima que es preciso distinguir y separar cuidadosa y radicalmente el derecho positivo del derecho natural, erigiendo a ambos en sistemas absolutamente cerrados e incommunicados. Cree, sin embargo, que la distinción debe mantenerse en el plano estricto del deber ser. Es así como separa y opone un deber ser absoluto o substancial, propio del derecho natural, por una parte, y un deber ser relativo o formal, propio del derecho positivo, por otra. Es con este deber ser relativo y formal con el que el profesor vienés pretende

(5) Es perfectamente lícito calificar en esta oportunidad de positivista a Schmitt, a pesar de que en la segunda parte, su doctrina fue incluida entre las que combatían a dicha corriente. En efecto, las conclusiones del decisionismo de Schmitt son de clara estirpe positivista.

(6) Gerhart Niemayer en el prólogo a "Teoría del Estado" de Heller, pág. 9.

(7) Schmitt Carl: Ob. Cit. pág. 10.

construir un sistema cerrado y puro en que la validez de todos y cada uno de los preceptos positivos se explique por sí misma, mediante la dinámica interna del propio sistema, sin necesidad de recurrir ni al acto concreto de poder, por ser una manifestación no normativa, ni a la justicia substancial de un contenido normativo, por representar una cuestión propia del derecho natural.

Pero precisamente porque el positivismo de Kelsen pretende enfrentar al derecho natural de una manera más inmediata, buscando el mismo plano de sus planteamientos, es que su caída se hace también más estrepitosa. Ya sabemos cuál es el punto por donde el monumental edificio de la sistemática kelseniana se esfuma: la validez de la norma constitucional. Repetimos palabras ya citadas del propio Schmitt que dejan en descubierto la arena en que se construyó la estructura del formalismo normativista: «una norma nunca se establece por sí misma sino que se reconoce como justa porque es derivable de preceptos cuya esencia es también justicia y no sólo positividad, es decir, verdadera realidad ordenadora. Decir que una constitución no vale a causa de su justicia normativa, sino sólo de su positividad, y que sin embargo, funda como para norma un sistema u ordenación de puras normas, es una confusión llena de contradicciones».

117. Superación por la doctrina jurídica de la antinomia planteada en la obra de Kelsen y de Schmitt.—La superación por la doctrina científico-jurídica de las antinomias planteadas por Kelsen y Schmitt, antinomias que no son sino el fruto del común positivismo subyacente en la actitud científica de uno y otro tratadista, marca, a nuestro juicio, una dirección bien precisa de retorno hacia los viejos postulados del jusnaturalismo. Este retorno está determinado por un proceso de doble síntesis de entidades y estructuras que el pensamiento moderno se había empeñado en comprender en un absoluto estado de escisión y aislamiento: a) Comprensión de la naturaleza del derecho positivo como una síntesis del ser y deber ser, de voluntad y norma, coordinadas entre sí en dialéctica relación; y b) Integración del derecho positivo en una estructura jurídico normativa total en la que se comprende al derecho natural como fuente absoluta de validez de los preceptos jurídicos y la que, a su vez, se engarza con un orden completo de la vida humana en sus más variadas expresiones.

Creemos que la obra del jurista alemán Hermann Heller marca mejor que ninguna el nuevo rumbo del pensamiento jurídico. Ella tiene para nuestro tema una singular importancia, por cuanto donde con mayor claridad se expresa su criterio es en lo relativo a la validez de la constitución. En efecto, es en lo constitucional donde advierte Heller la mayor necesidad de una debida correlación entre el ser y el deber ser: «Ni el logicismo normativo de Kelsen ni el decisionismo schmittiano se dan cuenta de la función que, para la continuidad histórica de la constitución real, desempeña la norma jurídica. La afirmación de Schmitt de que la constitución no puede ser concebida como normación, sino que tiene que ser considerada como decisión sobre la especie y forma de la unidad política proviene de su radical incompreensión del elemento normativo de la constitución del estado. Naturalmente, que en la base de toda normación, no sólo de la constitución sino de cualquiera ley, existe una decisión más o menos política del que crea la norma. Pero en cuanto la decisión adoptada pretende validez que obligue a la voluntad, ya sea para el mismo que decide, ya para otros, tiene que ser objetivada como norma. Lo que, mirado desde arriba, aparece como mandato, sentencia o negocio jurídico, se presenta, desde abajo, como precepto jurídico. Ninguna decisión puede, sin normatividad, producir una normalidad y, por tanto, una continuidad de la conducta. La oposición de norma y decisión aparece aquí tan mal entendida como la antítesis entre normatividad y existencialidad. El concebir a las determinaciones fundamentales de organización de una constitución jurídica no como normaciones, sino como decisiones políticas concretas,

impide considerar a la constitución como una unidad en el tiempo. Si las decisiones adoptadas para ésta o aquellas forma de estado o de gobierno no poseyeran validez normativa para el futuro, difícil sería explicar cómo pudieran constituir en cuanto decisiones, tanto hoy como mañana, el supuesto básico de todas las normaciones ulteriores» (8).

Establecida así la naturaleza intrínseca del derecho positivo, Heller entra a plantearse la cuestión de la validez de las normas jurídico-positivas. Esta materia es tratada por el ilustre jurista alemán como problema de la justificación del estado, pero en el fondo viene a ser lo mismo, pues se parte de la idea de que es el estado el que crea o elabora el derecho positivo.

«La época que siguió a la quiebra del derecho natural se caracterizó por una incapacidad de principio para comprender la cuestión de la justificación del estado y, con mayor motivo para contestarla satisfactoriamente. El problema del fundamento moral de la validez del estado aparece casi siempre confundido con la cuestión del fundamento sociológico de validez del poder estatal en cuanto, para justificar al estado, se remite a su reconocimiento por el pueblo democrático o al espíritu del pueblo y a las ideologías de legitimación dominantes. Pues en cada pueblo existen diversas ideologías de esa clase que legitiman el poder actual o futuro. A falta de un criterio objetivo de justicia, la doctrina dominante tiene, por eso, que reconocer necesariamente el derecho del más fuerte, el cual sólo porque posee el poder tiene el derecho a imponer su ideología de legitimación, independientemente de todos los principios jurídicos divinos y humanos» (9).

Seguidamente Heller analiza y rebate los dos grandes sistemas de justificación del derecho inventados para reemplazar al criterio objetivo de justicia que impone el derecho natural: el sistema de la fuerza o del derecho del más fuerte, representado por el decisionismo schmittiano, y el sistema del normativismo formal de Kelsen. Respecto de este último coincide con lo que antes se ha dicho en orden a que, en último término, también viene a representar una teoría de la fuerza. «Es evidente que, para la cuestión de la justificación del estado, nada se consigue con oponer a la realidad social, desde un punto de vista meramente técnico jurídico, un deber ser jurídico positivo, establecido por el poder concreto. Así, la norma fundamental kelseniana, que lleva en sí potencialmente todas las posibles variaciones de un contenido normativo, nos remite al arbitrio del legislador real, libre de todo vínculo jurídico moral, y llega, de esta suerte también, en último término a la identificación de derecho y fuerza y a la afirmación de que todo estado es estado de derecho. La conformidad de un acto estatal con la ley y de ésta con la constitución jurídico positiva o con la constitución hipotética lógico-normativa, sólo puede constituir la base de una legalidad, nunca de una legitimidad justificadora. La afirmación de que la forma de legitimidad más corriente en la actualidad sea la creencia en la legalidad, la sumisión a los preceptos nacidos con absoluta corrección formal y según las formas usuales, es sencillamente inexacta, aunque puede ser también la involuntaria constatación de una degeneración de la conciencia jurídica. En la lucha contra la arbitrariedad absolutista se creyó poder asegurar la legitimidad por la legalidad, de tal manera, que el pueblo venía a dictar leyes por sí mismo y el resto de la actividad estatal debía someterse a estas leyes. Únicamente pudiera admitirse la existencia de una garantía de juricidad de las leyes dictadas por el legislativo popular si se estimara que la legislación democrática fuese un acto de la razón determinándose moralmente a sí mismo. Pero la división de poderes, de carácter organizatorio, tiene sólo como fin el garantizar la seguridad jurídica y es, por ello, un medio técnico, simplemente, que nada dice respecto a la justicia del derecho. Nadie cree hoy que todas las disposiciones del legislativo popular, en virtud de una predestinación metafísica, sean derecho justo. Por este motivo, la legalidad del estado de derecho no puede sustituir a la legitimidad» (10).

(8) Heller Hermann: Ob. Cit. pág. 93.

(9) » » » » » 46.

(10) » » » » » 47.

Heller se pregunta si ante el hecho cierto «de que ni la armonización de derecho y fuerza, ni la legalidad, ni tampoco una ideología democrática, bolchevique o nacionalista» pueden servir de justificación al estado y, por tanto, de fundamento de validez al derecho que es establecido mediante actos estatales, ha de contentarse la teoría del estado con un agnosticismo relativista. «¿No le quedará más recurso que reconocer que todo poder, por el hecho de serlo, sirve a la justicia de modo permanente, o podrá descubrir principios de justificación del estado con validez universal?» (11). El mismo se contesta en seguida: «no es difícil razonar una respuesta afirmativa, en tanto se trate de la justificación del estado como institución: el estado está justificado en cuanto representa la organización necesaria para asegurar el derecho en una determinada etapa de su evolución. Al hablar aquí de derecho nos referimos a los principios morales de derecho que constituyen la base de las normas jurídico-positivas» (12).

Fácil es advertir que Heller ha alcanzado aquí los umbrales mismos del derecho natural. La justificación del estado y el fundamento de validez del derecho positivo no pueden ser ni un mero acto de fuerza, ni una norma positiva cualquiera; ha de ser necesariamente un principio jurídico normativo de carácter moral, y por lo tanto, esencialmente supra positivo. «El precepto jurídico recibe toda su fuerza moral obligatoria exclusivamente del principio ético del derecho, supra-ordinado» (13).

Aplicando estos conceptos al caso concreto de la validez de la constitución, Heller escribe: «La cuestión de la constitución no puede naturalmente contestarse refiriéndose a su nacimiento según cualesquiera preceptos jurídicos positivos, válidos con anterioridad. Pero en cambio, sí precisa una constitución, para ser constitución, es decir, algo más que una relación fáctica o inestable de dominación, para valer como ordenación conforme a derecho, una justificación según principios éticos de derecho» (14).

En este punto parecería que Heller ha entrado abiertamente en la doctrina del derecho natural. ¿Qué otra cosa puede significar la exigencia, que señala, de una justificación según principios éticos de derecho para que un precepto concreto pueda valer como ordenación conforme a derecho?

Sin embargo, el contexto de la obra de Heller no permite afirmar que haya alcanzado a ubicarse en un plano de definido jusnaturalismo. En el fondo, no logra del todo librarse de sus tareas positivistas. La verdad es que sus principios ético-jurídicos, origen de la validez del derecho positivo, no se identifican con los preceptos del derecho natural, sino que son de naturaleza diferente; con razón ha escrito uno de sus discípulos: «Claro es que no hay que confundir esta vinculación normativa de la voluntad de decisión con una reedición de las concepciones jusnaturalistas. Precisamente lo que constituye la esencia del derecho natural falta en la noción helleriana de los principios jurídicos, a saber, la validez de las normas jurídicas a priori, con independencia de la conducta humana, del tiempo y del espacio» (15).

No obstante ésto, creemos que a Heller lo que realmente le ocurrió, fué que se quedó en el camino. De hecho, este jurista extraordinario murió en plena elaboración de su obra y, aunque en ella no alcanzó a definir una clara posición jusnaturalista, su pensamiento abre una luminosa ruta hacia el pleno reconocimiento de la necesidad científica de contar con la validez de los postulados del derecho natural. Desgraciadamente esta ruta quedó trunca.

(11) Heller Hermann: Ob. cit. pág. 248

(12) » » » » » 248.

(13) » » » » » 248

(14) » » » » » 308.

(15) Niemayer Gerhart en el prólogo a la «Teoría del Estado», pág. 15.

118. Términos en que queda planteado el problema de las limitaciones del poder constituyente.—Si el acto de dar o crear la constitución es un mero hecho de fuerza, desvinculado absolutamente de toda normación previa, no hay duda que el poder constituyente ha de considerarse como un poder ilimitado. Igualmente ha de ser entendido como un poder ilimitado en el caso que, aún estimándosele ligado a una regulación normativa, no se entienda por tal regulación otra cosa que una mera determinación formal o adjetiva.

Solamente si se acepta que el acto constituyente está sujeto a la regulación material o substantiva de preceptos normativos ante los cuales sea posible juzgar la validez de la constitución, es posible hablar del poder constituyente como un poder limitado.

Aceptamos como poder limitado a aquél que está sometido a la regulación normativa de sus actos, de suerte que todos aquellos actos que no se ajusten a la estructura normativa reguladora, carecen de validez y, por tanto, de existencia jurídica. Demostrado que, por naturaleza, el poder constituyente no admite vinculación a preceptos positivos, las únicas normas que pueden regular, y, en consecuencia, limitar la actividad constituyente son las normas del derecho natural.

El problema del poder constituyente plantea al jurista la necesidad de definirse entre la doctrina de la fuerza y la doctrina del derecho natural, como fundamento de validez del derecho positivo. Esta situación no se le plantea con igual urgencia en el caso de los demás poderes, llamados constituídos, pues respecto de sus actos siempre puede contar con la posibilidad de referir esa validez a una norma positiva superior; no necesita todavía reconocer al mero hecho de poder la calidad de fuente de validez jurídica. Al llegar al acto constituyente, como toda posible convalidación positiva desaparece, al jurista no le cabe sino una de estas alternativas: a) Negar al acto constituyente calidad de problema jurídico (doctrina de Carré); b) Aceptar lisa y llanamente al hecho como origen del derecho, al ser como origen del deber ser (doctrina de Schmitt); c) Recurrir al subterfugio científico de una norma fundamental hipotética que no teniendo calidad de precepto positivo ni de norma de derecho natural, regula, no obstante, el acto constituyente (doctrina de Kelsen); y d) Aceptar que el acto constituyente está regulado por el derecho natural, y que la constitución, y todos los demás tipos de normas que integran el derecho positivo, reciben su validez jurídica de su concordancia con el derecho natural.

Tanto la doctrina de Carré de Malberg como la de Kelsen, conducen a una encubierta postura de fuerza, de donde viene a resultar que la disyuntiva para el jurista de hoy sigue siendo la de siempre: derecho natural o violencia.

119. Ideas generales para la solución del problema de las limitaciones del poder constituyente desde el punto de vista de la doctrina del derecho natural.—No tenemos la intención de adentrarnos en lo que podría ser una teoría del poder constituyente desde el punto de vista de la doctrina del derecho natural. No haremos tampoco una exposición acerca de las limitaciones concretas que se derivan para el poder constituyente de la circunstancia de estar sometido en su actividad a la regulación del derecho natural.

Trataremos sí, a continuación, de expresar algunas ideas generales, inspiradas en los más tradicionales principios del jusnaturalismo, y que demuestran, a nuestro juicio, cómo la doctrina del derecho natural es capaz de solucionar problemas jurídicos que, como los relativos al poder constituyente y sus limitaciones, quedan absolutamente al margen de las estrechas posibilidades científicas del positivismo, en todas sus formas.

El proceso de la creación de las normas jurídicas no puede ser explicado si se descarta el derecho natural. Crear una norma jurídica es hacer que ella alcance validez, o sea, existencia normativa, y no hay validez jurídica que no esté determinada, mediata o inmediatamente, por el derecho natural. Es el derecho natural el que otorga validez a cada uno de los preceptos que integran el derecho positivo y a ese derecho positivo considerado como totalidad. En la génesis de cada precepto jurídico positivo existe una norma de derecho natural capaz de precisar si tal precepto va a alcanzar o no validez jurídica. El positivismo ha pretendido arrancar al derecho natural del origen o causa del derecho

positivo. El acto de poder creador de una norma jurídica, considerado sin vinculación al derecho natural, es un puro acto de fuerza. Toda pretensión de edificar una validez jurídica independiente del derecho natural conduce, indefectiblemente, a un reconocimiento del valor jurídico de la fuerza. Por eso los autores jusnaturalistas expresan a cada paso, como Renard, que «separado del derecho natural, el derecho positivo no es sino el disfraz de la fuerza» (16).

Si respecto de ningún acto creador de normas jurídicas puede explicarse su virtud generadora de preceptos válidos sin recurrir al derecho natural, como fuente inmediata o mediata de su validez, ésto se hace particularmente evidente tratándose del acto constituyente. De ahí que la teoría del poder constituyente requiera tan ostensiblemente ser elaborada de acuerdo con los principios del jusnaturalismo.

Se ha intentado, es cierto, la búsqueda de sistemas capaces de explicar el origen de la validez de los preceptos de derecho positivo sin recurrir al derecho natural, pero sin aceptar tampoco el valor normativo del mero *factum*. Tal ha sido la pretensión de la doctrina de Kelsen. Veámos nosotros, en la primera parte, tal como lo expresa Heller, que «el gran mérito crítico de Han Kelsen ha sido el haber señalado que la validez jurídica no puede basarse en un poder de voluntad no sometido a normas». La verdad es que nadie como el profesor vienés ha desplegado una dialéctica más penetrante para demostrar la imposibilidad de una teoría jurídica fundada en la fuerza normativa del mero acto de poder desligado de vinculación normativa. Para él la fuente de la validez jurídica solamente puede encontrarse en estructuras normativas, jamás en hechos. Pero sabemos que la validez jurídica que Kelsen considera es una validez puramente formal, estimando que tal es la que, por esencia, corresponde a la naturaleza del derecho positivo, el cual no vale en razón de su contenido, de su materia, sino en virtud de su elaboración positiva, formalmente determinada por el mismo derecho positivo. Esta validez formal, propia del derecho positivo, es opuesta por Kelsen a la validez substancial que reconoce como típica del derecho natural. Con este criterio pretende edificar un sistema completo y cerrado capaz de explicar la validez de todos los preceptos positivos, independientemente del derecho natural. Para ello no tiene más que afirmar que una norma de derecho positivo vale sólo a causa de la determinación formal del acto de su creación por el propio ordenamiento a que va a incorporarse, sin que importe para nada su contenido material.

El formalismo, como ha hecho ver acertadamente un autor, no es tanto un error como una postura unilateral frente al problema de la validez de lo jurídico. Son innegables los servicios que el formalismo, y particularmente la doctrina kelseniana, han prestado a la tarea de esclarecer los problemas relativos a la creación o elaboración del derecho positivo, y, correlativamente, a la doctrina del estado. Así lo reconocen, entre otros, autores tan distantes de su órbita de influencia, como son los profesores españoles Carlos Ruiz del Castillo y Luis Sánchez Agesta. Pero el formalismo manifiesta su insuficiencia en cada uno de los grados de la elaboración del derecho, y, en especial, en la elaboración de las normas constitucionales. Aquí el formalismo pierde, absolutamente, todo sentido. Por ello, cuando Kelsen se propone mantener para la constitución su criterio puramente formal, le ocurre que, en su porfía por conservar infranqueable la separación entre el derecho positivo y el derecho natural, se ve obligado a desandar todo lo andado, y termina negando al normativismo en el punto mismo en que se le hace más imperiosa su reafirmación, aceptando la validez de la constitución como un mero fruto del éxito facticio de una aventura constituyente.

Para la solución del problema de la creación de las normas constitucionales se hace preciso replantear todo lo relativo a la validez del derecho, empezándose por excluir y desterrar todo criterio de oposición, y aún de distinción radical, entre validez substancial o material y validez formal del derecho. Porque, si bien es cierto que puede existir un derecho válido sólo por su contenido substancial, independiente de todo establecimiento formal por actos humanos de poder,

(16) Renard George: "El Derecho, la Lógica y el Buen Sentido", pág. 10.

caso del derecho natural que trasciende todas las potestades humanas, vinculándose a la conducta de los hombres sólo de un modo activo, no es menos verdadero que una validez puramente formal, desligada de lo substancial, es filosófica y científicamente imposible. La validez formal no se da nunca en estado puro, como pretende Kelsen, y sólo con fines gnoseológicos puede permitirse su aprehensión y consideración aisladas.

Hay que advertir que la no disgresión de la validez formal y material, conduce a barrer las fronteras con que se ha querido separar al derecho positivo del derecho natural. Y éste es, precisamente, el paso que se impone dar. Aquí fue donde la muerte detuvo la clara inclinación de Heller.

El jusnaturalismo clásico, entendiendo aquí por tal al que se encuentra en la obra imperecedera de la escolástica, jamás aceptó la separación absoluta entre el derecho natural y el derecho positivo, según lo ha pretendido siempre el positivismo.

El derecho natural y el derecho positivo tienen en común un mismo principio de existencia, y, por tanto, de validez: lo justo. La medida de la validez tanto de los preceptos de derecho natural como de los que componen el derecho positivo es la justicia. Una norma que no es justa no vale ni como norma de derecho natural ni como norma de derecho positivo: simplemente es la nada jurídica. Ahora bien, el derecho positivo requiere, además de ser substancialmente justo, estar formalmente ordenado o establecido mediante un acto de poder. Surge, así, junto a la validez substancial o intrínseca, la validez formal, derivada del hecho de haber sido el origen de una norma, una voluntad calificada para imponerla como precepto válido positivamente.

El jusnaturalismo a que nos referimos ha repudiado siempre la concepción de un ordenamiento jurídico-positivo valiéndose separada e independientemente del derecho natural. Nunca ha dejado de advertir, con máxima claridad, las diferencias que distinguen a una y otra modalidad de lo jurídico, pero lo que constituye la médula de su criterio, consiste en concebir al derecho positivo y al derecho natural como dos entidades integrantes de una misma unidad normativa, no como estructuras separadas y extrañas. En esa unidad los preceptos que forman el derecho positivo no son sino las conclusiones, o bien las determinaciones, de las normas de derecho natural.

La doctrina jusnaturalista sostiene la existencia de normas jurídicas universales, evidentes, válidas para todos los hombres en todo tiempo y lugar, en atención a la justicia intrínseca que ellas encierran y sin que su validez dependa en forma alguna de la voluntad humana, pues «surgen de una manera necesaria del sólo hecho de que el hombre es hombre, en ausencia de toda otra consideración» (17). Estos preceptos normativos, expresión humana de la ley eterna, forman el derecho natural, cuyo destino es la regulación de la conducta de los hombres en sus relaciones mutuas a fin de imponer en ellas el imperio de la justicia.

Pero la naturaleza misma del hombre demuestra que el puro derecho natural no es suficiente para regular, eficazmente, las relaciones sociales entre los seres humanos, sino que requiere de una etapa jurídico-normativa más técnica. «La ley natural, reflejo de la ley eterna, es la norma que sirve a la razón humana para discernir entre lo que es conforme o disconforme con la naturaleza y fin último del hombre; pero esta conformidad no a todos se presenta con la misma claridad e imperatividad, por lo cual se precisa de una manifestación externa y fácilmente cognoscible de la ley natural» (18). Tal es el papel del derecho positivo.

De lo anterior se desprende que las normas del derecho positivo no son otra cosa que las conclusiones o determinaciones que ciertos hombres, cualitativamente determinados, obtienen del derecho natural y que imponen a los demás hombres, coercitivamente.

Esta relación entre el derecho positivo y el derecho natural es uno de los aspectos más típicos del pensamiento jurídico escolástico. Santo Tomás lo expresaba así: «Viniendo ahora a nuestro propósito, decimos que hay preceptos que derivan de los principios generales de la ley natural, por vía de conclusión;

(17) Ross Bravo Jaime: Ob. cit. pág. 57.

(18) Ross Jaime: Ob. cit. pág. 93.

tal es, verbigracia: nunca es lícito el asesinato, verdad que procede de esta otra más genérica: a nadie se debe hacer el mal. Hay otros que derivan por vía de determinación. Así prescribe la ley natural que aquel que delinque sea castigado; pero no prescribe y señala la pena con que ha de ser castigado; ésta sólo pertenece a la ley natural como lo determinado a lo indeterminado. Y uno y otro modo se encuentran en las leyes naturales; pero con una diferencia: que los preceptos o leyes humanas que derivan de la ley natural del primer modo, o sea, por vía de conclusión, no son solamente leyes humanas sino que tienen también algo del vigor y fuerza de la ley natural; mientras que las que únicamente por vía de determinación proceden, tienen tan sólo aquella fuerza y obligatoriedad que pueda comunicarles un legislador humano» (19).

Estos principios envuelven en sí mismos una clara concepción acerca de la naturaleza del acto de poder y del poder mismo. En efecto, si la norma positiva no es en lo substancial más que una conclusión o una determinación de la ley natural, sólo existirá auténtico acto creador de preceptos positivos allí donde realmente se realice este proceso de conclusión o determinación del derecho natural.

La realización del derecho natural a través de los actos humanos de poder que crean derecho positivo, es un proceso siempre necesario, pero que no se mantiene siempre idéntico. Pertenece a la historia del derecho el estudio de los distintos modos o formas de realización del derecho a lo largo del desarrollo de las sociedades humanas. Las condiciones en que se ha desenvuelto la vida social del hombre moderno han planteado la exigencia de una ordenación jurídica dotada del máximo de precisión, exactitud y seguridad. Para satisfacer estas exigencias se hizo indispensable la planificación y organización de estructuras de poder capacitadas para declarar y ejecutar el derecho con una eficiencia técnica no requerida por sociedades más primitivas y rudimentarias. El resultado de esta planificación y organización racionalizada de estructuras de poder es el estado moderno.

La creación del derecho positivo a través del funcionamiento de la estructura estatal sólo se hace posible mediante la fijación de una serie de determinaciones formales, las cuales permiten alcanzar ese grado de certeza que de otro modo no tendrían. Tales exigencias formales consisten, por ejemplo, en la determinación precisa del órgano cuyos actos han de ser tenidos por los ciudadanos como actos estatales, y el procedimiento que debe seguir el órgano en su actividad. En realidad, el estado no puede ser entendido sin referencia a estos aspectos formales que pertenecen a su misma esencia. De ahí los servicios indiscutibles que el formalismo ha prestado al progreso de la teoría del estado. Pero el error del formalismo, como hemos tenido ocasión de verlo, ha consistido en la pretensión de elaborar una teoría de la creación del derecho positivo, y con ello una teoría del estado, refiriéndola por entero solamente a las connotaciones formales que sin duda intervienen en este proceso, pero olvidando o ignorando el elemento primordial que le otorga sentido: el derecho natural, sin el cual ningún poder es poder jurídico ni ningún mandato alcanza carácter de norma jurídica.

En realidad, ningún acto de poder, ni aún aquellos que podrían estimarse más alejados de las exigencias de los principios supremos del derecho, pueden interpretarse en su dimensión puramente formal, sin referencia a su materia o contenido. Esto significa que no existen sectores dentro del derecho positivo a los cuales no alcance la necesidad del derecho natural como fundamento de su existencia. Esta idea de la compenetración del derecho positivo por el derecho natural, se encuentra magníficamente interpretada por la siguiente imagen que nos presenta Renard:

«En el punto a que hemos llegado, se me figura que la relación del derecho positivo con el derecho natural ha de aparecer del todo luminosa.

«No se trata de la relación entre la imagen y el modelo.

«Tampoco es el empalme puro y simple, en un límite determinado donde termina la competencia del derecho natural y comienza la del derecho positivo; no hay entre ellos separación de territorio, como entre dos redes de ferrocarriles.

«No es tampoco una compenetración parcial en un extremo del territorio donde sus respectivos dominios se confunden, como el callo de una fractura consolidada. Aquí no hay callo ni fractura, ni solución de continuidad entre el derecho natural y el derecho positivo.

«He empleado una comparación tomada de la quirúrgica; bien puedo proseguir con una figura de tipo anatómico. Hay una nervación de derecho natural, que se desarrolla y ramifica hasta los más menudos detalles del derecho positivo, y que los tiene en la dependencia de los principios primeros, como el sistema nervioso mantiene a todo el organismo en la dependencia del cerebro. El derecho natural contiene y retiene toda la vida jurídica, hasta las menores relaciones de arrendatario a propietario o de portero con el mismo propietario, en una red de ligamentos que van adelgazándose, desde el centro a la periferia, y por la cual toda la economía jurídica se integra en el Orden. El derecho natural no es toda la economía jurídica, lo mismo que el sistema nervioso no es todo el cuerpo humano; pero toda la organización jurídica es tributaria de él, como todo el cuerpo humano es tributario del sistema nervioso. El derecho natural está por todos los ámbitos de nuestras leyes, en nuestras costumbres jurídicas, en nuestras decisiones de justicia, en nuestros contratos; y allí donde no está, ya no hay derecho; porque el derecho natural es, en suma, el único derecho verdadero, la «lex vera» de Cicerón; el derecho positivo no es más que una participación suya» (20).

Difícilmente habríamos podido encontrar un texto de autoridad que interpretara más exactamente el criterio que sustentamos sobre esta materia.

Nos resta agregar aquí que si una teoría de la creación del derecho positivo no es posible elaborarla sobre bases puramente formales y sin referencia al derecho natural ni aún en aquellas ramificaciones más distantes y menudas de la estructura jurídica positiva, pues hasta allí también alcanza la nervación del derecho natural, mucho menos posibilidad existe en la esfera de la creación de las normas constitucionales, donde toda formalidad desaparece, dando paso a la disyuntiva de enfrentar el acto de poder constituyente con las normas de la ley natural, o resignarse a renunciar respecto de él a toda posibilidad de vinculación normativa.

120. Correlación del problema del poder constituyente con otras materias político-jurídicas de importancia.—Efectivamente, la situación del poder constituyente presenta, para la teoría jurídica, problemas específicos, distintos de los que se plantean en relación a los demás poderes. Respecto de éstos, subsiste siempre la posibilidad de teorizar en torno al aspecto formal con que siempre aparecen revestidos. Tal es el intento de Kelsen. Tal cosa no es posible en lo relativo al poder constituyente. Aquí nos encontramos en presencia de un acto de poder absolutamente desprovisto de toda connotación formal, y por lo tanto, en una situación de pureza imposible de encontrar en cualquiera otra forma de poder. «Cuando el orden constitucional se nos ofrece en esta presentación histórica nos hallamos ante una expresión neta de voluntad política creadora del orden. Entre ésta y la voluntad que lo crea hay un vínculo inmediato y actual que nos ofrece el mejor ejemplo de una actividad política pura» (21). De aquí deriva el interés único que representa para la teoría jurídica el problema del poder constituyente.

Puede afirmarse que la importancia del tema del poder constituyente está realizada por la circunstancia de exigir su planteamiento una definición de fondo acerca de la naturaleza del poder y del derecho, definición que sólo puede tener lugar en el centro mismo de la filosofía jurídica.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico la cuestión del poder constituyente está ligada a los problemas más profundos del derecho público. En primer término, lo relativo a su legitimidad y titularidad, exigencias propias de todo poder jurídico, ponen al poder constituyente en una relación inmediata

(20) Renard George: "El Derecho el Orden y la Razón", pág. 111.

(21) Sánchez Agesta Luis: Ob. cit pág. 384.

En la obra kelseniana este principio logra una fundamental significación. No obstante, al ser desarrollado y aplicado desde una postura doctrinaria de extremo positivismo, Kelsen lo despoja de sus más valiosas consecuencias para la teoría general del derecho.

En efecto, cuando Kelsen sostiene que no puede existir un acto jurídico de poder no sometido a normas, entiende por normas solamente las que tienen carácter de preceptos positivos. De manera que su exacto pensamiento es que no pueden existir actos creadores de normas de derecho positivo que no estén sometidos a ese mismo derecho positivo. De ahí que el postulado básico de su «nomodinámica» o «teoría de la creación del derecho», sea el de que «el derecho positivo regula su propia creación». «El derecho—escribe— a diferencia de todo otro sistema de normas, regula su propia creación. Un análisis del derecho positivo muestra que el procedimiento por el cual se crea una norma jurídica está regulado por otra norma jurídica» (25).

Pero el positivismo de Kelsen es aún más radical que lo que pudiera desprenderse de lo ya dicho. Ello se debe a la circunstancia que anotamos en seguida.

Según el propio Kelsen, los actos de poder pueden estar sometidos al derecho en tres sentidos o modos diferentes: 1.º Determinando el derecho la persona o personas cuyos actos han de valer como actos jurídicos de poder, o sea, determinando los **órganos** de creación del derecho positivo; 2.º Determinando el **procedimiento** al que los órganos deben ceñir su actividad; y 3.º Determinando el contenido substancial de la norma jurídica general o individualizada creada mediante el acto de poder. Ahora bien, la necesidad de que todo acto de poder esté sometido al derecho no tiene otro alcance, en el pensamiento de Kelsen que este: siempre el derecho debe determinar por lo menos el órgano de poder, en tanto que el procedimiento y el contenido de los actos jurídicos pueden o no ser objeto de su regulación. Esto significa que sólo la determinación del órgano es, para Kelsen, el único requisito que debe concurrir en todo acto de poder, siendo las otras dos, formas accesorias o hipotéticas de vinculación. Este criterio lo explicita perfectamente Kelsen: «Incluso cuando la norma de grado más alto determina simplemente el órgano, es decir, el individuo que debe crear el precepto inferior, o sea, cuando autoriza a dicho órgano a determinar de acuerdo con su propio criterio el procedimiento de creación de la norma inferior y el contenido de la misma, la superior es «aplicada» en la creación de la otra. La norma superior tiene que determinar cuando menos al órgano encargado de formular la inferior» (26).

Como puede apreciarse, el punto de vista de Kelsen según el cual no puede concebirse jurídicamente un poder de voluntad no sometido a normas, tiene alcances doblemente estrechos y limitados, pues no considera normas sino a las positivas, y de éstas abstrae las de procedimiento y las que determinan contenidos, reduciéndolas en esa forma a las que señalan el órgano de poder.

Kelsen une a su positivismo radical una postura doctrinaria del más extremo formalismo. Veremos más adelante que un criterio restrictivo como éste es absolutamente inadecuado para comprender el problema jurídico del poder, y muy en especial, el problema del poder constituyente.

10. Normas de conducta y normas de organización. Derecho sustantivo o material y derecho adjetivo o formal.—Sin embargo de lo dicho en el número anterior, es preciso reconocer que ha sido Kelsen el tratadista que en forma más exhaustiva y sistemática ha desenvuelto el principio de que los actos de creación de las normas de derecho positivo han de ser, a su vez, objeto de regulación por parte de éste. Es preciso, empero, dejar en claro que el principio en sí mismo no tiene nada de nuevo. Kelsen lo ha precisado y desarrollado con claridad y método, pero siempre han existido en la doctrina jurídica formulaciones al través de las cuales es posible descubrir la idea que estamos considerando.

(25) Kelsen, Hans.—«La Teoría Pura del Derecho la Jurisprudencia Analítica» pág. 228.

(26) Kelsen, Hans.—«Teoría General del Derecho del Estado», pág. 138.

con el derecho natural, pues es evidente que sólo en el derecho natural puede encontrarse para este poder la fuente de su legitimidad y titularidad. De este modo ocurre que, si bien es cierto que todo poder representa una vinculación entre el derecho positivo y el derecho natural, en el caso del poder constituyente esta vinculación tiene un carácter especial, pues es singularmente directa e inmediata. Enseguida, el tema del poder constituyente se confunde, en cierto modo, con el de soberanía, respecto de la cual expresa Sánchez Agesta que fué «durante muchos años el concepto central de una teoría política» (22). Por último, la cuestión del poder constituyente conduce necesariamente a planteamientos relacionados en una forma directa con el derecho de rebelión, materia la más discutida por los juristas y filósofos de todos los tiempos.

121. a) **Legitimidad y titularidad del poder constituyente.**—En lo relativo a la legitimidad del poder constituyente y su atribución a un titular concreto, no creemos necesario agregar más de lo dicho con anterioridad. Tal legitimidad y titularidad sólo puede ser explicada recurriendo al derecho natural. Nos adherimos a lo que Sánchez Agesta escribe sobre este punto:

«El poder constituyente no encuentra su justificación en una legitimidad jurídica anterior; su fundamento es de carácter trascendente al orden jurídico positivo. Puede quizás presentárenos como un puro hecho de fuerza, como un volumen histórico que se apoya en su propia prestancia, pero normalmente debe buscarse su fundamento en un derecho superior al positivo. La doctrina de un derecho a la revolución tiene aquí su puesto. El poder constituyente se nos presenta con una legitimidad trascendente, en contradicción con el derecho positivo, invocando valores de justicia superiores a éste o apoyándose en necesidades históricas que el derecho positivo es incapaz de solventar o realizar. El fundamento recto de la legitimidad de esta afirmación histórica sólo puede hallarse en el derecho natural, cuyo flagrante desconocimiento o violación justifica en determinados casos un derecho a la revolución, como creación originaria de un orden nuevo; en tal sentido lo entendía Jovellanos como un poder inmediatamente derivado de la naturaleza y del cual ni el tiempo ni la ignorancia ni la fuerza pueden despojar (a las naciones) y ni ellas mismas despojarse» (23).

En la cita que el profesor Sánchez hace de Jovellanos se acentúa una idea que nos interesa recalcar. Si bien es cierto que el poder constituyente está sometido y sujeto al derecho natural, de lo cual derivan las limitaciones que no le es lícito traspasar, no es menos verdadero que el mismo derecho natural asegura al poder constituyente derechos y facultades que, como expresa Jovellanos, «ni el tiempo, ni la ignorancia, ni la fuerza pueden despojar». Las facultades del poder constituyente están ligadas a la noción jus-naturalista de la sociedad civil o política perfecta. Entiéndese por tal aquella que se basta a sí misma, sin que requiera para subsistir, dependencia de ninguna otra. Esta autonomía se manifiesta primordialmente en el derecho a organizarse y ordenarse jurídicamente en la forma que estime más conveniente a los intereses sociales y al bien común del grupo. El ejercicio de tal derecho corresponde a la actividad típica del poder constituyente. El estado, forma moderna de sociedad política perfecta, organiza sus estructuras jurídico-políticas del modo más apropiado a la realización en su seno del derecho, sin otra traba que las que le impone el mismo derecho que se trata de realizar.

En el aspecto de la titularidad del poder constituyente, tan ligado al de su legitimidad, tampoco estimamos preciso agregar nada más a lo que expresa Sánchez Agesta. Dice el maestro de Granada: «Es natural que las investigaciones sobre este tema (poder constituyente) se propongan como cuestión principal quién sea por derecho propio el titular del poder constituyente. Si existe o no un derecho al ejercicio de este poder es cuestión en la que no queremos entrar aquí. En la situación actual del mundo político este poder sólo puede manifestarse como revolucionario y con tal carácter habría que estudiar su legitimidad

(22) Sánchez Agesta Luis: Ob. cit. pág. 539.

(23) , , , , , 386.

en conexión con el derecho de rebelión y la doctrina suareciana de la transmisión del poder, para referirlo a la comunidad como indica certeramente Pérez Serrano. Su atribución histórica al rey o al pueblo debe considerarse únicamente como mitos históricos que tratan de reforzar una acción política determinada» (24)

122. b) **El poder constituyente y la idea de soberanía.**—Si la noción de lo jurídicamente ilimitado parece constituir uno de los elementos esenciales que integran el concepto de soberanía, surge como una paradoja la pretensión de referir un poder constituyente, concebido en estrecha vinculación pasiva con el derecho natural, a la idea de soberanía, entendida como expresión de poder absoluto e ilimitado.

Este punto reviste más importancia de la que pudiera aparecer a primera vista, por cuanto no se trata de descartar, lisa y llanamente, el concepto de soberanía, ya que nadie puede desconocer el rol que ha desempeñado en la evolución y desarrollo del estado moderno. Por otra parte, es con relación al estado moderno que la concepción de poder constituyente cobra sentido, y sabemos nosotros hasta qué punto la doctrina del poder constituyente está ligada al advenimiento de dicha forma estatal.

Esta correlación entre la idea propia del estado moderno, como forma concreta de convivencia política surgida del Renacimiento, y la noción de un poder soberano, de una soberanía, fué sin duda lo que movió a los teólogos escolásticos, y en especial a los de la línea española, a elaborar un concepto de soberanía que respondiera a las exigencias de la nueva realidad político-social, pero que no significara la negación del derecho natural, de cuya validez no puede excluirse potestad humana alguna.

Surge así la doctrina española clásica de la soberanía, resumida magistralmente por Sánchez Agesta: «Su característica esencial es el desconocimiento de esa contradicción de dos esferas superpuestas o contrapuestas porque sencillamente ignora la doctrina de la soberanía como poder ilimitado. El poder, de acuerdo con el concepto tomista, se concibe como un principio de dirección inmantado al fin: no hay cabida para un poder neutro e ilimitado, sino sólo para la potestad necesaria para alcanzar la meta propuesta. No hay limitaciones del poder, sino tareas propias del poder y acciones que escapan a su competencia porque no están relacionadas con su fin. Lo que en el derecho natural racionalista aparece como limitaciones del poder del estado, son aquí, en cuanto condiciones para el desenvolvimiento de la persona humana, el fin propio para el que el poder se instituye. De tener algún sentido la soberanía no será la ilimitación del poder, sino la plenitud de su capacidad para realizar los fines que le son propios. Rectamente no puede hablarse en esta posición de límites, sino de competencias. Así cuando la doctrina española, como recordaba genialmente Balme, encauza el poder en la ley divina y natural y lo encamina al cumplimiento de la justicia y del bien común, en realidad no limita al poder, sino que lo orienta y define su ámbito. No es la idea de freno o límite la que encaja en este concepto, sino la de dirección. Y no es tampoco la idea de poder ilimitado o limitado la que conviene a la soberanía, sino la de capacidad para dirigirse al cumplimiento de sus fines. Con el oficio, dice Suárez (III, II, 6), se da toda la potestad necesaria para su ejercicio adecuado.

«Esta transformación de sentido puede aparecer a primera vista un simple juego de palabras. Se sustituye el término limitación por el de competencia y el de poder por el de capacidad para presentar una misma idea desde un distinto punto de vista. Hay, sin embargo, entre estas dos concepciones de la soberanía esta radical diferencia: En el primer caso la soberanía es un concepto substantivo, definido por la posibilidad ilimitada de su acción de poder; en el segundo es un concepto función cuya naturaleza no puede comprenderse sin analizar el fin del estado y la potestad que es necesaria para su cumplimiento. Claro está que en esta segunda posición el concepto de soberanía pierde el valor de criterio del estado, pero ésto recae en ese otro elemento que le condiciona y orienta, su fin,

(24) Sánchez Agesta Luis: Ob. cit. pág. 388.

el bien común. Esta es la razón por la que la literatura clásica española permaneció indiferente ante este problema. Siguiendo la corriente aristotélica tomista comprendió el estado como unidad del orden político en una categoría definida, no por la ilimitación de su poder, sino por la plenitud de su fin y de los medios con que ha de realizarlo.

«Así Suárez, con plena conciencia del carácter supremo del príncipe, que por ser poder superior no puede sufrir coacción, afirma esta superioridad in suo ordine y estudia la amplitud de su poder en relación con los fines que ha de cumplir. Y mediado ya el siglo XVIII, en el ocaso de nuestro pensamiento clásico, todavía Pérez Veliente, erudito expositor de la doctrina de la soberanía europea en España, establece la distinción tajante, cara a Hobbes, cuya obra no puede leerse sin escándalo. Aquellas voces, dice, absoluto, pleno, libre, independiente y otras semejantes, con las que se indica habitualmente el poder supremo del príncipe, le convienen si se comprenden de tal forma que no indique un arbitrio libre y desenfrenado, sino que demuestren únicamente la excelencia de un sujeto cuyo poder no reconoce superior en lo temporal, o signifiquen que a ese poder no está adherida o ligada ninguna necesidad legal o coacción, sino que libre de todo obstáculo pueda ser ejecutado rectamente para el bien común» (25).

Creemos que lo anteriormente expuesto puede servir de perfecto resumen de toda la doctrina del jusnaturalismo clásico acerca de la cuestión relativa a las limitaciones del poder político, y que recibe su más estricta aplicación en el caso del poder constituyente, en cuanto poder político supremo.

123. c) **El poder constituyente y el derecho de rebelión.**—Si el poder constituyente se encuentra limitado por el derecho natural en el sentido arriba indicado, es indudable que toda actividad constituyente que rebalse la dirección o los límites que el derecho natural le impone, pierde su condición de acto jurídico creador de normas positivas válidas, para transformarse en un mero hecho de fuerza, en un puro acto de violencia. Esto puede expresarse también en otros términos: toda constitución que sea contraria al derecho natural es nula, esto es, no es constitución.

Sabemos nosotros que cualquiera norma positiva, sea cual fuere su jerarquía o grado, adolece de nulidad cuando contradice los preceptos del derecho natural. Así la ley injusta no es ley y no obliga a los súbditos. Pero hemos visto también que en lo que respecta a los actos jurisdiccionales y a la ley misma, el propio ordenamiento positivo arbitra los medios y organiza los recursos y las instancias que permitan hacer efectivas, hasta donde los medios humanos lo permiten, dichas nulidades. Todas las posibilidades de revisar la forma y el fondo de los actos creadores de derecho que los distintos ordenamientos jurídicos consultan, no tienen otro fin que el de reducir al mínimo la distancia que pueda separar a los preceptos del derecho positivo respecto de la justicia. Con ésto se evita que la invalidez derivada de la circunstancia de discrepar una norma de derecho positivo con el derecho natural, se transforme en algo puramente teórico, sin vinculación alguna con la realidad concreta en que deba realizarse el derecho.

No saldría de este terreno meramente teórico o irreal, una doctrina del poder constituyente que se contentara con afirmar que éste está regido por preceptos de derecho natural, cuya contravención acarrea la nulidad de sus actos, y no indicara de qué manera es posible obtener en la práctica que tal nulidad se haga efectiva. No han dejado de percatarse los tratadistas de la corriente que sustentamos de esta situación y en virtud de ésto es que, junto con desarrollar la doctrina del poder y de sus limitaciones, han elaborado una correlativa doctrina del derecho de rebelión, según la cual, ante un precepto injusto, y no existiendo medios eficaces para conseguir que el mismo poder que pretende imponerlo, u otra autoridad, lo revoque o anule, es lícito negarse a prestarle obediencia, salvo que circunstancias de orden superior aconsejen lo contrario, pudiendo, en caso necesario, oponerse por la fuerza a la acción del poder injusto.

No vamos a analizar en detalle la aplicación de la doctrina del derecho de rebelión a la teoría del poder constituyente. Por lo demás, es fácil advertir su plena incidencia en la materia. Solamente agregaremos que si ante cualquier precepto positivo injusto puede llegar a hacerse necesario poner en movimiento el derecho de rebelión, es en el caso de la norma constitucional injusta donde adquiere su máxima expresión, pues no existiendo ninguna instancia o recurso posible para hacer efectiva la nulidad de la constitución contraria al derecho natural, la única manera de impedir que ella sea aplicada consiste en el ejercicio del derecho de rebelión.

No hay otro recurso contra la constitución injusta que la justa rebelión del pueblo al que se pretende imponerla.

Exactas en este sentido son las siguientes palabras de Renard: «La ley (también la constitución) goza simplemente de una presunción de conformidad con la justicia, como toda afirmación, de una presunción de conformidad con la verdad. Esta presunción es susceptible de ser anulada por las siguientes causas: 1) Por la censura jurisdiccional de las leyes. 2) Por la censura popular bajo la triple fórmula: del referendun, allá donde está instituída la consulta electoral sea a la expiración de cada legislatura, sea como consecuencia de la disolución de la Cámara en los países en que funciona normalmente el régimen parlamentario; de la resistencia a la ley (y con mayor razón a la constitución) que, cuando está seriamente organizada, acaba por dar generalmente cuenta de aquélla, y que bajo todos los regímenes, es una libertad pública inalienable y, por otra parte, inseparable de las responsabilidades y de los riesgos correspondientes. Este equilibrio del poder parlamentario, del poder judicial y del poder popular es una seria garantía para el derecho natural, puesto que éste no puede ser violado sino en la connivencia de los tres (o al menos con la abdicación de los dos últimos). Pero esta doctrina de libertad implica la atribución a la justicia de una autoridad que nuestros tribunales franceses no se deciden a reconocerse y de una concepción de la obediencia al poder un poco menos servil que aquella en que se inspiraba, no ha mucho, el redactor del siguiente tema propuesto a los candidatos al bachillerato: Por qué hay que obedecer las leyes aunque sean injustas. Es un gran error de ciencia política, de moral social y de psicología positiva, creer que, sea de hecho, sea de derecho, todo se acabó cuando el legislador ha hablado y mientras no se retracte» (26).

B I B L I O G R A F I A

- 1) **Beneyto Pérez, Juan.**—«Historia de las Doctrinas Políticas», M. Aguilar, Madrid, 1948.
- 2) **Beneyto Pérez, Juan.**—«Ideas Políticas de la Edad Media», selección, traducción y prólogo; 2.^a edición, Ediciones Fe, Madrid, 1942.
- 3) **Bodenheimer, Edgar.**—«Teoría del Derecho», versión española de Vicente Herrero, prólogo de Luis Recassens Siches, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1942.
- 4) **Burdeau, Georges.**—«Cours de Droit Constitutionnel»; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1946.
- 5) **Carré de Malberg.**—«Teoría General del Estado», versión española de José Lión Depetre, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.
- 6) **Carone Dede, Francisco.**—«El Derecho. El Estado de Derecho. El Derecho y la Revolución», discurso de apertura del curso académico 1953-1954, Imprenta Universitaria, La Habana, 1953.
- 7) **Caminos, Hugo.**—«Traducción, Notas y Reseña Histórica de la Constitución de los Estados Unidos de América», El Ateneo, Buenos Aires, (No se indica año).
- 8) **Catherein, Víctor.**—«Filosofía del Derecho. El Derecho Natural y el Positivo», traducción directa de la segunda edición alemana por Alberto Jardon y César Barja, cuarta edición; Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, volumen XV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941.
- 9) **Claro Solar, Luis.**—«Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado», Reimpresión de la primera edición, Imprenta Cervantes, Santiago, 1931.
- 10) **Conde, Francisco Javier.**—«Introducción al Derecho Político Actual», ediciones Escorial, Madrid, 1942.
- 11) **Corts Grau, José.**—«Principios de Derecho Natural», Editora Nacional, Madrid, 1944.
- 12) **Cossio, Carlos.**—«La Plenitud del Orden Jurídico y la interpretación judicial de la ley» Editorial Losada S. A., Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, 1939.
- 13) **Chavalier, Jean Jacques.**—«Les Grandes Oeuvres Politiques de Machiavel a nos jours» Librairie Armand Colin, París, 1949.
- 14) **Dabin, Jean.**—«Doctrina General del Estado. Elementos de Filosofía Política», traducción de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, editorial JUS, México, 1946.
- 15) **Duguit, León.**—«Manuel de Droit Constitutionnel», Fontemcing, París, 1923.
- 16) **Duguit, León.**—«Soberanía y Libertad», Madrid, 1924.
- 17) **Fernández Concha, Rafael.**—«Filosofía del Derecho o Derecho Natural», 2da. edición, dos tomos, Tipografía Católica, Barcelona, 1887.
- 18) **Fuentes Mares, José.**—«Kant, y la Evolución de la Conciencia Sociopolítica Moderna», Méjico, 1946.
- 19) **Goldschmidt, James.**—«Teoría General del Proceso», Editorial Labor S. A., Biblioteca de iniciación cultural, Sección VIII: Ciencias Jurídicas, N.º 386, Barcelona, 1936.
- 20) **García-Pelayo, Manuel.**—«Derecho Constitucional Comparado», Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1950.

- 21) **Hauriou, Maurice.**—«Principios de Derecho Público y Constitucional», traducción, estudio preliminar, notas y adiciones de Carlos Ruiz del Castillo. Editorial REUS, Madrid, 1927.
- 22) **Heller, Hermann.**—«Teoría del Estado», con prólogo de Gerhart Niemayer, versión española de Luis Tobío, Fondo de Cultura Económica, México, 1947.
- 23) **Hernández-Gil, Antonio.**—«Metodología del Derecho», (Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.
- 24) **Holstein, Günther.**—«Historia de la Filosofía Política», traducción de Luis Legaz Lacambra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950.
- 25) **Hubner, Jorge Iván.**—«Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica», Editorial Jurídica, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Santiago de Chile, 1951.
- 26) **Husserl, Edmund.**—«Ideas Relativas a una Fenomenología Pura y a una Filosofía Fenomenológica», Fondo de Cultura Económica, México, 1951.
- 27) **Jellinek, George.**—«Teoría General del Estado», traducción de Fernando de los Ríos, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1943.
- 28) **Kurth, Godefroid.**—«La Iglesia en las Encrucijadas de la Historia», Editorial Difusión Chilena, Santiago, 1942.
- 29) **Kelsen, Hans.**—«Compendio de Teoría General del Estado», traducción de Luis Recasens Siches, y Justino de Azcárate, 2da. edición, Bosh, Casa Editorial, Barcelona, 1934.
- 30) **Kelsen, Hans.**—«La Teoría Pura del Derecho». Introducción a la problemática científica del Derecho; Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía jurídica y social, editorial Losada, Buenos Aires, 1941.
- 31) **Kelsen, Hans.**—«La Idea de Derecho Natural y otros ensayos», Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946.
- 32) **Kelsen, Hans.**—«Teoría General del Derecho y del Estado», traducción de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, México, 1949.
- 33) **Legaz Lacambra, Luis.**—«Filosofía del Derecho», Bosh, casa editorial, Barcelona, 1951.
- 34) **Lissarrague, Salvador de.**—«La Teoría del Poder en Francisco de Victoria», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1948.
- 35) **Maetzu, Ramiro de.**—«La crisis del Humanismo», Editorial Sud-Americana, Buenos Aires, 1947.
- 36) **Maritain, Jacques.**—«La Persona y el Bien Común», versión castellana de Leandro de Sesma, Dedebee, Ediciones Desclée de Brouwer, Buenos Aires, 1948.
- 37) **Montesquieu, Carlos Barón de.**—«Pages Choiesies», Librairie Hachette, París, 1935.
- 38) **Naef, Werner.**—«La Idea de Estado en la Edad Moderna», Editorial Nueva Epoca, Madrid, 1947.
- 39) **Ojeda, Julio.**—«La Misión del Jurista en la Elaboración de la Ley», Instituto de Estudios Legislativos, Buenos Aires, 1942, (Conferencia pronunciada en la Universidad Católica de Chile en el acto realizado por el Instituto Chileno de Estudios Legislativos el 10 de Abril de 1942).
- 40) **Ollero, Carlos.**—«El Derecho Constitucional de Post-Guerra», (Apuntes para su estudio) Bosh Librería, Barcelona, 1949.
- 41) **Pérez Serrano, Nicolás.**—«El Poder Constituyente», Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Gráfica Administrativa, Madrid, 1947.
- 42) **Phillippi, Julio.**—«Naturaleza de las Personas Colectivas», Curso de Filosofía del Derecho del año 1952, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, 1952.
- 43) **Radbruch, George.**—«Filosofía del Derecho», Tratados fundamentales de Derecho Privado-Público, Serie C., Volumen VII, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

- 44) **Recasens Siches, Luis.**—«Los Temas de la Filosofía del Derecho en perspectiva histórica y visión de futuro», Bosh Editorial, Barcelona, 1934.
- 45) **Recasens Siches, Luis.**—«Vida Humana, Sociedad y Derecho», Fundamentación de la Filosofía del Derecho; Fondo de Cultura Económica, México, 1945.
- 46) **Renard, Georges.**—«El Derecho, la Justicia y la Voluntad», «El Derecho, la Lógica y el Buen Sentido», «El Derecho, el Orden y la Razón», Introducción Filosófica al Estudio del Derecho; Versión castellana de Santiago Cunchillos Manterola, Dedebe, Ediciones Desclée, de Brouwer, Buenos Aires, 1947.
- 47) **Ripert, Georges.**—«El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno», traducción de José M. Cajica, Editorial José M. Cajica, Publicaciones de la Universidad de Puebla, Puebla, México, 1951.
- 48) **Ross Bravo, Jaime.**—«Bases para una Filosofía de la Ley», Memoria de Prueba, Colección de Estudios sobre Filosofía del Derecho, Tomo V, Santiago de Chile, 1945.
- 49) **Ruiz Giménez, Joaquín.**—«Introducción Elemental a la Filosofía Jurídica Cristiana», Ed. Ediciones y Publicaciones españolas, Madrid, 1945.
- 50) **Ruiz Giménez, Joaquín.**—«La Concepción Institucional del Derecho», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944.
- 51) **Runes, Dagobert.**—«La Filosofía del siglo XX. (Escuelas vivientes del pensamiento)», compilación de versión castellana de León Miras, editorial Impulsos, Buenos Aires, 1948. El capítulo de la fenomenología por Marvin Farber. (En la edición que se utilizó aparece un error respecto del apellido de este último ya que dice Garber).
- 52) **Sabine, George.**—«Historia de la Teoría Política», traducción de Vicente Herrero, Fondo de Cultura Económica, México, 1945.
- 53) **Santo Tomás.**—«La Ley», Versión castellana de Constantino Fernández-Alvar, Editorial Labor S. A., Colección Labor, Biblioteca de Iniciación Cultural, Sección I: Ciencias Filosóficas, N.º 389, Barcelona, 1936.
- 54) **Sánchez Agesta, Luis.**—«Lecciones de Derecho Político», Granada, 1947.
- 55) **Schmitt, Carl.**—«Teoría de la Constitución», Editora Nacional S. A., México, 1952.
- 56) **Soler, Sebastián.**—«Ley, Historia y Libertad», Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1943.
- 57) **Soler, Sebastián.**—«Los Valores Jurídicos», publicado en Revista Jurídica de Córdoba, año 1.º N.º 2, apartado distribuido en Chile por Ediar, Editores Ltda., Buenos Aires, 1948.
- 58) **Stammler, Roberto.**—«Tratado de Filosofía del Derecho», Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Volumen CXXXVII, traducción de la segunda edición alemana por W. Rocco Editorial Reus, S. A., Madrid, 1930.
- 59) **Thevenaz, P., Pos, H. J., Ricoeur, P., Finck, E., Merleau-Ponty M., Wahl, J.**—«Problemes Actuales de la Fenomenologie», Desclée de Brouwer, Bruxelles, Avril, 1951.
- 60) **Vilanova, José.**—«Idea y Realidad del Derecho Natural», separada de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año VI, N.º 27, Buenos Aires, 1952.
- 61) **Vives, Francisco.**—«Filosofía del Derecho», Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1941.
- 62) **Vodanovic, Antonio.**—«Curso de Derecho Civil», Tomo I, Editorial Nascimento, Santiago, 1945.
- 63) **Rousseau, Juan Jacobo.**—«El Contrato Social», Editorial Ercilla Santiago, 1937.
- 64) **Gierke, Otto.**—«La Función Social del Derecho Privado y la Naturaleza de las Asociaciones», traducidas por José M. Navarre de Palencia, Madrid, 1904.

INDICE

Págs.

Introducción General.....	7
---------------------------	---

PARTE PRIMERA

Planteamiento del Problema

CAPITULO PRELIMINAR

Estática y dinámica jurídica

1. El problema de la creación o elaboración del derecho positivo ante la ciencia jurídica.....	9
2. El derecho positivo es derecho elaborado.....	9
3. Estática y dinámica jurídica.....	9

CAPITULO PRIMERO

De los actos de creación del derecho

4. Relación activa y pasiva de la conducta humana respecto del derecho positivo.....	12
5. Fuentes del derecho: acto estatutario y facto consuetudinario.....	12
6. Los actos jurídicos de creación o elaboración del derecho positivo.....	13
7. Clasificación de los actos jurídicos de Renard	15

CAPITULO SEGUNDO

Sujeción al derecho de los actos jurídicos de creación

8. El acto de creación jurídica como objeto de regulación por parte del derecho	16
9. Importancia y alcance del pensamiento de Kelsen en esta materia.....	16
10. Normas de conducta y normas de organización. Derecho substantivo o material y derecho adjetivo o formal.....	17
11. Significado de esta última clasificación. Naturaleza del derecho procesal	18
12. Sentido fundamental de ambas clasificaciones.....	19
13. El acto judicial como acto creador de normas.....	19
14. El proceso de la creación o elaboración de las normas jurídicas representado mediante la «Construcción Escalonada del Orden Jurídico»	21
15. Relatividad de la oposición entre producción o creación y aplicación o ejecución del derecho.....	22
16. La constitución, las leyes y los reglamentos, la sentencia judicial y la resolución administrativa, el negocio jurídico y los actos de mera ejecución material.....	22
17. A) La constitución.....	23
18. B) Las normas generales: Ley y Reglamento.....	26

19. C) Las normas individualizadas: la sentencia judicial, la resolución administrativa y el negocio jurídico.....	28
20. a) Los actos de jurisdicción: sentencia judicial y resolución administrativa.....	28
21. b) El negocio jurídico y particularmente el contrato.....	29
22. D) Los actos de mera ejecución material.....	32

CAPITULO TERCERO

El estado y la elaboración del derecho positivo

23. Los actos de creación del derecho como actos del estado.....	33
24. El estado y la noción jurídica de poder.....	34
25. Imputación al estado de los actos jurídicos de poder.....	35
26. a) Criterio de Hauriou.....	35
27. b) Criterio de Kelsen.....	36
28. Acto del estado —función del estado— poder del estado.....	37
29. Conclusión: los poderes del estado están sometidos al derecho.....	39
30. Un poder sometido al derecho es un poder limitado por el derecho.....	39

CAPITULO CUARTO

Sentido específico de la regulación de los actos de poder por el derecho

31. El sentido de la regulación y limitación del acto de poder por el derecho no es idéntico al de la regulación del acto de conducta del súbdito.....	40
32. Aplicación de la idea anterior en el derecho procesal.....	41
33. Sentido en que el derecho natural regula y limita los actos de poder.....	42
34. Pensamiento de Santo Tomás respecto de esta materia.....	43

CAPITULO QUINTO

Planteamiento del problema jurídico de las limitaciones del poder constituyente

35. Necesidad de referir la validez de una norma de derecho positivo a otra norma superior que regule el acto jurídico de su creación o elaboración.....	44
36. Imposibilidad de referir la validez de la norma constitucional a una norma superior que tenga carácter de derecho positivo.....	45
37. Histórica y conceptualmente la noción de poder constituyente y su problemática están ligadas a la idea de su vinculación o desvinculación respecto del derecho.....	46
38. Alcance teórico y práctico de un planteamiento del problema de las limitaciones del poder constituyente desde el punto de vista de la nulidad o anulabilidad de la norma constitucional.....	47
39. El estado de derecho como intento de realizar en la práctica la idea de limitación del poder por el derecho.....	49
40. a) La idea del estado de derecho.....	49
41. b) Modo o forma en que el estado de derecho realiza prácticamente el principio de sujeción y limitación de los poderes estatales por el derecho: Legalidad de las resoluciones judiciales y administrativas y constitucionalidad de las leyes.....	50
42. Insuficiencia del estado de derecho para afrontar la realidad del poder constituyente.....	52
43. Imposibilidad absoluta de someter el poder constituyente a estructuras jurídicas coactivas organizadas.....	54

PARTE SEGUNDA

Antecedentes Histórico-Doctrinarios

CAPITULO PRELIMINAR

El orden político medioeval y el advenimiento del estado moderno

págs.

44. Introducción	56
45. El orden político medioeval	56
46. El advenimiento del estado moderno	57

CAPITULO PRIMERO

La idea de soberanía: origen del problema

47. Concepto de soberanía en Bodino	60
48. Consecuencia de su aplicación	61
49. Los derechos individuales en Locke	61
50. A) La doctrina de Rousseau	61
51. B) Origen de la sociedad política y de la autoridad	62
52. C) Voluntad general y soberanía	63
53. D) Los derechos individuales en la tesis de Rousseau	64
54. E) La idea del poder constituyente	64
55. Recapitulación: evolución del concepto de soberanía	65

CAPITULO SEGUNDO

El positivismo jurídico: abandono del problema

56. Introducción	68
57. El jusnaturalismo escolástico y el racionalista	68
58. El historicismo	69
59. A) El positivismo jurídico	70
60. B) El método de Laband	70
61. C) a) La tesis de Jellinek	71
62. C) b) La teoría de la autolimitación	72
63. D) La dogmática jurídica	73
64. E) La dogmática jurídica y sus consecuencias para el estudio de nuestro problema	74
65. F) a) La doctrina de Kelsen	75
66. F) b) Acto jurídico y deber jurídico: norma primaria y norma secundaria	78
67. F) c) La concepción de Kelsen sobre el derecho subjetivo	78
68. F) d) La estructura jerárquica de las normas de derecho	79
69. F) e) La identidad estado-derecho	81
70. F) f) La idea de soberanía en Kelsen	82

CAPITULO TERCERO

Tendencias modernas de la teoría jurídica: replanteamiento del problema

71. Duguit y la noción de soberanía	83
72. La limitación del poder según Duguit	84
73. El concepto de decisión en Schmitt	85

Entre las formulaciones doctrinarias, que en forma más evidente manifiestan un reconocimiento del principio según el cual los actos de creación del derecho positivo están sujetos a la regulación del propio derecho, se encuentran aquellas clasificaciones que distinguen entre «normas de conducta», y «normas de organización», o bien, entre «derecho sustantivo o material» y «derecho adjetivo o formal».

Escribe García Pelayo: «Las normas que componen un orden jurídico pueden conexasarse con arreglo a tantos criterios como principios de conexión sean posibles. Mas, en todo caso, es ley estructural de tal orden componerse de dos especies de normas. A) Las normas de conducta, es decir, las normas que establecen qué conducta deben seguir los hombres en sus relaciones mutuas, qué han de hacer y qué han de omitir, fijan así el contenido de la conducta típicamente exigible. B) Pero tales normas precisan ser establecidas, declaradas aplicables a un caso o situación concretos y, en fin, ejecutadas, si procede, contra la voluntad de las partes. Con arreglo a ésto, nos encontramos que como parte integrante del orden jurídico hay otra especie de normas a las que W. Burkhardt designa como normas de organización; tales son: » «los preceptos que determinan quienes y con qué procedimiento deciden lo que es derecho en lo fundamental y en el caso particular; es decir, qué normas de conducta y en qué condiciones deben valer, aplicarse y ejecutarse.» «Es claro que tanto una como otra especie de normas forman parte integrante, necesaria, del orden jurídico, pues sin normas de organización no hay posibilidad de existencia de las normas de conducta, y sin normas de conducta carecen de sentido las de organización» (27).

Esta clasificación, en la que de manera tan clara se pone de manifiesto la dimensión del ordenamiento jurídico que representa la regulación por el derecho de los actos de creación de las normas positivas, corresponde, en sus líneas generales, a aquella otra, mucho más conocida, que distingue entre «derecho sustantivo o material» y «derecho adjetivo o formal».

11. Significado de esta última clasificación. Naturaleza del derecho procesal.—¿Cuál es el significado de esta última clasificación? Ella, como se sabe, es atribuida al jurista inglés Bentham y fué concebida como un medio de fijar la naturaleza esencial de las normas que componen el derecho procesal. Aunque combatida, no existe, casi, tratado o manual sobre este importante sector de lo jurídico que no haga uso de ella. Sin embargo, son pocos los que se detienen a explicar su verdadero sentido. En la mayoría de los casos, la explicación que se da no sólo es incompleta, sino que manifiestamente desacertada. Sostener, como es tan corriente entre nosotros, que esta clasificación «divide al derecho en **sustantivo y adjetivo**, según subsista por sí o necesite de otro derecho preexistente para cuidar de su aplicación» (28), es un error. En verdad ni el derecho sustantivo ni el derecho adjetivo pueden subsistir por sí. La correlación que señala García Pelayo entre las normas de conductas y las de organización es perfectamente aplicable aquí: «tanto una como otra especie de normas forman parte integrante, **necesaria**, del orden jurídico, pues sin normas de organización no hay posibilidad de existencia de las normas de conducta». Refiriéndose, explícitamente, a las normas sustantivas y adjetivas escribe Kelsen: «Las dos categorías de normas son en realidad inseparables. Lo que forma el derecho es únicamente su unión orgánica» (29).

Anotábamos más arriba que el derecho puede regular los actos de poder en tres sentidos diferentes: 1) Determinando al «órgano» de creación jurídica; 2) Determinando el procedimiento a que dicho «órgano» debe someter sus actos típicos; y 3) Determinando el contenido de los preceptos establecidos mediante tales actos. Desde este punto de vista la distinción entre derecho sustantivo y derecho adjetivo manifiéstase, nítidamente, en su cabal sentido: las dos pri-

(27) García Pelayo, Manuel.—«Derecho Constitucional Comparado», pág. 16.

(28) Benavente, Darío.—«Derecho Procesal», pág. 2. En el mismo sentido Antonio Vodanovic.—«Curso de Derecho Civil». Tomo 1.º, pág. 35. Este autor usa la terminología de don Luis Claro o sea, las expresiones Derecho Teórico Práctico, por Derecho Sustantivo y Adjetivo, respectivamente. Ver Claro Solar, «Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado», pág. 10.

(29) Kelsen, Hans.—«Teoría General del Derecho del Estado», pág. 134,

74. La doctrina fáctica de la constitución.....	85
75. El método de Heller.....	87
76. El derecho: su singularización.....	89
77. Estado y derecho.....	90
78. Justificación del estado.....	91
79. El método fenomenológico.....	92
80. Fenomenología y derecho.....	93
81. En el terreno del derecho político.....	94
82. Teoría de la integración.....	95
83. La doctrina de Schindler.....	96
84. La teoría de la institución y Jean Dabin.....	96
85. Bien público y potestad pública.....	97
86. Soberanía y sumisión al derecho.....	100

PARTE TERCERA

ANALISIS DEL PROBLEMA

CAPITULO PRELIMINAR

Recapitulación de materias

87. El problema del poder constituyente.....	102
88. Planteamientos superficiales.....	103
89. Criterios de fondo.....	104
90. Anticipo de materias.....	107

CAPITULO PRIMERO

Doctrina sobre el poder constituyente del positivismo dogmático: Carré de Malberg

91. Origen histórico y conceptual de este punto de vista doctrinario.....	108
92. Origen de la teoría del poder constituyente ligado a la idea de soberanía ilimitada de Bodino y Rousseau. Doctrina de Sieyes.....	108
93. Desvirtuamiento de la primitiva y auténtica doctrina del poder constituyente, como consecuencia de la descomposición de la idea de soberanía.....	112
94. Exposición de la teoría constituyente de Carré de Malberg.....	114
95. a) La constitución inicial.....	115
96. b) La constitución revolucionaria.....	116
97. Reducción por esta doctrina, de toda la problemática del poder constituyente, a los problemas relativos al poder constituyente constituido.....	116
98. El problema de las limitaciones del poder constituyente en la doctrina que se expone.....	118
99. a) Concepto formal de constitución.....	120
100. b) Incidencia de una concepción formal de constitución en el problema de las limitaciones del poder constituyente.....	123

CAPITULO SEGUNDO

Doctrina sobre el poder constituyente de Carl Schmitt

	Págs.
101. Distinción entre constitución y ley constitucional.....	127
102. Distinción entre acto constituyente y acto de reforma de ley constitucional.....	130
103. Distinción entre poder constituyente y poder constituyente constituido.....	181
104. Limitaciones del poder constituyente.....	132
105. Limitaciones del órgano creado constitucionalmente para revisar, reformar o enmendar las leyes constitucionales (poder constituyente constituido).....	135
106. a) Sentido de algunos conceptos.....	136
107. b) Formas técnicas de organización del poder constituyente constituido.....	137
108. Alcance de las facultades específicas del órgano de reforma constitucional.....	138

CAPITULO TERCERO

Doctrina del poder constituyente de Kelsen

109. Planteamientos previos.....	144
110. La norma fundamental hipotética: sus características.....	146
111. Consecuencia de la teoría de la norma fundamental hipotética.....	148
112. A) Transforma la validez jurídica, y por tanto la razón de obligatoriedad de los preceptos de derecho positivo en algo hipotético, y por eso mismo relativo.....	148
113. B) Desemboca en una teoría de la fuerza en que la validez jurídica pasa a depender del mero hecho de la imposición eficaz de los dictados de quien detenta el poder.....	149
114. C) Significa aceptar, de hecho, que el poder constituyente es un poder absolutamente ilimitado.....	150

CAPITULO CUARTO

Bases para una solución del problema del poder constituyente desde el punto de vista de la doctrina del derecho natural

115. Los dos extremos doctrinarios frente al problema: Kelsen y Schmitt.....	151
116. Errores básicos de ambas posturas doctrinarias.....	153
117. Superación por la doctrina jurídica de la antinomia planteada en las obras de Kelsen y de Schmitt.....	154
118. Términos en que queda planteado el problema de las limitaciones del poder constituyente.....	157
119. Ideas generales para la solución del problema de las limitaciones del poder constituyente desde el punto de vista de la doctrina del derecho natural.....	157
120. Correlación del problema del poder constituyente con otras materias jurídico-políticas de importancia.....	161
121. a) Legitimidad y titularidad del poder constituyente.....	162
122. b) El poder constituyente y la idea de soberanía.....	163
123. c) El poder constituyente y el derecho de rebelión.....	164
Bibliografía.....	167
Índice.....	171

IMPRESA DE LA
DIRECCION GENERAL
DE PRISIONES

meras funciones, determinación del órgano y del procedimiento, constituyen la naturaleza esencial del derecho en su dimensión adjetiva o formal; la última, fijación del contenido de los preceptos generados por los órganos, determina la esencia del derecho en el sentido substantivo o material.

Ahora bien, si cabe identificar todas las normas adjetivas o formales con el objeto o contenido del derecho procesal, obtendríamos un concepto de éste en su sentido más amplio; o sea: derecho procesal es el conjunto de normas que determinan y organizan todos los poderes y fijan el procedimiento a que deben sujetar sus actos. En rigor, como escribe Rafael Fernández Concha, todas las normas que regulan el modo de proceder en el ejercicio de las funciones públicas son parte del derecho procesal; «mas es común tomar éste en su acepción limitada, en la cual sólo comprende las disposiciones que regulan el ejercicio del poder judicial, determinando el modo de proceder en la administración de justicia» (30).

Veamos nosotros que entre las manifestaciones primarias de lo jurídico-normativo y como una de sus estructuras básicas, encontrábamos las resoluciones judiciales y administrativas. A ambas corresponde como acto jurídico propio de creación, el denominado «acto de jurisdicción», el cual podrá ser, o bien un acto judicial, o bien un acto administrativo, según de lugar a una u otra especie de norma individualizada.

Pues bien, las normas que constituyen el objeto del derecho procesal, en su sentido riguroso, son aquellas que regulan los actos judiciales en su dimensión adjetiva o formal, o sea, determinando y organizando al sujeto u órgano de tales actos, vale decir al poder judicial, y fijando las reglas a que debe someter su actividad. A este doble modo de regulación a que está ligado el poder judicial, orgánico y funcional, se debe que tradicionalmente la doctrina haya distinguido dos grandes ramas en el derecho procesal: Procesal Orgánico y Procesal Funcional, comprendiéndose dentro de este último tanto al procedimiento civil como al procedimiento penal.

12. Sentido fundamental de ambas clasificaciones.—Tanto la clasificación de las normas de derecho que las divide en normas de conducta y normas de organización, como aquella otra que distingue entre derecho substantivo o material y derecho adjetivo o formal, tienen de común el que ambas se fundan en una misma idea: reconocimiento de un sector o estructura, dentro de la totalidad del derecho, cuya función consiste en regular el proceso de la creación o elaboración de nuevos preceptos jurídicos. En la clasificación de Burkhardt y García Pelayo, ello no puede ser más explícito: se reconoce la existencia de un grupo de normas, llamadas de organización, cuyo papel específico dentro del ordenamiento jurídico consiste en regular los actos jurídicos de poder. Por otra parte, la distinción entre derecho substantivo o material y derecho adjetivo o formal, no tiene otra base científica que la de expresar distintos modos o formas de regulación por el derecho de los actos de poder. Así, el derecho procesal, la forma más perfecta de derecho en sentido adjetivo o formal, tiene por objeto la regulación de los actos del poder judicial, en una dimensión orgánica y funcional.

13. El acto judicial como acto creador de normas.—No puede dejar de llamar la atención la referencia que hacemos al «acto judicial», o sea aquél mediante el cual se otorga existencia a las resoluciones judiciales, como un acto creador de derecho, y más aún, creador de **normas** de derecho.

La observación anterior envuelve tres cuestiones diferentes:

1.º Si por «derecho» sólo puede entenderse la ordenación de la conducta en un sentido general, abstracto, o también pueden incluirse en el concepto aquellas vinculaciones normativas que regulan conductas perfectamente individualizadas y determinadas en cuanto a tiempo y lugar.

(30) Fernández Concha, Rafael.—«Filosofía del Derecho o Derecho Natural». Tomo 2.º pág. 347.

En este punto estamos con aquellos que, como Georges Renard, rechazan la «ilusión de que no hay derecho, como no hay ciencia, sino en la general» (31). El criterio que repudiamos, y que se expresa mediante la afirmación de que todo el derecho se identifica y agota en la ley, por ser la ley la forma normativa general por excelencia, sirve de fundamento a concepciones doctrinarias que han llenado períodos enteros en la historia del desarrollo del pensamiento jurídico. La escuela de la Exégesis y, en general, el positivismo dogmático dominante hasta no hace mucho, representan la expresión más depurada de esta línea ideológica.

Hoy día la tendencia es contraria. Ya aludimos al autorizado pensamiento del célebre institucionalista francés. Desde la trinchera opuesta, he aquí la terminante opinión de Kelsen: «el error funesto, pero que por desgracia se ha hecho tradicional, de que el derecho sólo sea existente en la forma general, de que todo derecho se encuentra encerrado en normas generales y que la ley, esto es, la norma general, sea idéntica al derecho, debe ser evitado a toda costa» (32).

Por otra parte, éste nos parece el criterio clásico: «hay, según el Filósofo, tres clases de derecho legal o positivo: a) Las leyes generales, de carácter absolutamente común; haciendo referencia a éstas dice que: «es legal todo lo que en principio es indiferente a una manera determinada de ser; pero que, una vez estatuido, pierde esa indiferencia; tales, por ejemplo, que los cautivos sean rescatados a un determinado precio»; b) Los privilegios o leyes privadas, estatuidos en beneficio de una persona particular; la materia sobre que versan es particular bajo un aspecto, y es común bajo otro; y su alcance no está limitado a un género de cosas sino que puede extenderse a muchos asuntos; por eso dice»; «toda ordenación, cualquiera que sea, que verse acerca de cosas particulares»; c) Finalmente son legales, **y constituyen derecho**, las sentencias judiciales, no porque sean, propiamente hablando, leyes, sino porque son una aplicación de la ley a un caso concreto, particular; de aquí que añada: «y también las sentencias judiciales» (33).

2.º Si las ordenaciones concretas e individualizadas de conducta, como son típicamente la sentencia judicial y el contrato, —que, como queda dicho, constituyen derecho y forman parte, por tanto, del orden jurídico positivo—, son propiamente normas o si esta expresión alcanza sólo a los preceptos generales.

La cuestión ha quedado planteada cuando algunos tratadistas, al investigar en torno a la naturaleza y estructura de lo normativo, han concluido que «la esencia de la norma reside en el mero deber ser dirigido aún a regular relaciones particulares» (34). De ahí se ha derivado la clasificación de las normas en **generales**, tales como las constitucionales, las leyes y los reglamentos, y en **individualizadas**, como los contratos, las sentencias judiciales y administrativas. Kelsen, Cossío, Recassens-Siches y muchos tratadistas de distintas corrientes se han adherido a este criterio.

Por nuestra parte, pensamos que en el terreno de una teoría de las estructuras jurídicas, la expresión norma debe reservarse sólo a las regulaciones generales y abstractas, según aquello de Santo Tomás de que «no hay principio normativo que no lo sea de muchas cosas» (35).

Sin embargo, la circunstancia de que tanto las normas generales como las impropriadamente llamadas individualizadas tengan de común el ser ambas manifestaciones de **deber ser**, y, lo que es más importante, de **deber ser jurídico**, nos mueve a pensar que, en una teoría sistemática y completa en torno a la elaboración o creación del derecho positivo, dentro del cual necesariamente han de considerarse las sentencias y los contratos, es útil hablar genéricamente de normas jurídico-positivas, incluyendo bajo esta denominación tanto las **normas** en sentido estricto y propio, como las formas individualizadas del deber ser jurídico. Haciendo las debidas salvedades no vemos peligro en que se emplee el término «norma individualizada».

(31) Renard, Georges.—«El Derecho la Lógica el Buen Sentido», pág. 261.

(32) Kelsen, Hans.—«La Idea del Derecho Natural Otros Ensayos», pág. 30.

(33) Santo Tomás.—«Suma Teológica», I-II, Q. XCVI, Art. 2.º, en el Tomo «La Ley», pág. 100.

(34) Hübner, Jorge Iván.—«Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica», pág. 82.

(35) Santo Tomás. Ob. cit., pág. 101.

INFORMES

Se han propuesto los autores de esta memoria la cuestión acerca de la jurisdicción a que pueda estar sometido el Poder Constituyente en la norma constitucional, excluyendo toda consideración desde los puntos de vista de la filosofía política o de la Teoría del Estado.

El tema así presentado, no ha sido analizado hasta hoy por ningún tratadista en forma especial, quedando siempre incorporado en síntesis comprensivas de materias más extensas.

En la primera parte del trabajo se trata de la creación de las normas jurídicas dentro de un ordenamiento legal positivo. Adoptando la ya clásica construcción kelseniana del agrupamiento escalonado de las normas, examinan los autores la forma de creación de las diversas especies jurídicas y el fundamento que les confiere valor y fuerza coercitiva.

Estimando los autores que es necesario hacer un recorrido histórico de las doctrinas que han informado las relaciones entre el derecho y el Estado, dedican la segunda parte de su trabajo al estudio de este objeto.

En la tercera y última parte, abordan concretamente el tema del origen del Poder Constituyente. En ella se exponen y discuten las tres soluciones dadas por la doctrina moderna, respecto de cuyos planteamientos ideológicos generales ya se han exployado los señores Fuentes y Rivadeneira al final de la segunda parte. La primera de ellas es la del positivismo dogmático, cuyo más conspicuo representante es el tratadista francés Carré de Malberg. Esta doctrina se reduce a desconocer que el Poder Constituyente sea una realidad aprehensible por la ciencia jurídica, por lo que se declara incompetente para dar una respuesta al problema. La segunda está expuesta presentando el pensamiento de Carl Schmidt, teórico alemán del Estado nacional-socialista, que funda el Poder Constituyente en el hecho de la decisión política soberana del pueblo. Y, en fin, la tercera de ellas es la del tratadista vienés Hans Kelsen quien se aparta del anterior en cuanto rechaza que el hecho de la decisión popular pueda generar un conjunto de normas, como del positivismo dogmático, al reconocer que la cuestión del Poder Constituyente es ineludible para la teoría jurídica. Sostiene que dicho poder está fundado en la existencia de una norma fundamental, puesta como hipótesis previa y que legitima la existencia de aquél.

Tal es, expuesto en forma muy sucinta, el contenido de esta memoria. La realización de ella ha implicado una buena cantidad de estudios y lecturas previos, que los autores han llevado a cabo en forma muy digna de elogio.

Aunque toda la obra está construída a base de ideas ya elaboradas no por eso resulta menos evidente la capacidad intelectual de ellos, como lo demuestra la penetración y facilidad con que reexponen el pensamiento abstracto y a veces obscuro de muchos juristas. Particularmente notoria en este sentido es la elaboración de la primera parte de esta tesis, donde ciertas ideas de Hans Kelsen son aplicadas con precisión.

Tampoco pierden la independencia de criterio necesaria para no dejarse llevar por ideas tradicionales, pero no por ello más reflexivas, como sucede, por ejemplo, cuando critican los conceptos de nulidad y de sanción o el significado de las expresiones derecho sustantivo y derecho adjetivo.

3.º Si el acto judicial, en su modo más típico, es un acto creador de derecho, o si sólo puede decirse de él que es un mero acto de aplicación del mismo.

Este punto requiere la solución de dos problemas de sumo interés e importancia: a) Relación o correlación existente entre la idea de creación y la idea de aplicación del derecho; b) Modo o forma especial en que el derecho, o más específicamente, la ley, es aplicada en el acto judicial. Ambas materias serán desarrolladas en los números siguientes.

14. El proceso de la creación o elaboración de las normas jurídicas representado mediante la «Construcción Escalonada del Orden Jurídico».

No obstante que las clasificaciones que distinguen entre normas de conducta y normas de organización, o bien entre derecho substantivo, material o teórico y derecho adjetivo, formal o práctico, expresan claramente el criterio de que la creación de las normas jurídicas está regulada por otras normas jurídicas, éllas representan muy imperfectamente este proceso, motivo por el cual la teoría ha buscado otras modalidades de sistematización del orden jurídico.

Se ha hecho notar que no es correcto oponer a las llamadas normas de conducta las de organización, por cuanto, en último término, todas las normas son normas de conducta. Y efectivamente, como veíamos más arriba, todo acto de creación de normas de derecho positivo es un acto de conducta humana. Pero la objeción más seria es la que el propio García Pelayo advierte al señalar que «una misma norma puede tener diversos significados, (de norma de conducta y de norma de organización), según el sujeto y la situación», agregando por la vía de la cita: «lo que pone de manifiesto Félix Kaufmann, aunque refiriéndose a las normas materiales y formales con las que frecuentemente se identifican las normas de conducta y organización»: «toda norma acorde con la norma fundamental es para el sujeto normativo derecho material. Pero tal contenido es derecho formal cuando contiene las condiciones para el carácter jurídico de otras normas» (36).

Queda planteada así la inseguridad y relatividad de los términos empleados en estas clasificaciones y, consecuentemente, la necesidad de superarlas en el terreno de una teoría de la creación o elaboración del derecho positivo.

Tal es el objetivo que intenta alcanzar la divulgada e influyente teoría de la sistematización graduada o escalonada del ordenamiento jurídico, una de las elaboraciones doctrinarias de mayor acogida entre los tratadistas contemporáneos, aún entre aquellos que están muy lejos de aceptar los postulados filosóficos y las conclusiones científicas de la Escuela Vienesa.

Parte esta teoría de la idea fundamental de que la creación de las normas jurídicas es un proceso regulado por otras normas jurídicas, pero rechaza la tendencia de representar tal proceso mediante una sistematización del orden jurídico que signifique ubicar, en un mismo plano, las normas cuya misión es regular los actos de creación normativa y aquellas que vinculan directamente la conducta de los súbditos. Frente a este criterio, que podría llamarse **horizontal**, opone un criterio **vertical**, o sea, de sistematización de las distintas estructuras normativas en una ordenación escalonada o graduada. En ella cada norma, o cada especie de normas, aparece como el producto de actos de creación regulados por otras normas, pero éstas, a su vez, son creadas mediante una actividad regulada también por otras normas, y así, hasta que se agota toda posible manifestación jurídica en sentido ascendente o descendente.

«El ordenamiento jurídico de un estado —escribe Kelsen— es, de esta suerte, un sistema jerárquico de normas jurídicas. Haciendo una burda simplificación, éste puede presentarse en el siguiente esquema: su parte inferior está constituida por las normas individuales creadas por los órganos de aplicación del derecho, especialmente los tribunales. Estas normas individuales dependen de las leyes, que son las normas generales creadas por el legislador, y de las reglas de derecho consuetudinario; unas y otras forman parte de la capa o estrato inmediatamente superior del ordenamiento jurídico. Estas reglas y las reglas del derecho consuetudinario dependen, a su vez, de la constitución, que for-

(36) García Pelayo, Manuel. Ob. cit., pág. 16.

ma la capa más alta del ordenamiento jurídico, considerado como sistema de normas jurídicas positivas. Las normas positivas son normas creadas por actos de seres humanos. Las normas que pertenecen a una capa más baja derivan su validez de las normas que se encuentran en el nivel inmediatamente superior» (37).

Esta teoría pretende llevar hasta sus últimas consecuencias, la idea según la cual el derecho regula su propia creación. Una norma jurídica regula el proceso por el cual es creada otra norma jurídica, pero sin que ésto signifique afirmar la existencia de dos especies distintas de normas «de igual jerarquía situadas una al lado de la otra» (38), sino que las normas que forman un determinado grado dentro del orden jurídico total son creadas mediante la regulación de las que componen el grado inmediatamente superior, y éstas, a su vez, por las que le preceden en grado. El orden jurídico aparece así como un sistema dinámico jerarquizado, en que «cada regla de derecho contiene tanto el elemento formal como el material» (39). Ello concuerda con la idea sustentada por Kaufmann, que se citaba más arriba.

15. Relatividad de la oposición entre producción o creación y aplicación o ejecución del derecho.—El desarrollo del pensamiento que informa la teoría del orden jurídico por grados, necesariamente tenía que culminar con una conclusión que se le impone como lógica consecuencia: trátase de lo que Kelsen denomina la relatividad de la oposición entre producción y aplicación del derecho.

«El examen de la gradación del orden jurídico muestra que la oposición entre producción o creación del derecho por un lado, y ejecución o aplicación del derecho por otro, no tiene aquel carácter absoluto que la teoría jurídica tradicional liga a esta oposición tan importante para ella. La mayor parte de los actos jurídicos son al mismo tiempo actos de producción jurídica y actos de ejecución jurídica. Con cada uno de estos actos jurídicos es ejecutada una norma de grado superior y producida una norma de grado más bajo. De esta suerte, el primer acto constituyente, el más elevado de la producción jurídica, se presenta como ejecución de la norma fundamental; la legislación, que es producción de normas generales, como ejecución de la constitución; la sentencia judicial y el acto administrativo, por medio de los cuales se establecen las normas individuales, como ejecución de la ley; y la realización del acto coactivo como ejecución de las órdenes administrativas y sentencias judiciales. El acto coactivo tiene indudablemente el carácter de pura ejecución, así como la suposición de la norma fundamental, el carácter de pura institución normativa (Normsetzung). Pero todo lo que se encuentra entre estos dos casos extremos es al mismo tiempo institución y ejecución del derecho. Lo es también, en particular, el negocio jurídico, que no debe ser contrapuesto, como acto de aplicación jurídica, a la legislación como acto de creación jurídica, según lo hace la doctrina tradicional. Pues tanto la legislación como el negocio jurídico son a la vez creación del derecho y aplicación del derecho» (40).

Entre el acto constituyente y el acto coactivo de ejecución material, —pena, ejecución forzada—, que representan los casos limítrofes de que habla Kelsen, realizase todo el proceso productos del derecho, siempre en incesante y perenne renovación.

En los números siguientes se hará un rápido análisis de cada una de las especies de normas que forman parte de esta configuración escalonada del orden jurídico positivo, a fin de establecer el papel que a cada una de ellas le corresponde dentro de la totalidad del derecho.

16. La constitución, las leyes y los reglamentos, la sentencia judicial y la resolución administrativa, el negocio jurídico y los actos de mera ejecución material.—En la teoría de la creación o elaboración de las normas

(37) Kelsen, Hans.—«La Teoría Pura del Derecho», pág. 108.

(38) Kelsen, Hans.—«Teoría General del Derecho del Estado», pág. 134.

(39) Kelsen, Hans.—«Teoría General del Derecho del Estado», pág. 134.

(40) Kelsen, Hans.—«La Teoría Pura del Derecho», pág. 118. Ver además del mismo autor. Teoría General del Derecho del Estado», pág. 138.

jurídicas positivas se acepta, en líneas generales, que el derecho positivo como totalidad está compuesto de los señalados elementos o estructuras normativas. Es natural que un estudio de la creación de las normas positivas comience por reducir la inmensa variedad de preceptos a unos cuantos tipos fundamentales, atendiendo para ello a las esencias comunes que los caracteriza. Con estos tipos fundamentales es posible adentrarse en el proceso de la producción o creación del derecho.

17. A) **La constitución.**—En la jerarquía de las normas del derecho positivo, el grado más alto le corresponde a la norma constitucional. Todos los tratadistas concuerdan en que más allá y por sobre la constitución no cabe hablar de norma jurídico positiva de ninguna especie. Sin embargo todos están de acuerdo también en que la norma constitucional forma parte integrante del derecho positivo, siendo ella misma una norma positiva, lo cual viene a significar que su existencia está ligada a un acto jurídico de creación o elaboración. Ahora bien, no es aún el momento de ocuparnos de este acto de creación de la norma constitucional o **acto constituyente**. Por el momento debemos limitarnos a considerar los demás actos jurídicos creadores, todos los cuales, según hemos visto, vinculanse a las normas positivas en un doble sentido: en cuanto son objeto de regulación por parte de una determinada estructura de normas (sentido pasivo), y en cuanto son sujeto de creación o establecimiento de otras estructuras normativas (sentido activo). De estas estructuras de normas que están por sobre y por debajo de los distintos actos de creación jurídica nos ocupamos aquí, comenzando por la constitución, que, como queda dicho, representa la norma básica del orden jurídico positivo, al mismo tiempo que el límite más allá del cual no es posible forma alguna de positividad jurídica.

Como estructura normativa integrante del orden jurídico positivo, la constitución puede definirse desde el punto de vista de la **función** que dentro de él le cabe. Este criterio funcional es el que generalmente se usa para establecer la naturaleza de las normas constitucionales. La definición de García Pelayo es en este sentido, típica. Según este autor son normas constitucionales aquellas que establecen «a qué hombres y bajo qué métodos y condiciones les compete determinar en última instancia lo que ha de ser derecho, y las condiciones de su aplicación y ejecución» (41).

El carácter de norma reguladora de los actos de poder creadores de derecho que corresponde esencialmente a toda constitución, pónese claramente de manifiesto en la definición anterior. Sin embargo, ella adolece de una marcada imprecisión, pues no expresa qué tipo o grado de normas dentro del derecho son aquellas cuya creación o elaboración está sometida específicamente a la regulación constitucional.

Desde un punto de vista también funcional, Kelsen define la constitución como el conjunto de «preceptos que regulan la creación de las normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de las leyes» (42). Aquí se corrige el defecto que anotábamos con relación a la definición anterior.

Las dos definiciones citadas, expresan conceptos «materiales» de constitución, por cuanto en ellos se atiende a la materia o contenido de regulación que caracteriza a la norma definida. Frente a ellos, existen conceptos «formales» elaborados con referencia, no al contenido substancial del precepto, sino a meras características externas accesorias, como la mayor dificultad en su reforma, etc. Pero para Kelsen, es formal un concepto de constitución incluso cuando no designa con precisión el tipo de normas cuya creación corresponde específicamente regular al precepto constitucional. De ahí que este autor advierta que un concepto jurídico de constitución suele no coincidir con un concepto político de la misma, pues corrientemente la teoría política incluye como objeto de regulación constitucional materias que son, desde el punto de vista jurídico, ajenas a su competencia específica. Jurídicamente, el concepto de constitución, en sentido material, comprende aquellos preceptos que regulan los actos de creación de

(41) **García Pelayo, Manuel.**—Ob. cit., pág. 16.

(42) **Kelsen, Hans.**—«Teoría General del Derecho y del Estado», pág. 129.

las normas generales, en tanto que «tal como se usa en la teoría política, el concepto ha sido forjado con la mira de abarcar también aquellas normas que regulan la creación y la competencia de los órganos ejecutivos y judiciales» (43).

Para el maestro de la escuela vienesa, pues, el concepto de norma constitucional, en sentido material, o sea, en sentido estricto y propio, sólo es aplicable a aquellas normas cuya función específica es la de regular el acto legislativo, en cuanto acto creador de normas generales. Este es, según Kelsen, el único concepto utilizable por la teoría jurídica.

Pero afirmar que la esencia de la constitución estriba en su función reguladora del acto legislativo, no basta.

Pertenece al propio Kelsen la observación a que ya se ha hecho referencia más de una vez y según la cual los modos o formas en que un sistema de normas regula la creación o elaboración de otros preceptos, pueden ser reducidos, fundamentalmente, a tres: 1) Determinación del órgano o sujeto activo de creación; 2) Determinación del procedimiento a que debe someterse dicho órgano; y 3) Determinación del contenido del acto de creación, o sea, del contenido de la norma positiva surgida de tal acto. Los dos primeros constituyen, según sabemos, las «formas adjetivas» o «formales», dando lugar, en la esfera de los preceptos generales, al derecho adjetivo o formal, en tanto que el tercer modo determina la forma «substantiva» o «material», cuya expresión es el derecho en sentido substantivo o material.

Cuando se afirma que la constitución regula el acto legislativo, es necesario, pues, precisar en cuál de las tres dimensiones anotadas se verifica la regulación.

Para Kelsen, la constitución, esencial y primariamente, regula la creación de las normas generales o leyes mediante la sola determinación del órgano legislativo. Puede también, y en la práctica así ocurre en la generalidad de los casos, determinar el procedimiento a que debe atenerse el legislador y, hasta cierto grado, el contenido de las leyes futuras.

En relación al contenido de las leyes futuras, se observa que lo corriente es que la constitución lo fije de un modo negativo y sólo excepcionalmente en forma positiva. Así, la gran mayoría de las constituciones positivas establecen un conjunto de materias que no pueden ser objeto de regulación por la vía legislativa, entre las cuales se encuentran las llamadas garantías constitucionales. Como determinación positiva del contenido de la ley por la constitución, podría citarse el art. 83 de nuestra Constitución, el cual establece los preceptos a que deberá ajustarse la ley Orgánica de Tribunales en lo relativo al nombramiento de los jueces: «En cuanto al nombramiento de los jueces, la ley se ajustará a los siguientes preceptos generales.....».

Es importante hacer hincapié en el criterio de Kelsen según el cual la realidad esencial de lo constitucional se agota en la mera determinación del órgano legislativo, por cuanto con ello se da muestra una vez más del extremo formalismo que domina toda su doctrina. Para su teoría jurídica, y particularmente para su teoría de la construcción graduada o escalonada del derecho positivo lo relativo a la naturaleza y esencia de la constitución ocupa un lugar de primera magnitud. Puede sostenerse que Kelsen ha llevado hasta sus últimas consecuencias la idea de la preeminencia de la constitución respecto a cualquier otro tipo de normas positivas, ya que ella, en la jerarquía de los preceptos jurídicos, ocupa precisamente la base, en fundamento de la cual derivan su validez todas las demás normas y en la que descansa la unidad misma del orden jurídico positivo en cuanto sistema de preceptos válidos jurídicamente.

Una función de importancia tan trascendental, la radica Kelsen en un precepto desprovisto de contenido substancial, de tal modo que la constitución material de la Escuela Vienesca se caracteriza por su función meramente formal, y formal en el sentido más restringido de la expresión, pues abarca solo la determinación orgánica del sujeto de creación.

Los tratadistas han recalcado que junto a la superioridad meramente formal, que tan acertadamente asigna Kelsen a la norma constitucional, es preciso considerar su superioridad material o substancial, pues la constitución no es

(43) Kelsen, Hans.—«Teoría General del Derecho del Estado», pág. 272.

solamente el fundamento de la validez formal de los preceptos jurídicos positivos, sino principalísimamente, el fundamento de su validez material y substancial, validez que en ella descansa como en su base última dentro del orden de lo positivo.

Esta idea la expresa con notable precisión Luis Sánchez Agesta: «esta función de determinar y fundamentar el ordenamiento jurídico unificándolo, la cumple la constitución a través de una doble vía; de una parte, declarando e instituyendo los órganos de definición y sanción del derecho, fundando así la unidad del ordenamiento jurídico a través de una serie jerárquica de competencias para su establecimiento y sanción; de otra, determinando su contenido a través de su fin, ya directamente en cuanto el ordenamiento jurídico se limita a desenvolverlo, o indirectamente en cuanto este fin marca la orientación que ha de seguir todo desarrollo ulterior del ordenamiento. Estas dos formas de determinación dan lugar a consecuencias muy diversas. En el primer caso se trata de una mera unidad formal realizada por medio de la coordinación y unificación del poder del estado. La constitución establece únicamente una serie de competencias, instituyendo los órganos a quienes corresponde legislar, reglamentar, administrar, juzgar y sancionar, —(concepto político de constitución, desde el punto de vista de Kelsen)—, pero sin prever ni determinar el contenido concreto de estas diversas formas de actuación del poder. La unidad resulta aquí únicamente de la jerarquía de competencias en que cada órgano inferior queda sujeto y determinado por el órgano que ejerce una competencia de rango superior. La sanción actúa de acuerdo con las resoluciones de la administración o del juez; éstos están bajo la autoridad del Reglamento y la Ley; aquél bajo la de ésta; la Ley por último está bajo la autoridad de la Constitución. Cada órgano inferior actúa bajo la competencia del superior, pudiendo desenvolver sus resoluciones, pero no contradecirlas, y sobre todos la Constitución ocupa el primer grado de la jerarquía que los integra en una unidad. La teoría del derecho por grados de la Escuela Vienesá expresa con gran propiedad esta unidad formal establecida a través de la determinación de competencias por la Constitución. Ahora bien, esta unificación carece de verdadero contenido si a la idea de rango entre las diversas normas, por razón de los órganos de que derivan o por su específica función jurídica, no se le da una significación concreta y material. Esta supone algo más que una mera escala de competencias; a saber, una coordinación de contenidos determinada por los principios en que reposa el orden constitucional. A la jerarquía formal se suma una jerarquía material de fines y valores que determinan la definición, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico; esto es, que realizan la unidad estática y dinámica sobre la base de la Constitución. La vigencia histórica de una Constitución se mide precisamente por la eficacia con que es capaz de realizar esta unidad insertando su contenido en las instituciones sociales y políticas de un medio» (44).

En todo caso, si se acepta el criterio de sistematización según el cual el ordenamiento jurídico se representa como un sistema total, estructurado en diferentes grados jerárquicos de normas, es correcto y consiguiente afirmar con Kelsen que «la función esencial de la Constitución, en el sentido material de la palabra, consiste en determinar la creación de las normas jurídicas generales, esto es, en determinar a los órganos y el procedimiento de la legislación, así como, hasta cierto grado, el contenido de las leyes futuras» (45). Sin embargo, es restringir demasiado su significación real, el reducir, esa función reguladora a su aspecto puramente formal, sin considerar el papel que la constitución desempeña en cuanto determina el contenido substancial de las leyes, y, a través de ellas, de todo el derecho positivo.

(44) Sánchez Agesta, Luis.—Ob. cit., pág. 401.

(45) Kelsen, Hans.—«Teoría General del Derecho del Estado», pág. 280.

18. B) **Las normas generales: Ley y Reglamento.**—Dentro del ordenamiento jurídico, el grado inmediatamente inferior al de la constitución, lo ocupan las normas generales.

La ley y el reglamento son las dos formas más típicas en que se manifiestan las normas generales. Esta distinción, como anota con razón Kelsen, cobra todo su sentido allí donde la constitución establece como órgano básico de creación de las normas generales, a un **parlamento** elegido por el pueblo, permitiendo, al mismo tiempo, que las autoridades administrativas emitan cierto tipo de reglamentaciones de carácter general. La palabra ley se reserva entonces para designar las normas generales que son el producto de la elaboración parlamentaria, denominándose reglamento a las que son fruto de la actividad administrativa. Con respecto a la ley, el reglamento guarda una relación de subordinación, por cuanto ha de ser dictado sobre las **bases de la ley** y en vista a la realización inmediata de la misma (46).

Adviértase que la ley y el reglamento, en el sentido descrito solamente representan **tipos** extremos que no pretenden agotar todos los posibles modos concretos en que pueden manifestarse o expresarse las normas generales. El decreto supremo, el decreto con fuerza de ley, el decreto ley, la ordenanza, etc., son todas ellas formas de normatividad jurídica general, pero que, desde el punto de vista que aquí interesa, pueden ser asimilados o a la ley o al reglamento.

Para simplificar aún más, como tipo de norma general, se utiliza aquí sólo la ley, en cuanto acto específico del órgano legislativo propiamente tal. No obstante debe señalarse previamente que así como existe un concepto de constitución en sentido material y otro en sentido formal, del mismo modo se plantea esa diferencia en el caso de la ley. Ley en sentido material es aquella resolución legislativa que tiene un contenido general, en tanto que se reserva el calificativo de ley en sentido formal a aquellas resoluciones del legislativo adoptadas en la forma establecida por la constitución, pero que tienen por contenido la regulación de una situación de conducta individualizada y particular.

Naturalmente, en teoría jurídica, sólo procede utilizar el concepto material de ley.

Si la función de la constitución, según se vió en el número anterior, consiste fundamentalmente en la ordenación del acto de elaboración de las normas generales, y, particularmente, de las leyes ¿Cuál es la función específica de la ley?

Desde el punto de vista de la teoría del orden jurídico escalonado o por grados, la respuesta no merece dudas. En efecto, está claro que la función de la ley no puede ser otra que la de regular los actos en virtud de los cuales son creadas o establecidas las normas que, en la escala gradual del derecho, encuéntranse inmediatamente por debajo de las leyes. Tales son las llamadas normas individualizadas, que, en la técnica kelseniana, comprenden fundamentalmente a la sentencia judicial, la resolución administrativa y el negocio jurídico, englobándose las dos primeras bajo la común denominación de **actos jurisdiccionales**.

En relación con los actos de jurisdicción, señala Kelsen que a diferencia de lo que ocurre con la constitución, la regulación de la ley es particularmente de tipo substancial o material, es decir, que la ley en ningún caso se limita a la mera designación del órgano jurisdiccional y a la ordenación del procedimiento a que debe someter su actividad, sino que, de manera primordial, tiende a determinar el contenido mismo de tales actos.

En el siguiente párrafo se expresa con claridad esta idea: «Constituyen el grado subsiguiente a la constitución, las normas generales producidas en el procedimiento legislativo, cuya función no sólo consiste en determinar los órganos y el procedimiento de las normas individuales que ordinariamente han de ser dictadas por los tribunales y las autoridades administrativas, sino también y sobre todo, el contenido de las mismas. Mientras que sobre la constitución gravita la regulación del procedimiento en que se elaboran las leyes, cuyo contenido,

(46) Kelsen, Hans.—«Compendio de la Teoría General del Estado», pág. 194.

empero, si bien es determinado en general, lo es sólo en medida muy pequeña, es misión de la legislación determinar en forma análoga la producción y el contenido de los actos judiciales y administrativos. El derecho que se manifiesta en forma de ley, no es sólo derecho material, sino también derecho formal. Junto a la ley penal y al código civil, están el ordenamiento procesal penal y el procesal civil; junto a las leyes administrativas, las leyes sobre el procedimiento administrativo. La relación entre constitución y legislación es, pues, esencialmente la misma que entre ley y jurisdicción o administración; sólo que la relación entre determinación formal y material es diferente de la determinación de las gradas inferiores por las superiores. Si en el primer caso prepondera el momento formal sobre el material, en el segundo se contrapesan» (47).

La función reguladora de los actos de jurisdicción y del negocio jurídico es, pues, evidentemente una función específica de la ley. Pero cabe preguntarse: ¿Es ésta su única función específica?

Es de sumo interés aclarar el pensamiento de Kelsen a este respecto. De la lectura del párrafo precitado y aún de aquellas partes de sus obras en que desenvuelven con detención su teoría del orden jurídico escalonado o por grados, podría desprenderse que el célebre maestro de la Escuela Vienesa no ve en la ley otra función esencial que la ya descrita. Sin embargo ello no es así.

No debe olvidarse que para Kelsen, la teoría jurídica comprende dos grandes ramas: la estática y la dinámica jurídica. La primera, como se sabe, tiene por objeto el estudio de las normas jurídicas cuya existencia o validez presupone, pues «considera al derecho como un sistema de reglas completas y listas para ser aplicadas, sin tener en cuenta el proceso de su creación» (48), en tanto que el objeto de la segunda, de la dinámica jurídica es, precisamente, el estudio del proceso de la creación o elaboración de las normas jurídicas.

Parece evidente que la función asignada por Kelsen a la ley en el desarrollo de su teoría del derecho por grados, mediante la cual explica el proceso de la creación de las distintas estructuras jurídicas, es una función dinámica. Pero junto a ella, y desde el punto de vista estático, no deja de advertir que la función natural y propia de las normas generales, y particularmente de la ley, es la de establecer un orden de la conducta social entre los ciudadanos o súbditos.

La cuestión tiene una gran importancia doctrinaria, por cuanto el criterio según el cual la única función de la ley consiste en la regulación de los actos jurisdiccionales, ha servido de punto de partida a las diferentes teorías que se cubren bajo la denominación común de «concepción procesal del derecho», según las cuales el derecho, y particularmente la ley, sólo tiene sentido y cobra verdadera existencia jurídica, mediante el acto procesal, fuera del cual cesa toda manifestación de lo jurídico (49).

Desde el punto de vista de la teoría general del derecho, que comprende en su seno tanto la estática como la dinámica jurídica, y aún en la concepción doctrinaria de Kelsen, no parece discutible el principio según el cual la ley es tanto una norma de acción dirigida al órgano jurídico encargado de su aplicación concreta, como un imperativo destinado directamente a regular la conducta de los súbditos.

(47) Kelsen, Hans.—«La teoría pura del Derecho», pág. 110.

(48) Kelsen, Hans.—«La Idea del Derecho Natural» otros Ensayos», pág. 227.

(49) Acerca de la concepción procesal del derecho, particularmente en su relación con la teoría de Kelsen, ver «Los Valores Jurídicos», de Sebastián Soler, pág. 37. También Kelsen analiza con detención esta teoría en su obra «Teoría General del Derecho y del Estado», pág. 156, en que se pone de relieve los siguientes conceptos del jurista norteamericano John Chipman Gray: «El Derecho del Estado», o el de cualquier otro grupo organizado de hombres, está compuesto por las reglas que los tribunales, es decir, los órganos jurisdiccionales de este cuerpo establecen para la determinación de los derechos subjetivos y los deberes jurídicos... El conjunto de reglas que los tribunales establecen no es la expresión de un derecho preexistente, sino del derecho a secas... El hecho de que los tribunales apliquen determinadas reglas es lo que convierte a éstas en derecho, pues no hay una entidad misteriosa llamada «derecho» además de las mismas reglas, por lo cual los jueces son los creadores más que los descubridores del derecho... A menudo se afirma que el derecho está compuesto de dos partes, derecho legislado y derecho jurisprudencial, pero en realidad todo derecho es creación del juez».

Esta idea está claramente expuesta en el siguiente texto de Goldschmidt: «las normas jurídicas tienen una doble naturaleza. Por un lado representan imperativos a los ciudadanos, por otro son medidas para el juicio del juez. La primera cualidad conviene a las normas jurídicas en cuanto se refiere a su función extrajudicial. Por eso llega a ser la base de la consideración estática o material del derecho. De la segunda ha de partir la consideración dinámica o procesal, siendo necesario establecer las categorías adecuadas para establecer los nexos procesales» (50).

Salvo los partidarios de la concepción procesalista —los cuales terminan, como anota Soler, por negar que las normas tengan destinatario alguno— todos los autores están de acuerdo en señalar que es doble la función que específicamente le corresponde desempeñar a la ley: por una parte, regulación de los actos jurisdiccionales y del negocio jurídico (función dinámica); por otra, regulación de los actos de conducta de los ciudadanos (función estática). Lo que Goldschmidt olvida, o advierte sólo en parte, es que la naturaleza de uno y otro tipo de regulación es diferente: no es idéntica la forma en que la ley regula el acto jurisdiccional o el negocio jurídico, con el modo en que regula la conducta de un súbdito; así como tampoco son equivalentes las consecuencias que en uno y otro caso se produce cuando la ley es transgredida. En un capítulo siguiente habremos de analizar con mayor detención esta materia.

Dentro del orden jurídico, concebido dinámicamente como el proceso de la creación o elaboración de los preceptos que lo integran, las normas generales o leyes, en sentido amplio, ocupan un lugar bien determinado: son el objeto esencial de la regulación constitucional y, al mismo tiempo, las reglas determinantes y ordenadoras de los actos que dan origen a las llamadas normas individuales o individualizadas.

19. C) **Las normas individualizadas: la sentencia judicial, la resolución administrativa y el negocio jurídico.**—La función de las normas generales, desde el punto de vista estático, es la ordenación en abstracto de la conducta de los súbditos. Las llamadas normas individualizadas, por el contrario, ordenan en concreto los actos que los ciudadanos han de cumplir o han de omitir.

El proceso de la creación o elaboración de las normas individualizadas constituye la función dinámica fundamental de las normas generales, en cuanto aquéllas ocupan el grado inmediatamente inferior al de éstas, en la escala jerárquica del ordenamiento jurídico.

20. a) **Los actos de jurisdicción: sentencia judicial y resolución administrativa.**—Se veía más arriba que, según Kelsen, en la regulación dinámica, por la ley, de los actos de jurisdicción, se equilibran y contrapesan la determinación substancial o material y el momento adjetivo o formal; o sea, que en la misma medida que la ley determina el órgano jurisdiccional y su procedimiento, fija también el contenido tanto de la sentencia judicial como de la resolución administrativa.

Por nuestra parte estimamos necesario aclarar que la mayor o menor determinación del contenido de los actos jurisdiccionales por la ley, no es en ningún caso decisivo para fijar su naturaleza esencial. Lo que constituye la esencia del acto jurisdiccional es su condición de acto creador de normas individualizadas. En el caso del acto judicial, lo corriente es que su contenido substancial esté enteramente determinado por la ley substantiva, respecto de la cual no es más que una mera aplicación al caso concreto; pero no puede descartarse la posibilidad de que el juez actúe por completo de acuerdo a su arbitrio judicial, o sea, sin tener que someterse al derecho substantivo, evento en el cual también nos encontraremos con un acto judicial plenamente realizado. Sin embargo, pensamos con Kelsen, que, en cierto modo, pertenece a la naturaleza del acto judicial el que los momentos de la determinación formal y de la determinación material se contrapesen.

(50) Goldschmidt, James.—«Teoría general del proceso», pág. 43.

No puede aplicarse el mismo criterio a los actos administrativos. Estos son diferenciados de los actos judiciales, aún en el planteamiento kelseniano, no por consideraciones que toquen a sus esencias específicas, sino que atendiendo a la circunstancia, en cierto modo secundaria, de que unos y otros provienen de órganos históricamente distintos, como son actualmente el poder ejecutivo y el poder judicial. Estrictamente, desde el punto de vista de la teoría jurídica, existe consenso casi unánime para estimar que la función de uno y otro es, en esencia, la misma. Si en la terminología usada por Kelsen se emplea, según todo parece indicarlo, la expresión «acto administrativo», para cubrir con esa denominación toda la actividad que en el derecho moderno se asigna al poder ejecutivo, entonces quiere decir que el único criterio válido para diferenciar el acto administrativo del acto judicial es el distinto grado en que la ley substantiva determina el contenido de uno y otro.

Referido el acto administrativo a la actividad del llamado poder ejecutivo, resulta que el grado de determinación de su contenido material por la ley es en extremo flexible. En verdad el acto administrativo, como producto de la función ejecutiva, comprende una gama de tipos que se extiende desde el acto sujeto a una mínima regulación substancial, hasta el acto enteramente determinado en su contenido por la ley.

La distinta gradación del contenido material de los actos administrativos por la ley substantiva, sirve a la doctrina para formular distinguos dentro de la función ejecutiva que son de uso corriente en el lenguaje jurídico. Tal es, por ejemplo, la clasificación de Hauriou entre función gubernamental y administrativa: «la función gubernamental consiste en solucionar a compás de los sucesos los asuntos excepcionales que afectan a la unidad política del Estado, y a los grandes intereses nacionales; la función administrativa consiste en gestionar los asuntos públicos ordinarios» (51).

Pero la clasificación que de manera más inmediata atiende al grado de determinación substantiva del acto administrativo, es la de Schäffle, el cual distingue entre funciones políticas y funciones rutinarias. Analizando la clasificación de este autor, escribe García Pelayo: «cuando se trata de actos cuyo contenido no viene determinado por una norma o precedente previo, es decir, cuando hay amplio margen para la libre decisión, derivado, a su vez, del hecho de encontrarse ante situaciones nuevas y únicas, no subsumibles en normas o precedentes, nos encontramos ante las funciones políticas, funciones cuyo cumplimiento exige una autonomía y, por consiguiente, una amplia esfera de poder; en cambio, cuando se trata de actos subsumibles en normas o precedentes, de actos puramente reproductores, nos encontramos ante las normas rutinarias» (52).

21. b) El negocio jurídico y particularmente el contrato.—La tercera forma de norma individualizada, es el negocio jurídico. Con esta expresión se cubren todas aquellas ordenaciones individualizadas de conducta que tienen, en general, su origen en actos de voluntad de las mismas personas que resultan obligadas.

La manifestación más típica del negocio jurídico es el contrato. Kelsen advierte con razón que «es importante distinguir con claridad la transacción jurídica (o negocio jurídico) como acto por el cual las partes crean una norma, y la norma creada de tal manera. Ambos fenómenos suelen ser designados por medio de la misma palabra. Particularmente el término contrato tiene este doble uso. La palabra designa lo mismo el procedimiento específico por el cual son creados los deberes y derechos contractuales de las partes, que la norma contractual establecida a través de tal procedimiento. Este equívoco es la fuente de diversos errores típicos en la teoría del contrato» (53).

La incorporación de la norma contractual a la sistemática total del ordenamiento jurídico-positivo es una de las características de las nuevas tendencias en la teoría del derecho. El derecho positivo, en cuanto orden de la conducta

(51) Hauriou, Maurice.—Ob. cit., pág. 373.

(52) García Pelayo, Manuel.—Ob. cit., pág. 92.

(53) Kelsen, Hans.—«Teoría General del Derecho del Estado», pág. 142.

social de un grupo humano determinado, es pensado por la teoría jurídica de hoy como integrado no sólo por los preceptos generales, o sea, por aquellas normas que regulan situaciones abstractas de conducta, sino que además por todas aquellas regulaciones válidas solamente en el caso individual, en el hecho concreto, pues tanto éstas como aquéllas tienen de común el ser imperativos dirigidos a la conducta, cuya existencia normativa se engarza y estructura en un único sistema dinámico de creación o elaboración jurídico-positiva, cuya base común es la constitución.

Correlativa a este criterio de incorporación del contrato a la sistemática total del derecho positivo, es la tendencia a considerar al individuo que contrata como órgano de creación jurídica, que «participa en la formación de la voluntad del Estado, es decir, en la creación del orden jurídico» (54). La idea de Kelsen a este respecto es que el individuo contratante es un órgano estatal que no se diferencia de los demás órganos estatales, sino en lo relativo al carácter autónomo del contrato, derivado del hecho de ser su creador la misma persona que resulta obligada, en oposición a la condición de heteronomía que reviste el resto del derecho.

Recordamos aquí la idea de Hauriou, expresada con anterioridad, acerca de la vía subjetiva de creación del derecho, que este autor identifica con la libertad, la cual «no es nada sino es creadora de derecho» y que «sigue creando derecho, bien por la vía del contrato, bien por la de declaración unilateral de voluntad».

Es lo normal que en derecho civil prevalezca el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual la voluntad del individuo es fuente reconocida de vínculos jurídicos obligatorios. Más aún, en derecho privado se acepta, como postulado doctrinario básico, que nadie puede quedar obligado contra su voluntad o sin su voluntad. Naturalmente este principio cobra realidad allí donde el ordenamiento jurídico total otorga al individuo la facultad de obligar y obligarse, o, lo que es lo mismo, allí donde se confiere plena validez jurídica a los vínculos nacidos del contrato o de la declaración unilateral de voluntad.

Sabido es que existen tendencias doctrinarias, y aún sistemas que se aplican en la actualidad, en las que se niega al individuo como tal, toda facultad para crear vínculos obligatorios, los cuales sólo pueden tener su origen en la voluntad heterónoma del Estado, o en la transacción colectiva estatalmente controlada.

Allí donde aún el viejo río del derecho subjetivo continúa corriendo, según palabras de Hauriou al aludir a regímenes donde la voluntad individual constituye fuente de obligaciones jurídicas válidas, es preciso determinar el modo y la medida en que el derecho, y particularmente la ley regula dicha voluntad.

Una autonomía absoluta de la voluntad, como fuente de obligaciones, es inconcebible bajo todo punto de vista para el actual desarrollo de la teoría jurídica.

Descartando el criterio exclusivamente formalista de Kelsen, para quien el mero hecho de que el orden jurídico autorice al individuo para crear obligaciones constituye ya una forma de regulación, es fácil advertir que la misma circunstancia de que se considere a los vínculos nacidos del contrato o del acto unilateral de voluntad como formando parte integrante de la totalidad normativa que es el ordenamiento jurídico-positivo, significa que dichos vínculos necesariamente han de resultar determinados, limitados o complementados por el resto del ordenamiento en que se integran. «El orden jurídico constituye una totalidad y....., por consiguiente, ninguna de sus partes tiene sentido sin referencia a las demás. Los preceptos jurídicos individuales —ha dicho— —Richard Schmidt— carecen de existencia en la vida real, pues, en efecto, todo precepto jurídico rige y obliga únicamente en relación con los demás que lo determinan, limitan o complementan; por otro lado, y en correspondencia con esta estructura real, dado que la Jurisprudencia es ciencia destinada a comprender y no a explicar sus objetos, es claro que sólo puede cumplir su cometido cuando capte el sentido de los preceptos; es decir, mediante sus conexiones con la totalidad. Como ha dicho Somló, las normas jurídicas particularizadas sólo

(54) Kelsen, Hans.—«Compendio de la Teoría General del Estado», pág. 161.

Es necesario hacer presente que el trabajo tiene cierta tendencia a perder la idea de conjunto, encontrándose el lector, en muchos de sus pasajes en medio de una minuciosa discusión relativa a un sutil punto, pequeño dentro del plan general.

Cabe asimismo hacer notar que en la segunda parte se ha recargado el tema con materia algo ajena a él.

Podría decirse que las observaciones anteriores no son más que sanas curiosidades intelectuales de los autores.

No ha sido el ánimo de los señores Fuentes y Rivadeneira cumplir con un trámite reglamentario, sino que los ha guiado en la elaboración de esta memoria una verdadera inquietud por los intrincados, pero auténticos problemas de la ciencia del derecho.

Estimo que la memoria merece ser aprobada con distinción SOBRESALIENTE, o sea con nota SIETE.

Saluda atentamente al señor Decano.

HERNÁN LARRAÍN RÍOS,
Director del Seminario de Derecho Público
Universidad Católica de Chile.

Santiago, Mayo 10 de 1955.

Santiago, 27 de Agosto de 1955.

Señor

Pedro Lira Urquieta
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad Católica de Chile.
Presente.

tienen existencia como abstracción mental, no hay más que normas jurídicas que rigen a través de sus conexiones; hay tan sólo un orden jurídico y es la pertenencia a él lo que convierte a una norma en norma jurídica» (55).

El derecho, y particularmente la ley, regulan el acto contractual según los mismos principios aplicables a los demás actos jurídicos de creación normativa. El contrato, al igual que los demás actos jurídicos: legislativo, judicial, administrativo, consiste en una declaración de voluntad, en este caso, de dos o más individuos que tiende a regular determinada conducta. A diferencia de la ley y a semejanza de la sentencia judicial, la conducta regulada por el contrato es una conducta individualizada. A diferencia de la ley y de la sentencia judicial y, en general, a diferencia de todas las demás formas normativas, el contrato sólo puede regular la conducta de las partes que celebran el acto contractual, pues en derecho civil, y el contrato es la institución más típica de derecho civil, rige el principio de que nadie puede quedar obligado contra o sin su voluntad. El contrato es, por ese motivo, la más típica forma de creación autónoma del derecho.

La determinación formal por el derecho de los actos de creación jurídica, que comprende la designación del órgano y la fijación del procedimiento, corresponde en líneas generales a lo que en teoría del contrato se denomina «requisitos de forma» del acto contractual.

La mayoría de los sistemas jurídicos en vigencia, establecen como sujetos u órganos de elaboración contractual a toda persona que reúna ciertos requisitos mínimos, que determinan el concepto de capacidad; en todos estos sistemas se acepta también el principio de que «toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces» (Art. 1446 de nuestro Código Civil) Diremos de paso, que la posibilidad jurídica de realizar un acto contractual es para el individuo una facultad, un derecho (subjetivo); en cambio, la misma posibilidad en los demás órganos de creación jurídica, dirigida a la realización de su respectiva actividad típica, es una función, una competencia. Salvo una pequeña alteración, esta idea se encuentra claramente expresada en el siguiente párrafo de Kelsen: . . . «en los actos individuales del estado, realizados ordinariamente por funcionarios, prevalece el carácter de función orgánica que viene a suplantarse la posición subjetiva que late en el concepto de autorización o pretensión (o derechos subjetivos). En general no se habla de derecho del órgano (del funcionario), sino de sus facultades, de su competencia. Y aquí por competencia se entiende no sólo el límite de un poder jurídico, sino también éste mismo. No obstante, suele hacerse alguna excepción: de un modo singular por lo que respecta al monarca, cuya competencia es denominada generalmente derecho» (56).

Respecto de las formalidades propiamente tales, o sea el procedimiento a que deben sujetarse las partes para que el acto o contrato alcance validez jurídica, anotaremos solamente que la ley, por regla general, reconoce validez a todas las declaraciones de voluntad, salvo cuando expresamente establece que ellas deben ser formuladas guardándose determinadas formas.

En lo referente a la determinación substancial por la ley del contenido del contrato, obsérvese que ella, a diferencia de lo que sucede en el caso de la sentencia judicial y a semejanza de lo que ocurre con relación a la ley respecto de la constitución, es fundamentalmente de carácter negativo. La ley, en efecto, no impone a las partes los términos substantivos de las obligaciones que recíprocamente contraen. Fija, en cambio, los límites más allá de los cuales la voluntad autónoma de los individuos pierde toda virtud generadora de vínculos obligatorios. Tales límites se confunden con las exigencias legales de un objeto y de una causa lícitos en todo acto de voluntad. La teoría del objeto y de la causa lícitos en el contrato puede aportar luces valiosísimas para una investigación global en torno a las limitaciones de los actos jurídicos de creación de los preceptos, generales o individualizados, que integran la totalidad y unidad del derecho positivo. Sin embargo, la índole de este trabajo nos impide adentrarnos mayormente en una materia que, por su complejidad, exigiría un tratamiento especial.

(55) **García Pelayo, Manuel.**—Ob. cit., pág.15.

(56) **Kelsen, Hans.**—«Compendio de la Teoría General del Estado», pág. 160.

22. D) **Los actos de mera ejecución material.**—Se ha dicho que en una sistematización del derecho positivo en estructuras normativas escalonadas, cada acto jurídico representa una doble condición: de acto creador de preceptos generales o individualizados y de acto de ejecución de preceptos positivos superiores reguladores del acto de creación. Sin embargo, la misma circunstancia de que el sistema escalonado sea un sistema abierto y no cerrado, determina que este fundamental principio de dinámica jurídica cuente con dos importantes excepciones.

La primera de ellas está representada por el acto constituyente. La mera representación mental del derecho positivo como una estructura escalonada de normas, basta para hacer comprender que si bien el acto constituyente es, como cualquier otro, un acto jurídico creador de normas positivas: concretamente de normas constitucionales, no aparece, a diferencia de todos los demás actos jurídicos, revestido de la condición de ser a la vez acto de ejecución de una norma positiva superior. No puede tener esta segunda condición, porque para ello sería necesario aceptar que por sobre la constitución existen otras normas positivas superiores, lo cual es un absurdo. La constitución es la norma positiva fundamental. Sobre ella, por definición, no puede haber otra, porque entonces ésta sería propiamente la constitución. Esta situación singular del acto constituyente es la que define el fondo del problema del poder constituyente y, más que nada, el de sus limitaciones. Es también el punto de vista que nosotros utilizaremos para plantearlo.

La segunda excepción está constituida por lo que en la técnica kelseniana se denomina «actos de mera ejecución material». Estos actos jurídicos de mera ejecución material son aquéllos mediante los cuales se realiza concretamente la sanción prevista por el derecho para los casos de transgresión. Si los actos constituyentes representan una excepción al principio general de los actos jurídicos, en razón de que respecto de ellos se da solamente la dimensión de acto creador de normas, más no la dimensión de acto ejecutor de reglas positivas, en el caso de los actos de mera ejecución material ocurre exactamente lo contrario: el carácter excepcional en ellos consiste en ser actos puramente ejecutores, sin representar momento alguno de creación normativa.

Kelsen, en este orden de materias, se expresa con notable claridad:

«El orden estatal es creado en todos sus grados por individuos cuya función productora de normas se halla regulada por el derecho, en tanto que la norma de grado superior señala las condiciones según las cuales ha de ser establecida la norma de grado inferior. Órgano del estado es, por lo tanto, quien crea o ejecuta de alguna manera el orden estatal. Conforme con lo dicho anteriormente, todo acto jurídico positivo de creación de una norma, es a la vez un acto de ejecución de otra norma superior. Solamente el acto lógico-primario de suposición de la norma fundamental, no representa momento alguno de ejecución, porque a fuer de primero es pura creación sin previo antecedente; y por otra parte, únicamente el último acto ejecutivo, es decir, la realización del acto coactivo, no representa creación alguna, a fuer de último» (57).

(57) Kelsen, Hans.—«Compendio de la Teoría del Estado», pág. 110.

CAPITULO TERCERO

EL ESTADO Y LA ELABORACION DEL DERECHO POSITIVO

23. Los actos de creación del derecho como actos del estado.—Hasta aquí se ha presentado el proceso de creación o elaboración del derecho positivo como el producto de actos que otorgan existencia jurídica a los diferentes tipos fundamentales de normas.

Estos distintos actos jurídicos creadores fueron concebidos como formando parte de una estructura jerárquica, en la cual cada uno de ellos aparece, a un mismo tiempo, revestido de la condición de acto creador de normas y de la condición de acto ejecutor de normas: son actos creadores de los preceptos de grado inmediatamente inferior y son actos en que se ejecutan las normas superiores que regulan dicha creación.

Ahora bien, la teoría contemporánea tiende a identificar el conjunto de esa actividad graduada y jerarquizada, a través de la cuales realiza el proceso incesante de la producción del derecho positivo, con la esencia jurídica de la entidad que denominamos estado.

Es en Kelsen donde esa identificación alcanza sus últimas consecuencias. Lo que tradicionalmente se ha denominado estado, no es para este autor más que la personificación metafórica del centro común e ideal de «imputación» de los actos creadores del derecho. La creación del derecho, aunque proveniente de actos empíricos que se dan con diferencia de tiempo y de lugar, es un proceso unitario, derivándose dicha unidad del engarce de todo y cada uno de los actos creadores en una jerarquía escalonada de estructuras normativas que descansan sobre una base común: la constitución, como norma fundamental del ordenamiento jurídico total. Para la Escuela Vienesá, y para su creador en particular, estado y derecho son una misma cosa, o mejor, el estado es el derecho visto desde su dimensión dinámica. «El estado es el derecho como actividad normante; el derecho es el estado como situación normada» (58). La teoría de la creación o elaboración del derecho positivo, o dinámica jurídica, llega así a identificarse con la teoría general del estado, pues, «efectivamente, todos los problemas de la teoría general del estado, son problemas en torno a la validez o vigencia y a la producción del orden jurídico; y, por lo tanto, problemas jurídicos» (59).

La identificación absoluta del derecho con el estado, hasta el punto de afirmar que toda la realidad estatal se confunde con la realidad jurídica, es evidentemente un error. Es en este punto donde la tesis kelseniana ha recibido los mayores embates. Con todo, casi no se discute hoy que desde el ángulo de la teoría jurídica, el estado se manifiesta e interesa sólo en cuanto en él se concentra o centraliza el proceso de la creación o elaboración del derecho positivo. El estado es fundamentalmente un poder o una organización de poder, y puede serlo en los más variados sentidos: sociológicos, religiosos, etc.; pero para la ciencia del derecho interesa sólo en cuanto es un poder jurídico, es decir, creador de normas jurídicas.

Esta idea encuéntrase luminosamente expuesta en el siguiente acápite perteneciente al constitucionalista español García Pelayo:

«El estado sólo tiene existencia en cuanto es actual, y esta actualidad la alcanza únicamente en cuanto actúa, es decir, en cuanto que de modo permanente e ininterrumpido realiza una serie de actos. En el momento en que tales actos dejan de tener lugar cesa de ser una realidad presente para convertirse

(58) Recassens Siches, Luis.—«Estudio Preliminar al Compendio de Teoría General del Estado» de Kelsen, pág. 79.

(59) Kelsen, Hans.—«Compendio de la Teoría del Estado», pág. 130.

en un pasado histórico. La unidad del estado no es, pues, una unidad estática, sino una unidad que existe en cuanto constantemente deviene: su ser, por consiguiente, no consiste en la permanencia parménica, sino en el devenir heraclitiano; sus constantes, su «status», no son más que momentos de un renovarse permanente.

«Estas actividades en virtud de las cuales el estado no sólo manifiesta su existencia, sino que cobra existencia, son las funciones del estado. Tales funciones pueden ser de muy diversa índole en cuanto al contenido, y capaces de diferentes particiones según los diversos puntos de vista que se adopten para su clasificación (p. ej., económicas, militares, culturales, etc.). Pero en cualquier caso cabe distinguir entre aquellas que son comunes al estado por y en virtud del poder que le es peculiar, es decir, las llamadas funciones soberanas o ejercidas en virtud de su soberanía. Dentro de la muchedumbre de actos empíricos en que se despliega tal poder, es posible establecer unos tipos diferenciados a los que de modo más preciso se designa como funciones fundamentales del estado. Tales funciones son la legislativa, la judicial y la ejecutiva, dividida a su vez en gubernamental y administrativa, clasificación que, si bien con esta precisión carece de valor universal, es, desde luego, adecuada al estado moderno, aunque no acoja en su seno todas las posibles funciones con expresión jurídico-políticas» (60).

24. El estado y la noción jurídica de poder.—El estado es uno de aquellos conceptos límites entre diversas esferas del mundo de lo cultural, lo cual crea posibilidades para considerarlo desde distintos puntos de vista científicos: sociológico, jurídico, político, etc. Sólo Kelsen se mantiene en el criterio de que el estado es una realidad exclusivamente jurídica y que, por tanto, no es susceptible de ser conocido ni estudiado por otra vía que la jurídica.

Ahora bien, cualquiera que sea el punto de vista desde el que se intente perfilar el concepto de estado, siempre será necesario contar con una idea básica que integra la estructura esencial de lo estatal: la idea de poder. El estado representa la idea de poder.

Ese poder que constituye la esencia de lo que denominamos estado, se hace actual y existencial, desde el punto de vista de lo jurídico, en cuanto realiza actos de creación o ejecución de normas jurídicas. El estado existe en cuanto es actual, es actual en cuanto actúa y actúa en cuanto realiza los actos mediante los cuales se crea y realiza el derecho. Este es el pensamiento jurídico contemporáneo sobre el estado, tan claramente expuesto en las palabras precitadas de García Pelayo. También en Sánchez Agesta encuéntrase desarrollado este pensamiento. En un párrafo que titula «El poder como acto jurídico reflexivo», escribe: «La consecuencia que de ello se deduce es que el poder ha de expresarse en derecho; que el mandato adquiere por su propia fuerza una forma jurídica. Como advertíamos, la teoría del poder como impulso se interfiere en la teoría del orden. Es a través de preceptos jurídicos como el poder se ejerce y en ellos mismos va comprendida la sanción con que el estado los salvaguarda y la autorización de los órganos competentes para aplicarlo o realizarlo. La teoría del poder desemboca así en la teoría de las formas de definición o realización jurídica» (61).

Nosotros, siguiendo para ello la línea del pensamiento de Kelsen, hemos pretendido, a la inversa, desembocar en la teoría del poder desde la teoría de las formas de definición o realización jurídica. Esto se debe al distinto ángulo desde el que se ha enfocado el tema. El nuestro, como el de Kelsen, es el de la pura teoría jurídica, en tanto que el del tratadista español está ubicado en un plano más especializado de Derecho Político, título de la obra que le conocemos y que hemos utilizado en este trabajo. Siempre el estado, mirado desde el ángulo de lo político, aparece como creador del derecho; en tanto que mirado desde lo jurídico, surge como el producto del derecho. De ahí el sentido de fra-

(60) García Pelayo, Manuel.—Ob. cit., pág. 191.

(61) Sánchez Agesta, Luis.—Ob. cit., pág. 517.

ses como ésta: «entendida como orden ordenador, es estado; como orden ordenado, es derecho» (62).

25. Imputación al estado de los actos jurídicos de poder.—Algunos de los actos jurídicos creadores de normas de derecho se imputan al estado, y el estado mismo no existe sino a través de esos actos de creación jurídica. Kelsen estima que en un concepto amplísimo de estado, éste aparece como el sujeto de imputación de todos los actos creadores de normas, incluso del contrato y de la declaración unilateral de voluntad. Es dentro de esta dimensión conceptual del estado que el individuo que contrata es considerado como un órgano estatal. No obstante, la teoría distingue y opone la actividad creadora de derecho del estado, de la que realizan los individuos a través del contrato y otras vías generadoras de preceptos individualizados.

El estado crea derecho como sujeto de los actos legislativos, judicial y administrativo, conforme a la terminología empleada en números anteriores en tanto que el individuo, en su calidad de simple súbdito o ciudadano, lo hace por la vía del negocio jurídico, particularmente del contrato.

En una curiosa y significativa coincidencia de criterios, tanto Hauriou como Kelsen, estiman que desde un punto de vista estrictamente teórico, la imputación de algunos actos creadores de derecho al estado, o a otras formas o instancias supraindividuales, no pertenece a la esencia de lo jurídico, sino que es un fenómeno de carácter más bien empírico o histórico.

26. a) Criterio de Hauriou.—Hauriou no sólo imagina sino que afirma como históricamente realizado, un ordenamiento jurídico fundado enteramente en el individuo, el cual, en ciertas épocas remotas, se habría encontrado frente a sus semejantes «en situación que podríamos calificar de internacional, siendo soberanamente autónomos», o sea, sin que existiera forma alguna de poder supraindividual que declara o ejecutara el derecho, e imperando como principio básico de ordenación jurídica el de que cada cual se hace justicia a sí mismo. Es la «era de la libertad primitiva», primer paso de la humanidad en «la larga historia del esfuerzo humano hacia la libertad» (63).

Dice al respecto:

«Es de suponer que los hombres primitivos no vivieran en el interior de una institución social de carácter político (prescindiendo de la familia, cuestión que merece reservarse, o, si se quiere, nos referiremos sólo al jefe de familia)» se encontraron unos frente a otros en situación que podríamos calificar de internacional, siendo soberanamente autónomos. Sin embargo, formaban parte de una sociedad humana de naturaleza internacional; se encontraban en pie de guerra o de paz con otros hombres con quienes coexistían y con los cuales permutaban servicios o productos. Esta sociedad internacional tenía sus hábitos, como podría tenerlos la vasta sociedad animal que vive en los bosques. Tal costumbre internacional primitiva ha sido el modelo en que se ha inspirado el carácter jurídico de la primitiva libertad humana. Esta es, pues, de origen internacional, y en tal sentido puede decirse que es natural y anterior a las instituciones políticas, porque éstas se han constituido interiorizando relaciones que eran primitivamente internacionales, por lo mismo que han interiorizado a muchas familias, originariamente independiente unas de otras.

«La verdad de esta inducción aparece confirmada por la historia de los derechos primitivos. El fundamento del primitivo estado de derecho es que cada cual se hace justicia a sí mismo. El poder público no interviene (en los litigios entre individuos) por la sencilla razón de que aún no existe, o, de existir, no lo es bastante fuerte, o porque el estado no ha interiorizado aún las relaciones humanas. Cuando intervenga, lo hará tímida, prudente y lentamente, primero en calidad de testigo oficial de los procedimientos; sólo más adelante asumirá

(62) Recassens Siches, Luis.—«Estudio Preliminar al Compendio de la Teoría General del Estado» de Kelsen, pág. 79.

(63) Hauriou, Maurice.—Ob. cit., pág. 19. El autor advierte que los datos históricos en que funda su «era de la libertad primitiva», los ha tomado de las obras de Augusto Comte de Bagehot y Durkheim.

el papel de determinar el derecho procesal o de dictar los fallos. En este momento de transición es cuando sorprendemos el antiquísimo Derecho Romano o los Derechos bárbaros.

«Este estado de derecho primitivo es casi enteramente subjetivo; reposa sobre la justicia privada y sobre la autonomía de la voluntad, que consagra así jurídicamente la organización social.

«Cuando se constituyen las instituciones sociales que centralizan la resolución de los conflictos entre los miembros autónomos de un grupo, se elabora una nueva fórmula de estado de derecho, la del derecho objetivo y la justicia pública, fórmula que se enuncia así: nadie tiene el derecho de hacerse a sí mismo la justicia, porque la justicia se administra a todos por la institución social.

«Entonces es cuando sobreviene el conflicto entre la institución social y la libertad, porque habrá de determinarse si la institución social ha acaparado el monopolio del derecho o si las voluntades subjetivas han conservado el poder de crearlo» (64).

Hauriou señala cómo el estado, institución político-social por excelencia, va paulatinamente reservándose las vías de creación del derecho que una vez pertenecieran al individuo soberanamente autónomo. Es la carrera desde la autonomía hasta la heteronomía. En el hecho, ella puede ser ilimitada: puede no detenerse sino en la completa extinción de la autonomía. Para Hauriou tal situación significa el advenimiento de la opresión y de la tiranía, en las que todo vestigio de libertad desaparece «porque la libertad no es nada sino es creadora de derecho». El derecho a obligar y a obligarse por medio del contrato o la declaración unilateral de voluntad es el curso que se ha dejado libre al individuo para que, como tal, y por ser libre, continúe creando derecho. «A veces, cuando este libre curso se corta o se reprime, los individuos se acuerdan de su antiguo derecho de hacerse a sí mismos la justicia, y lo llevan hasta el límite. Entonces adviene la revolución y el derrumbamiento de las instituciones opresoras. Tal es el derecho revolucionario, que constituye una especie de derecho subjetivo si la insurrección es legítima» (65).

27. b) Criterio de Kelsen.—Kelsen, por su parte, explica que la llamada «venganza de la sangre» es la forma primitiva de realizarse la sanción o acto coactivo. «La realización del acto coactivo, de la pena o de la ejecución, originariamente fué confiada por el orden jurídico a aquél cuyos intereses eran lesionados, los cuales obtuvieron precisamente de este modo una protección jurídica... Sólo más tarde, al sobrevenir una evolución ulterior, entonces la ejecución de esos actos coactivos se substraen al lesionado y se le convierte en función especial de hombres determinadamente calificados, los cuales son llamados órganos del estado (sensu stricto)» (66). Por razones que este autor hace coincidir con el paulatino aumento de la división del trabajo, no sólo la función coactiva es asumida por órganos especializados, sino también las funciones judicial, administrativa y legislativa, todas las cuales van adquiriendo más y más desarrollo a medida que la humanidad avanza hacia formas cada vez más perfeccionadas de convivencia política y jurídica. El profesor Sánchez Agesta siente antipatía por la expresión «división del trabajo», muy encajada en la racionalidad eficiente de nuestro tiempo, según sus propias palabras. Pero se adelanta a reconocer su justeza para expresar el significado histórico y doctrinario de la llamada división de funciones del estado (67).

El hecho es que en el estado actual de la evolución jurídica, de los cuatro actos jurídicos fundamentales con los que se elaboran las estructuras que integran la jerarquía escalonada de la creación del derecho: a saber, legislativo, judicial, administrativo y negocio jurídico, los tres primeros son actos propiamente estatales; en su realización cobra el estado existencia actual y concreta. El último, el negocio jurídico, es la única forma de creación del derecho que el transcurso del devenir jurídico ha reservado a la voluntad autónoma del individuo como tal.

(64) Hauriou, Maurice.—«Ob. cit., págs. 23, 24 y 25.

(65) Hauriou, Maurice.—«Ob. cit., pág. 5.

(66) Kelsen, Hans.—«Compendio de la Teoría del Estado», pág. 17.

(67) Sánchez Agesta, Luis.—«Ob. cit., pág. 57.

28. **Acto del estado —función del estado— poder del estado.**—El acto estatal es siempre un acto de poder, y es un acto de poder porque es siempre un acto creador de derecho. Jurídicamente tiene poder quien es capaz de regular obligatoriamente una conducta, es decir, quien es capaz de crear una norma, general o individualizada, que obligue en derecho al destinatario.

Todo acto de poder es el imperativo de una conducta (del que manda) que pretende imponerse a otra conducta (a la del que obedece). Ese imperativo para alcanzar eficaz realización, necesita transformarse en una norma, en una «ordenatio». Todo el problema de la relación entre el derecho y el estado gira en torno a la relación dialéctica existente entre el derecho, en cuanto decisión imperativa de una voluntad que actúa como poder, y esa misma decisión mirada como la ordenación normativa dirigida a la conducta humana. «Por tal razón, el problema del estado y del derecho sólo puede ser comprendido si se considera al deber ser jurídico, a la vez, como un querer humano, como la objetivización de un acto de decisión, lo cual, sin embargo, en cuanto acto creador de derecho ha de contener ya una exigencia o una norma. Los términos exigencia, disposición, mandato, imperativo, designan una motivación dotada de sentido y dirigida a la conducta humana. El mandato puede, mentalmente, separarse de quien lo dicta, y objetivárselo, por ejemplo, de palabra, por escrito o por imagen. Pero la emancipación, corriente en la técnica jurídica, de la norma con respecto al acto de normación no puede llevarse al extremo de aislar, de un lado, a un acto de voluntad realizado en un espacio y en un tiempo, engendrado casualmente y que causalmente obra, aunque sin sentido, y, de otro lado, una norma jurídica que trasciende de toda causalidad y de todo tiempo y espacio. Por el contrario, el acto de voluntad que dá positividad al derecho, debe considerarse como una unidad dialéctica de querer y deber ser: lo que visto desde el que manda aparece como mandato o disposición, se presenta al destinatario como norma; lo que respecto al acto de voluntad aparece como imperativo, con respecto al contenido significativo aparece como norma» (68).

Cualquier intento de aprehender la esencia del derecho positivo, no puede perder de vista el hecho cierto de que toda norma positiva es tanto un mandato imperativo de una voluntad de poder, **una orden**, como una norma, un deber ser, **un orden**.

Lo anterior que se considera como una de las conclusiones de avanzada de lo que bien podría denominarse «ontología jurídica» informa, no obstante, todo el desarrollo medular del pensamiento escolástico, particularmente en la línea de los teólogos españoles de la Contra-Reforma.

Sánchez Agesta pone de relieve, con acierto, el profundo significado que tiene el hecho de que Suárez haya reemplazado en la definición tomista de ley, la expresión «ordenatio» por el término «preceptum». En este juego de conceptos, lleno de sentido, se manifiesta la aguda comprensión escolástica de esa doble dimensión de lo jurídico-positivo: «mandato-norma»; «ordenatio-preceptum», que los teóricos contemporáneos sólo ahora perciben. Con la expresión «ordenatio», evidentemente se acentúa el carácter de norma, de deber ser, en tanto que el término «preceptum», usado por Suárez, recalca la condición de imperativo existencial de una voluntad dotada de poder.

Ha hecho notar Heller que el pensamiento jurídico contemporáneo está dominado y presidido por esa oposición entre querer y deber ser, entre voluntad y norma, entre «ordenatio» y «preceptum». Schmitt y Kelsen representarían, con sus respectivas concepciones, las posiciones extremas en la teoría actual sobre el derecho. Sería una ligereza pretender aquí señalar el distinto criterio de Santo Tomás y Suárez como raíz histórica de las actuales diferencias doctrinarias. La circunstancia de que uno y otro acentúe en la definición de la ley ya el carácter de «ordenatio», ya el de «preceptum», no significa en ninguno de los dos filósofos una visión parcial, ni una aprehensión unilateral de la esencia del derecho.

Por lo que respecta a Suárez, escribe Sánchez Agesta: «Aún cuando Suárez acentuó el carácter imperativo de la ley como forma radical del mandato jurídico sustituyendo la «ordenatio» tomista por el «preceptum» en la definición de ley,

la doctrina de Santo Tomás animó una teoría que por su coherencia, la reiteración con que se manifiesta y haber impreso su carácter en la estructura del Estado español de la Edad Moderna, puede decirse que está vinculado al patrimonio de nuestra Historia. Esta reflexión y ponderación con que el acto de imperio debe rodearse, se construye en toda una escuela, que tiene a Rivadeneyra por maestro, como teoría de la prudencia; y a esta prudencia política se refiere la función del Consejo, que aporta su sabiduría y su técnica al precepto real.

«Precisamente porque la orden se transforma en el orden, porque el precepto se convierte en la norma jurídica estable, no puede ser puro acto de voluntad, sino ordenación de la razón. Mandar no es querer, sino resolver o decidir; esto es, conocer los elementos de un problema, los intereses que en él se interfieren y hallar una solución que satisfaga las necesidades que apremiaron el acto de poder. El conocimiento significa competencia en los más variados aspectos (profesional, jurídica, política, económica, etc.); la decisión, responsabilidad; el apremio, la incitación del poder, interés en que se resuelva. Aún sin apurar todos los aspectos que concurren en el ejercicio del mando, éste nos muestra su complejidad, que por su propia esencia les sustrae a la voluntad de un solo hombre y exige en cada mandato un largo proceso de asesoramiento y formación de preceptos. Más que de estos actos de poder debe en realidad hablarse de un complejo proceso de mando, cuyo estudio es necesario también realizar» (69).

Sin embargo, del acto de poder en sí mismo, no nos interesa aquí su despliegue político, sino exclusivamente su dimensión jurídica. El acto de poder estatal, desde el punto de vista jurídico, determina lo que la doctrina, tradicionalmente, ha denominado funciones del estado y que no son otra cosa que funciones creadoras de derecho. El propio Sánchez Agesta distingue cuidadosamente entre «la teoría del proceso de mando o de formación del acto de poder y la de las formas jurídicas que se manifiesta como la teoría de las funciones del estado. En cuanto ambas analizan los diversos momentos y formas de poder, que por su propia naturaleza tienden a residenciarse en órganos diversos, son el antecedente necesario de las más sutiles cuestiones de la organización constitucional» (70).

La función estatal es la realización por el estado de determinadas especies de actos jurídicos creadores de derecho. Veámos en el número anterior que el estado moderno se ha constituido en sujeto de tres de las cuatro especies fundamentales de actos jurídicos; a saber: del acto legislativo, del judicial y del administrativo, reservando a la postestad individual el acto contractual o negocio jurídico. De este modo, las llamadas funciones estatales han sido consideradas por la doctrina como una tricotomía compuesta de la función legislativa, la función judicial y la función ejecutiva.

Con respecto a esta materia, es de sumo interés el pensamiento de Kelsen, quien afirma que, en estricta teoría, las funciones estatales pueden ser reducidas a dos, en lugar de las tres clásicamente reconocidas por los tratadistas. Escribe: «La usual tricotomía se basa en realidad en una dicotomía. La función legislativa suele oponerse a un mismo tiempo a la función ejecutiva y judicial, que de manera obvia, tienen entre sí una relación mucho mayor que la que guardan con la primera. La legislación (legislacio del derecho romano) es la creación de leyes (leges). Si hablamos de ejecución tenemos que preguntarnos qué es lo que se ejecuta. La respuesta no puede ser otra que lo que se ejecuta son las normas generales, es decir, la constitución y las leyes creadas por el poder legislativo. Sin embargo, la ejecución de leyes es también función del llamado poder judicial. Este último no se distingue del denominado poder ejecutivo en el hecho de que solamente los órganos del segundo ejecuten normas. En tal respecto, la función de ambos es la misma. Las normas jurídicas generales son ejecutadas tanto por el poder ejecutivo como por el poder judicial; la diferencia estriba solamente en que, en un caso, la ejecución de las normas generales es confiada a los tribunales, y en el otro caso, a los llamados órganos ejecutivos o adminis-

(69) Sánchez Agesta, Luis.—«Ob. cit., pág. 517.

(70) Sánchez Agesta, Luis.—«Ob. cit., pág. 519.

trativos. La tricotomía usual es pues, en el fondo, una dicotomía, es decir la distinción fundamental entre *legis lacio* y *legis execucio*. La última es subdividida en las funciones judicial y ejecutiva en sentido estricto» (71).

Tal como se ha dicho antes, la realización de las funciones estatales, que son funciones creadoras de derecho, es lo que permite afirmar que el estado es un poder existente, actual y concreto. Las funciones estatales son los poderes estatales y de ahí el fundamento teórico jurídico de la tradicional trinidad de potestades que se reúnen dentro del estado: poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial.

Frente al poder constituyente, los poderes estatales representan lo que la doctrina denomina poderes constituidos.

29. Conclusión: los poderes del estado están sometidos al derecho.—

De todo lo dicho en este capítulo y en el anterior, en orden a que todo acto de creación jurídica está, por esencia, sometido al derecho, y que los llamados poderes del estado se confunden con determinadas funciones creadoras de derecho, debe concluirse que los poderes estatales están, por su propia naturaleza, vinculados a la regulación dinámica de las normas jurídicas.

Los poderes del estado están, por esencia, sometidos al derecho, lo cual puede expresarse, sintéticamente, del siguiente modo: a) El poder legislativo está sometido a la constitución, cuya función dinámica esencial consiste, precisamente, en regular el acto legislativo; b) Los poderes ejecutivo y judicial están sometidos directamente a la ley e indirectamente a la constitución, pues es función dinámica propia de la ley regular los actos de creación de preceptos individualizados, en cuya realización «no sólo manifiestan su existencia, sino que cobran existencia», los poderes ejecutivos y judicial.

30. Un poder sometido al derecho es un poder limitado por el derecho.—

Si los poderes estatales, según se ha visto, son poderes esencialmente sometidos al derecho, han de ser considerados, por eso mismo, como poderes limitados por el derecho.

Las limitaciones de un poder en la elaboración de la norma jurídica están determinadas por las condiciones que otra norma jurídica impone para que el acto de elaboración o creación alcance validez, o sea, para que pueda servir de fundamento a un precepto jurídicamente válido.

Las limitaciones de un poder son las mismas regulaciones jurídicas a que está sometido en su actividad, vistas desde el lado opuesto: tanto más limitado será un poder, cuanto más sometido esté en su actividad a la regulación del derecho.

(71) Kelsen, Hans.—«Teoría General del Derecho y del Estado», pág. 68.

CAPITULO CUARTO

SENTIDO ESPECIFICO DE LA REGULACION DE LOS ACTOS DE PODER POR EL DERECHO

31. El sentido de la regulación y limitación del acto de poder por el derecho, no es idéntico al de la regulación del acto de conducta del súbdito.—El derecho regula los actos de los poderes estatales y es en virtud de esa regulación que puede hablarse de limitación de dichos poderes por el derecho.

Veámos en un capítulo anterior que la moderna teoría jurídica reconoce en la ley dos funciones primordiales: regular la conducta de los súbditos o ciudadanos del estado en que la ley se encuentra vigente, y regular los actos de los llamados poderes ejecutivo y judicial y los actos jurídicos de derecho privado. No se divisa la razón por la cual este criterio no pueda hacerse extensivo a todas las manifestaciones de lo jurídico-normativo, aún reconociéndose que es en el caso de la ley donde se da con mayor evidencia. La verdad es que todas las formas normativas del derecho: constitución, ley, sentencia, contrato, etc., son portadoras de este doble carácter funcional. Una sentencia penal, por ejemplo, junto con imponer al condenado la obligación de un determinado comportamiento por vía de sanción (pago de una multa, permanencia en presidio, etc.), determina también, a veces implícita, pero siempre precisamente, la conducta de los funcionarios encargados de aplicarla y hacerla cumplir. «La norma jurídica —ha hecho ver Kelsen— se refiere a la conducta de dos entidades: el ciudadano, contra cuyo entuerto la medida coercitiva de la sanción está dirigida; y el órgano que va a aplicar la medida coercitiva al entuerto» (72).

En este capítulo nos interesa destacar que, si bien los actos de conducta de los súbditos o ciudadanos y los actos de conducta de los órganos de poder, son igualmente objeto de regulación por parte del derecho, el sentido específico de tal regulación no es idéntico en ambos casos, sino que, por el contrario, de naturaleza distinta.

En efecto, no es difícil advertir que cuando el derecho se orienta a regular la conducta de los ciudadanos o súbditos en cuanto tales, adopta la forma de preceptos o normas imperativas, mediante las cuales se impone o exige coercitivamente un determinado comportamiento, sea en orden a la acción o a la omisión. Para el caso de que el comportamiento exigido no se realice, o sea, para el caso que la norma sea infringida, ésta contempla una sanción precisa mediante la cual se pretende obtener, directa o indirectamente, la ejecución de la conducta deseada. De ahí que la estructura de la norma, en cuanto imperativo dirigido al súbdito, viene a ser, más o menos, esta: frente a determinada circunstancia, el súbdito deberá seguir tal comportamiento; para el caso que no lo siga, deberá imponérsele tal sanción.

La conducta del súbdito aparece en esta dimensión de su vinculación con el derecho, como el objeto pasivo de los imperativos que el soberano le dirige valiéndose de la norma jurídica.

Otro es el sentido de la regulación de los actos jurídicos por el derecho, y, por tanto, otro el sentido en que el poder está sometido a la norma. Se percibe mejor la diferencia si se advierte que la regla jurídica no persigue fijar aquí y exigir imperativamente una determinada conducta, sino que precisar las condiciones o requisitos en virtud de los cuales cierto acto de conducta habrá de ser considerado como acto jurídico dotado de calidad de fuente de preceptos válidos.

(72) Kelsen, Hans.—«La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica» de 1 : colección «El Derecho Natural y otros Ensayos», pág. 224.

SEÑOR DECANO:

Informo a Ud. la Memoria de Prueba presentada, para optar al título de Licenciado en nuestra Facultad, por los señores Ricardo Rivadeneira y Hernán Fuentes, titulada «Las Limitaciones del Poder Constituyente en la elaboración de la norma constitucional».

Uno de los temas más apasionantes dentro del Derecho Constitucional y que ha acaparado la atención de los más célebres tratadistas contemporáneos es, precisamente, el que los señores Rivadeneira y Fuentes se propusieron desarrollar en la Memoria en informe. Y ello, tanto por el interés doctrinario puramente jurídico, que la cuestión encierra, cuanto por la trascendencia práctica, política, que pueda desprenderse de la posición o de la tesis que se acepte. Debe sí, tenerse presente que si bien, como se ha dicho, este tema ha llamado la atención de destacados juristas de nuestro siglo, no ha sido abordado frecuentemente, y por ello el intento de los autores de esta Memoria, revista un especial interés.

Han partido los señores Rivadeneira y Fuentes de la premisa de que el poder constituyente es un poder normativamente regulado por preceptos jurídicos y que, por su naturaleza, tales preceptos pertenecen a la esfera, no del derecho positivo, sino del derecho natural.

Dentro de este marco doctrinario básico, la Memoria se desarrolla en tres partes. La primera, dedicada a plantear el problema comprende, en síntesis, la cuestión relativa a la forma cómo los preceptos jurídicos de orden positivo, y fundamentalmente, los constitucionales, alcanzan o adquieren validez mediante los actos de poder, la cuestión referente a si puede aplicarse a las normas constitucionales el mismo criterio que permite a la ciencia jurídica determinar la diferencia entre un acto de poder y un hecho de fuerza y la cuestión relativa a la solución o falta de solución que aporta la concepción del «Estado de Derecho» frente a la carencia de regulación jurídico-positiva en la labor de Poder Constituyente. La segunda parte, de contenido histórico doctrinario, comprende una relación del problema de las conexiones entre el poder y el derecho, a través de las principales teorías de tratadistas contemporáneos que han enfocado el problema. Finalmente, en su última parte, la Memoria en informe, introduciéndose en el fondo del asunto planteado, concluye demostrando cómo el problema jurídico de las limitaciones del poder constituyente, que suponen la validez o nulidad ética de los preceptos constitucionales, debe enfocarse a través del reconocimiento definitivo de la vigencia plena de las normas de derecho natural.

El profesor que suscribe, si bien difiere, respecto de algunos aspectos, con aseveraciones o conclusiones previas contenidas en la Memoria, especialmente en la crítica relativa a la inoperancia del Estado de Derecho para brindar solución adecuada al problema de la labor del Poder Constituyente, no puede dejar de hacer presente su total identificación con las conclusiones finales a que llegan en su obra los señores Rivadeneira y Fuentes, y cree que el capítulo final de la Tercera Parte de la Memoria, en que luego de analizar las tesis de Carré de Malberg, Kelsen y Schmitt, frente al problema planteado, ofrecen las bases para una solución desde el punto de vista de la doctrina del derecho natural, constituye un aporte serio, y hasta diría definitivo, en esta materia de las limitaciones del poder constituyente.

Obviamente, en una y en otra situación, la conducta es objeto de regulación por parte del derecho, pero mientras en el primer caso esta regulación se realiza por medio de imperativos dirigidos a los súbditos, imperativos que, según vimos, en caso de transgredirse provocan la sanción correspondiente, en el segundo, tiene lugar mediante medidas o reglas que fijan o determinan los requisitos o condiciones de validez de los actos jurídicos de poder. Y si estas reglas o medidas, reguladoras del acto jurídico, no se guardan o se transgreden, la consecuencia no es el advenimiento de lo que, en estricto sentido, se denomina sanción (pena o ejecución forzada), sino de algo de sentido y naturaleza diferentes, cual es la nulidad del acto, es decir, su invalidez como acto jurídico creador de preceptos obligatorios, sean generales o individualizados.

Exposiciones superficiales, a nuestro juicio, suelen englobar la nulidad de los actos jurídicos dentro de las formas de sanción reconocidas por la teoría. No obstante, es evidente que entre la nulidad y la sanción existen diferencias esenciales que impiden toda reducción de los conceptos. Es claro, por lo demás, que mientras la sanción es una institución típica de la dimensión del derecho en cuanto estática, el concepto de nulidad sólo cobra sentido en una comprensión dinámica del mismo.

Acerca de esta diferenciación entre el derecho que regla los actos de los súbditos o ciudadanos y el derecho que regula los actos jurídicos de poder, creadores de normas, se habían adelantado algunos conceptos en el capítulo segundo, utilizando una cita del procesalista alemán Goldschmidt, sobre la doble naturaleza, estática y dinámica, de la norma jurídica. Transcribiremos a continuación otro párrafo del mismo autor, que contribuirá notablemente a iluminar la materia que estamos considerando.

«Las normas jurídicas no sólo son imperativos dirigidos a los ciudadanos, sino, también, medidas según las cuales el juez juzga la conducta¹ y estado de los mismos. Es evidente también que los que han de someterse a la ley pueden juzgar, según ella, sus acciones y relaciones. Pero en este caso anticipan la tarea judicial. Es evidente, además, que también tiene, para el juez, la norma, como acabamos de ver, el carácter de imperativo. Pero en este caso el juez se concibe como órgano del estado, como si se tratara de una autoridad administrativa, sin perjuicio de que el juez se someta exclusivamente al derecho. Al contrario, si el derecho se comprende como medida para el juicio del juez, éste se imagina no como súbdito, sino como soberano del derecho, instrumento mediante el cual el juez juzga del mismo modo que, valga la metáfora, el albañil se sirve de la plomada para enderezar el muro. La particularidad de la relación del juez con el derecho consiste en que el juez aplica la ley no sólo para obedecerla, sino con carácter profesional» (73).

En la cita anterior se refiere Goldschmidt a la vinculación del juez, en cuanto tal, al derecho, haciendo notar que ésta no es la misma que la que existe entre el simple ciudadano, y aún entre el juez no como tal, sino en su calidad de funcionario del estado, con el mismo derecho. Aunque esta observación dice relación explícitamente a la situación del juez respecto del ordenamiento jurídico, no hay duda de que ella es válida para cualquier otro órgano de creación jurídica. El ciudadano que celebra un contrato está obligado a respetar los preceptos reguladores de la forma y del fondo del acto que lleva a cabo. En caso de que no se ajuste a las prescripciones contenidas en tales preceptos, el contrato celebrado será nulo ante el derecho. Distinta es la situación de un ciudadano que infringe un precepto que regula su conducta, no en cuanto órgano de creación jurídica, sino como súbdito: su infracción le acarrea la aplicación de una determinada sanción, que habrá de consistir, o en la ejecución forzada de la conducta exigida o bien en el cumplimiento de una pena.

32. Aplicación de la idea anterior en el derecho procesal.—No obstante que, como queda dicho, la idea anteriormente expuesta recibe una aplicación general en el derecho, pues, a este respecto, es idéntica la situación de

(73) Goldschmidt, James.—Ob. cit., pág. 47.

todos los órganos creadores de normas jurídicas, sean éstas generales o individualizadas, es, evidentemente, en el derecho procesal, esto es, en la esfera de la relación del juez con el derecho, donde se manifiesta en todo su vigor. Analicemos, por ejemplo, la expresión «infracción a la ley», cuando ella es atribuida al juez. Este puede infringir la ley en cuanto simple ciudadano. Como juez puede infringir todas aquellas disposiciones que regulan su conducta ministerial (arts. 232 y siguientes del Código Penal chileno, que establecen y penan la prevaricación). Puede también el juez infringir la ley en su calidad de tal, cuando la aplica a los casos concretos sometidos a su conocimiento, o bien, empleando otros términos, cuando crea la norma individualizada (resolución judicial) mediante la realización del acto jurisdiccional correspondiente (acto judicial). No hay duda que es a este último tipo de infracción de ley al que hace referencia el art. 767 del Código de Procedimiento Civil chileno, que establece el recurso de casación en el fondo.

Cuando el juez infringe la ley en cualesquiera de las dos primeras situaciones indicadas, la consecuencia de su infracción es la sanción que la misma ley transgredida determina. En cambio, la infracción de ley a que se refiere el recurso de casación en el fondo de nuestra legislación, no da lugar, como es claro, a ninguna sanción. Solamente en el caso de que ella sea debidamente comprobada, determinará alguna forma de nulidad del acto judicial, o sea, la invalidez jurídica de la sentencia judicial en que incide la infracción.

Estas mismas ideas las expresa Goldschmidt en los siguientes términos: «El juez se vincula por el derecho porque es juez, es decir, porque la aplicación del derecho es su oficio. Pero cuando el fallo contiene una violación o interpretación errónea de la ley, no hay —siempre según la consideración del derecho a que nos referimos— infracción de cualquier deber, sino ignorancia o interpretación errónea del derecho, el error del artesano en el manejo de su instrumento, una falta de inteligencia, no de voluntad. Esto es lo que quiere decir el art. 1691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al admitir el recurso de casación por «Infracción de Ley» o «quebrantamiento de la forma»; y tampoco la parte ha de partir de otro enfoque al interponer su recurso. El modo de ver cambia enseñada si se imputa al juez prevaricación. . . . En este caso se hace valer la base pública del proceso, y, como consecuencia, el juez vuelve a aparecer como funcionario público que se somete a los imperativos legales» (74).

33. Sentido en que el derecho natural regula y limita los actos de poder, y, particularmente, los actos del poder constituyente.—Hemos hecho hincapié en la condición de regla o medida que reviste el derecho cuando su objeto es la ordenación de los actos de poder, en razón de que éste es también el modo o la forma peculiar que tiene el derecho natural de realizarse, particularmente en su conexión y supraordenación respecto del derecho positivo. Esta vinculación del derecho positivo con el derecho natural interesa en cuanto ella se efectúa a través de los actos creadores de preceptos positivos, pues, como tendremos ocasión de ver más adelante, el acto de poder no solamente está sujeto al precepto positivo de grado superior, sino también a la dirección u orientación que el derecho natural impone mediante normas que obran como reglas o medidas de su validez jurídica. Pero de un modo muy especial interesa esta vinculación del acto de poder con el derecho natural en el caso del acto constituyente, ya que, como también se verá, este tipo de actividad de creación de preceptos positivos no admite otra vinculación jurídica que la que determina el derecho natural.

Esta regulación por el derecho natural de todos los actos de poder, y, de un modo destacadísimo, de los actos del poder constituyente, es desconocida por la corriente positivista de la teoría jurídica, aduciendo como uno de sus argumentos de mayor peso, la circunstancia de que el derecho natural no está jamás en condiciones de sancionar los actos verificados con infracción de sus mandatos, sanción que siempre puede aplicar el derecho positivo sobre sus transgresores. Kelsen, en un ensayo especialmente destinado a impugnar la doctrina del derecho natural, recurre a argumentos basados en esta idea. Es así como habla de

(74) Goldschmidt, James.—Ob. cit., pág. 48.

que el derecho natural es irrealizable debido a la clara imposibilidad que tiene de sancionar sus mandatos, pues no cuenta con medios para imponerse coercitivamente (75).

Todas estas argumentaciones son falacias, pues en ellas se olvida que el modo o forma de regulación a que están sometidos los actos jurídicos de poder, sea por parte del derecho positivo, sea por el derecho natural, no es la imposición imperativa y coercitiva de una conducta dada, sino la determinación de la regla o medida de la validez del acto jurídico como fuente de preceptos obligatorios para la conducta. Este es el modo o la forma en que todos los actos de poder están sometidos al derecho natural, y, en especial, el modo o la forma en que lo está el acto constituyente. Un individuo o un grupo de individuos que puestos en condición de ejercer el poder constituyente no se someten, sino que desprecian las reglas o medidas que el derecho natural señala para su actividad, puede que no reciban sanción jurídica, en el sentido estricto del término, pero el acto que realicen no será un acto de poder, será una mera caricatura de acto jurídico, y, ante el derecho, no tendrá otra calidad que el de un mero hecho de fuerza, sin validez jurídica de ninguna especie, o sea, será un acto nulo y, por tanto, carente de obligatoriedad.

34. Pensamiento de Santo Tomás respecto de esta materia.—Este es, a nuestro juicio, el criterio sustentado por la doctrina del derecho natural. Aún más, pensamos que planteamientos como el de la doble faz, estática y dinámica, de las normas jurídicas, y la acentuación del carácter de regla o medida con que el derecho verifica la regulación de los actos de poder, pese a sus pretensiones de actualidad, estaban implícitos en el pensamiento jusnaturalistas desde un comienzo.

Las ideas expresadas por Goldschmidt y Kelsen en los párrafos que hemos citado, se encuentran expuestas con mucho más justeza y propiedad, en el siguiente texto de Santo Tomás:

«Siendo la ley una regla o medida, puede hallarse en un sujeto de dos maneras: activamente, como un sujeto que regula y mide; y de este modo la ley se encuentra solamente en la razón, de la cual es propio regular y medir; y pasivamente, como en el sujeto regulado y medido. De este último modo la ley se encuentra en todo ser que se mueve hacia un objeto en virtud de un principio normativo cualquiera» (76).

(75) Ver la «Idea de Derecho Natural y otros Ensayos» de Hans Kelsen.

(76) Santo Tomás.—Ob. cit., pág. 18.

CAPITULO QUINTO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO DE LAS LIMITACIONES DEL PODER CONSTITUYENTE

35. Necesidad de referir la validez de una norma de derecho positivo a otra norma superior que regule el acto jurídico de su creación o elaboración.—El derecho positivo es creado o establecido mediante actos de poder. Por otra parte, se sostiene que el derecho regula y limita los actos por los cuales el poder crea las normas jurídico positivas. Esto, escribe Hauriou, «parece un juego de azar, pues el derecho debe imponerse a un poder que lo crea y lo sanciona» (77).

En un sentido primario, el poder está sometido al derecho que él mismo crea, por cuanto al realizar el acto de creación tiene que sujetarse a todos aquellos requisitos en virtud de los cuales la norma que pretende crear va a cobrar existencia jurídica o, lo que es igual, va a valer como derecho obligatorio jurídicamente.

La cuestión se traslada entonces al problema de saber cuáles son los requisitos de existencia de una norma jurídico positiva, o bien, cuándo una norma de esta especie es válida.

Hemos señalado que la existencia o validez de todas las normas de derecho positivo, está ligada, de uno u otro modo, a la realización empírica de un acto humano de creación o elaboración normativa. «El origen de la positividad —ha escrito Heller— se encuentra en la facticidad de una unidad de decisión y de acción» (78). Pero junto con aceptar esta afirmación, hemos desarrollado y hecho nuestra la teoría, sostenida por la inmensa mayoría de los tratadistas contemporáneos, según la cual un mero acto de voluntad, en su sola dimensión de hecho real y empírico, no puede ser jamás, por su propia virtud, fuente de validez jurídica. Radbruch lo expresa así: «El problema de la validez del derecho es el problema de la normatividad de lo fáctico; ¿cómo es posible que surja una norma de un hecho? ¿De qué manera la voluntad jurídica del estado o de la sociedad puede producir un deber ser? Ya sabemos que un querer que se acompaña de la fuerza puede originar un cumplimiento necesario (müssen), pero nunca un deber ser (sollen)» (79).

La validez de un precepto de derecho positivo, si bien está condicionada a la realización empírica de un acto de voluntad dirigido a su creación o establecimiento, no deriva o toma su origen del acto de creación mismo en cuanto a tal, sino de la norma superior que ha otorgado a dicho acto, determinándolo y regulándolo, virtud generadora de preceptos válidos. Tal es la doctrina hoy dominante y que tan brillantemente ha sido expuesta por Kelsen:

«El fundamento de validez de una norma proporciona una respuesta a la pregunta: ¿por qué debe uno comportarse como lo prescribe la norma? En tanto en cuanto la validez de una norma es su modo específico de existencia, la razón de validez de una norma es también la base de su existencia. El fundamento de validez de una norma es siempre otra norma, nunca un hecho. Los hechos que condicionan la existencia de una norma jurídica, la presencia de un hecho de creación normativa y la ausencia de un hecho de anulación de la norma, no son, por tanto, la base de la existencia de la norma. Ellos son la *conditio sine qua non*; pero no una *conditio per quam*. Un hecho delimita la existencia de una

(77) Hauriou, Maurice.—Ob. cit., pág. 84.

(78) Heller, Hermann.—Ob. cit., pág. 19.

(79) Radbruch, George.—«Filosofía del Derecho», pág. 102.

norma jurídica sólo cuando hay una norma más alta que hace depender su existencia de tal hecho. La norma inferior posee validez porque fué creada de acuerdo con las prescripciones de la norma superior. Si nos preguntamos por qué una norma jurídica determinada es válida, la contestación es siempre por referencia a otra norma (superior) que regula la creación de la primera (norma inferior) lo que significa que determina los hechos que condicionan la existencia de la primera norma (inferior)» (80).

Esta necesaria referencia de la validez de una norma positiva a otra norma superior que ha regulado su creación, es lo que ha conducido a concebir el derecho positivo como una estructura escalonada o graduada de preceptos en que unos, los de grado superior, regulan los actos de poder creadores de otros, los que aparecen en un grado inferior.

Hauriou, naturalmente, no tuvo esta visión escalonada del ordenamiento jurídico y de ahí que le fuera difícil captar el sentido de la regulación y limitación por el derecho de los actos creadores del derecho positivo, sentido que la teoría jurídica por grados contribuye a aclarar de un modo tan notable.

Es curioso advertir que Hauriou señala como una de las funciones primordiales de las normas de derecho positivo, la de regular y limitar los actos de poder, pero no en razón de que tales normas existan antes y por sobre el acto de poder, sino que en virtud de un proceso que bien puede calificarse de autorregulación o autolimitación, pues en él son las normas creadas por un poder las que han de imponérsele, regulándolo y limitándolo.

Una demostración de esta visión pareja u horizontal que Hauriou tiene de la relación entre el poder y la norma positiva, nos la proporciona el siguiente párrafo: «de hecho, el poder y la regla de derecho no son completamente separables, y sus relaciones son íntimas: por una parte el poder de derecho es creador de derecho, y las reglas de derecho positivo no tiene otra fuente que el poder; por otra parte, estas mismas reglas de derecho necesitan ser sancionadas por el poder, de tal suerte que tiene por misión limitar el poder que las crea y las sanciona» (81).

36. Imposibilidad de referir la validez de la norma constitucional a una norma superior que tenga carácter de derecho positivo.—La posibilidad que existe de encontrar en el seno del propio derecho positivo los fundamentos de validez de los preceptos que lo integran, tiene un límite bien pre-

(80) Kelsen, Hans.—«Los juicios de Valor en la Ciencia del Derecho», de la colección. «El Derecho Natural y otros Ensayos», pág. 252.

(81) Hauriou, Maurice.—Ob. cit., pág. 282. Los dicho no debe inducir a error acerca del verdadero y profundo pensamiento de Hauriou en torno al acto de poder y sus limitaciones jurídicas. Si bien Hauriou no concibe la posibilidad de que el poder pueda estar sujeto a normas positivas que existan antes y por sobre el poder mismo, formula una concepción del acto jurídico de creación normativa según la cual el poder, que lo considera, no como producto de lo normativo, sino como una entidad real y concreta, con existencia y consistencia de ser y no de deber ser, encuéntrase siempre limitados por factores que, aunque no siempre tienen un carácter normativo, son de una definida naturaleza jurídica. Tales factores están constituidos, en primer término, por lo que Hauriou denomina la **idea objetiva**, y, en seguida, por la propia libertad individual de los súbditos, que siempre debe ser tomada en cuenta como elemento esencial en la consumación de un acto válido de poder. Estos dos factores, unidos al factor poder en sí mismo, y tomados los tres como realidades básicas, irreductibles unas a otras, han de conjugarse e integrarse en el acto jurídico de poder, a fin de que éste alcance la virtud de generar preceptos válidos. Esta necesidad de conjugación e integración de factores extraños al poder mismo, determinan un claro y eficaz principio de limitación de poder. Por lo dicho es que Hauriou se encarga de advertir que su doctrina se opone a todas aquellas teorías que se basan en la idea de autolimitación del poder y que, por lo mismo, parten de la concepción de un poder ilimitado en principio, pero que, por un acto de su propia voluntad, decide autolimitarse. Extraordinariamente claro y revelador de su pensamiento íntimo es el siguiente párrafo de Hauriou sobre el acto constituyente: «La explicación de la formación de las constituciones, por la virtud jurídica, combinada, del poder constituyente, de la libertad de los súbditos y de la idea objetiva tiene, además, la ventaja de eliminar la teoría de la fundación de la libertad por la autolimitación del poder, teoría que por sí sola no proporciona ninguna garantía a la libertad; el poder podría revocar en todo momento las libertades que hubiera concedido, lo cual haría de la libertad una concesión de favor y no un derecho. No hay autolimitación pura y simple del poder; hay una fundación del poder que realiza una idea objetiva y del cual se han apoderado los ciudadanos en condiciones tales, que la fundación no es revocable y que el poder no está ligado por su propia voluntad, sino por la de los súbditos y por el ascendiente de la idea objetiva» (Ob. cit., pág. 18).

ciso e infranqueable. Sabemos que esa posibilidad deriva de las circunstancias de que las diferentes estructuras normativas, que en conjunto forman el derecho positivo, son susceptibles de ser conexionadas entre sí en una ordenación escalonada jerárquica, dentro de la cual, unas sirven de fundamento de validez a las otras. Pero por el hecho mismo de tratarse de una ordenación escalonada y no cerrada, se alcanza un momento en el cual no es ya posible seguir ascendiendo en la escala jerárquica del derecho positivo para encontrar una norma que pueda hacer las veces de fundamento de validez jurídica (82). En este **regressus** de una norma a otra superior, y de ésta a otra, a su vez superior, ha de toparse necesariamente con una que será la norma superior o básica de todo el sistema. Tal norma superior o básica continúa siendo una norma positiva. En ella descansa, como en su fundamento positivo supremo y último, la validez de todos los preceptos positivos, pero ella misma no es ya susceptible de ser referida en su validez a ninguna norma positiva superior, precisamente por ser ella la norma superior a todas. Esta norma suprema y última, base de todo ordenamiento jurídico positivo, es la norma constitucional o constitución.

Si la validez de la norma constitucional, a diferencia de todas las demás normas positivas, no es derivable de ninguna estructura jurídico positiva superior, el problema constitucional más importante, y también más apasionante, habrá de consistir en averiguar cuál es el origen de la validez de la constitución, o sea, cuál es el origen de la existencia de la norma constitucional, ya que, como antes se ha dicho, la validez es la forma típica de existencia de lo normativo.

Porque es de todo punto de vista evidente que si la teoría escalonada del orden jurídico se aplica exclusivamente al derecho positivo, por estimarse que éste es el único derecho existente y posible, deja subsistente un problema radical, cual es el de la validez de las normas constitucionales.

Nadie puede negar que las normas constitucionales son normas de derecho positivo. Ellas representan una estructura singularizada dentro del ordenamiento jurídico-positivo total. Esto significa que la existencia o validez de este tipo de normas, al igual que en el caso de cualquiera norma positiva, está ligada o condicionada a la realización concreta de un acto de creación normativa. Tal es el acto constituyente. El poder que lo reliaza recibe el nombre de poder constituyente.

Todo el problema del poder constituyente se reduce, pues, a saber si la validez de la norma constitucional, a falta de normas positivas superiores, habrá de derivarse del mero hecho o facto empírico de poder, desnudo de toda normación o regulación que lo vincule y ordene, o si es posible fundamentarla en preceptos anteriores, que si bien no tienen carácter de preceptos positivos, no han de ser por ello menos jurídicos.

37. Histórica y conceptualmente la noción de poder constituyente y su problemática están ligadas a la idea de su vinculación o desvinculación respecto del derecho.—Un planteamiento acerca del poder constituyente como el realizado más arriba puede dar la impresión de desusado. Sin embargo, un análisis más detenido demostrará que no es así.

En efecto, términos tan usuales como los de «poder constituyente y poder constituido», «producción originaria y producción derivativa del derecho», «soberanía y competencia», etc., expresan conceptos correlativos que solamente cobran sentido mediante la correspondiente oposición entre ellos. Ahora bien, el punto de referencia para oponerlos está constituido por la cuestión relativa a si un determinado poder, o acto de poder, está o no vinculado al derecho positivo en la elaboración de las normas jurídicas.

La idea de poder constituyente, o de acto constituyente, surge históricamente ligada a la idea de soberanía, de la cual, en cierto modo, no viene a ser sino un derivado. Pero lo que forma la médula misma del concepto de soberanía es la idea de poder desvinculado de toda ley positiva. El soberano, según la

(82) «La pregunta acerca del fundamento de validez de una norma no es como la que se refiere a la causa de un efecto, sino que encuentra su término en una norma suprema que representa la última dentro de un sistema normativo»: Kelsen «Teoría Gral. del Derecho y del Estado», pág. 115.

más auténtica concepción de soberanía, hállese «supra leges» y queda «legibus solutus», expresiones clásicas que designan con la mayor claridad esa situación de independencia frente a cualquiera normación positiva, que siempre sugiere el término soberanía. La noción de soberanía es concebida durante el absolutismo, pero no va a dar origen a la idea de poder constituyente sino cuando se ha hecho cambiar su titularidad: del príncipe a la nación o al pueblo. Pero este cambio de titularidad no significa un cambio en los atributos básicos que integran el concepto de soberanía; es simplemente el paso de soberanía absoluta a la forma democrática, pero manteniéndose siempre la idea de un poder soberano ilimitado. No insistimos aquí sobre esta materia, por cuanto en la parte siguiente habremos de ocuparnos de ella con mayor detalle.

En lo que respecta al aspecto puramente doctrinario, adviértase que el concepto de poder constituyente se construye por oposición al de poder constituido, y esa oposición está determinada por la distinta situación en que una y otra especie de poder se encuentra con relación al derecho. Igual afirmación puede hacerse respecto a la oposición entre creación originaria y creación derivativa del derecho.

La idea de que el poder constituyente es un poder desvinculado del derecho positivo, en cuanto no es posible suponer a este poder sujeto en su actividad a la regulación jurídico-positiva, encuéntrase implícita en todas las concepciones en torno a la materia. Ella es particularmente evidente en las teorías actuales acerca de la creación del derecho positivo. La teoría jurídica escalonada, adoptada por Kelsen, la supone como uno de sus postulados, ya que ella está impuesta por la concepción misma de la constitución como norma básica, suprema y última, lo cual indica que por sobre la norma constitucional no se reconoce forma alguna de actividad normativa.

38. Alcance teórico y práctico de un planteamiento del problema de las limitaciones del poder constituyente desde el punto de vista de la nulidad o anulabilidad de la norma constitucional.—El problema del poder constituyente, tal como ha quedado planteado arriba, es también el problema de sus limitaciones. Y esto es obvio. Las limitaciones de un poder dependen de las reglas que regulan su actividad. Si se sostiene que el poder constituyente no está vinculado a norma alguna que regule sus actos, necesariamente habrá de concluirse que es un poder en absoluto ilimitado. Por el contrario, si no obstante reconocerse que respecto del poder constituyente no cabe hablar de regulación positiva posible de sus actos, se afirma su subordinación a preceptos jurídicos de carácter suprapositivos, estaremos en condiciones de estudiar y analizar el problema de sus limitaciones.

Pero cabe advertir que la sola circunstancia de afirmar el sometimiento de un poder a normas que regulen su actividad, no hace cesar toda posibilidad de que se planteen interrogantes en torno al problema de sus limitaciones. La cuestión concreta vendría a ser ésta: ¿en qué medida es válida la afirmación de que un poder sobre el cual existan normas reguladoras de sus actos, es por esa sola circunstancia un poder limitado? La respuesta, a nuestro juicio, debe ser que, en pura teoría, tal afirmación es plenamente válida; en la práctica, no.

Es a este problema al que apuntan las siguientes observaciones de Hauriou: «hay que desconfiar de las afirmaciones que se ocultan tras de frases como el imperio del derecho, el reinado de la ley, la sumisión del estado al derecho, el gobierno de las leyes o el gobierno del derecho, etc. Todas son hipérboles. En ninguna parte gobierna el derecho sin la ayuda del poder, ni en derecho público ni en derecho privado, ni en materia nacional ni en materia internacional; siempre y en todas partes, cuando se impone a un poder una regla de derecho es en virtud de otro poder... La jactancia de que se está bajo el gobierno del derecho, como en los Estados Unidos, significa, en realidad, que se vive bajo el gobierno de los jueces» (83).

En el problema relativo a la regulación del poder por el derecho es indispensable distinguir el plano de la pura teoría y el de la práctica concreta del poder político tal como se da en la realidad histórica.

(83) Hauriou, Maurice.—Ob. cit., pág. 280.

En el primero, el sentido de tal regulación está determinado por la necesidad de que los actos de poder, o bien las normas jurídicas generales o individualizadas creadas mediante tales actos, estén en concordancia con las normas superiores que han regulado el acto creador. En teoría, dicha concordancia entre la norma creada mediante el acto de poder y la norma superior reguladora del acto de creación, ha de ser absoluta y necesaria, pues en caso de existir discrepancia entre una y otra, la norma creada no tendrá existencia ante el derecho, o sea, será nula. La nulidad jurídica tiene precisamente ese sentido: no concordancia o discrepancia entre la norma creada y los preceptos superiores que han regulado su creación. De ahí que, en un sentido ciertamente figurado, se hable de nulidad del acto, en lugar de hablarse de nulidad de la norma que apoyada en él, pretende alcanzar validez jurídica.

Teóricamente, la nulidad habría de ser el límite más seguro e infranqueable en la actividad de cualquier poder. En efecto, si la actividad jurídica de un poder es siempre actividad creadora de derecho y si todo acto creador de derecho supone necesariamente la aplicación o ejecución de un precepto previo que habrá de otorgar a dicho acto esa virtud generadora de una norma válida, el poder que ha de realizar el acto creador, no solamente habrá de someterse, sino que habrá de ser preciso y fiel ejecutor de las regulaciones establecidas en dichos preceptos previos.

Kelsen, que ha querido realizar una teoría pura del derecho, por lo mismo que se mueve dentro de la pura teoría, no se plantea, lo que es perfectamente explicable, problema alguno de limitación de poderes. «En las normas de derecho positivo no se puede hallar una cosa tal como un soberano, una persona o grupo no susceptible de limitación jurídica» (84). La identificación absoluta en la teoría kelseniana entre el derecho y el estado había de conducirla a negar realidad a toda cuestión o problema que se pudiera plantear en torno a las relaciones entre el derecho y los poderes estatales, y por tanto, a toda cuestión de límites en la actividad de los poderes creadores de derecho.

Tiene un alcance también teórico la célebre afirmación escolástica: «la ley injusta no es ley», que equivale a decir «la ley injusta es nula». Kelsen, afirmando que una norma discrepante de la norma superior que ha regulado su creación es inválida, es nula, es una norma no existente, es la nada jurídica, y un teólogo escolástico, sosteniendo que una norma que discrepe con la justicia no es norma, están diciendo algo que formalmente tiene el mismo alcance frente a los límites del poder; o sea, que tales límites están marcados por las condiciones de validez o existencia de los preceptos jurídicos. La discrepancia está, entonces, en lo substancial, en que la validez que a Kelsen como positivista le interesa, es la validez puramente formal, la que pueda derivarse de la aplicación de un precepto de derecho positivo y sólo de derecho positivo, aunque no regule más que la mera determinación del órgano; en tanto que la validez jurídica de que hablan los escolásticos es una validez substantiva, de contenido, determinada por la referencia no sólo a preceptos positivamente establecidos, sino que, además, a los que existen más allá y por sobre toda positividad, valiéndose por sí mismos y otorgando validez a las normas que se ajustan a sus mandatos.

Pero así planteado el problema de los límites del poder, como cuestión de validez o nulidad de sus actos frente al derecho, aún en este terreno teórico, adviértase cómo para una postura positivista surge un punto sin solución.

Utilizando el esquema de la ordenación escalonada de las normas de derechos positivo, puede el teórico positivista plantear la cuestión de la nulidad de una sentencia judicial o de una resolución administrativa, derivándola exclusivamente de su discrepancia con la ley, o sea, haciendo valer su ilegalidad; del mismo modo puede fundar la nulidad de una ley apoyándola en su divergencia con la constitución, o sea, en su inconstitucionalidad; pero, y la nulidad de la constitución. ¿Con referencia a qué norma superior puede plantearse? Queda una posibilidad: la referencia a la constitución previa sobre cuyas prescripciones la nueva constitución ha sido creada. Sin embargo, se comprenderá que para la teoría esto no puede tener valor alguno, entre otras razones, porque «en tal

(84) Kelsen, Hans.—«La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica», de la colección «El Derecho Natural y otros Ensayos», pág. 20.

serie de constituciones, históricamente considerada, una tuvo que ser la primera» (85) y entonces, será en torno a esta primera constitución donde se presentará el problema. Esta es la única forma que Duguit estimaba lícita para plantear la cuestión, pues sostenía «que el principal y verdadero problema del derecho público es hallar el fundamento de la génesis jurídica de la constitución primordial que ha inaugurado el estado» (86).

La solución dada por Kelsen al punto en discusión demuestra que, desde el punto de vista positivista, no cabe plantearse el problema de la nulidad de la constitución o de las normas constitucionales. Y ello en razón de que su misma validez no es algo seguro, sino que, como veremos, hay que suponerla, es una mera hipótesis.

La nulidad de los actos del poder como límite del mismo es un planteamiento teórico, porque la idea misma de nulidad, pensada como la discrepancia entre una norma inferior y otra superior, no pasa de ser una solución teórica. Que una norma que no es válida no es norma, es cierto. Pero, en la práctica, ¿Quién nos dirá cuándo una norma no es válida? ¿Quién va a decidir acerca de la discrepancia de una norma con la que es fundamento de su validez? Frente a un poder concreto, capaz de imponer sus mandatos mediante la fuerza, ¿tiene algún valor práctico para la cuestión de los límites de ese poder, el que cualquier ciudadano o súbdito pueda afirmar, como opinión personal, que tales mandatos son nulos porque no se ajustan a normas superiores?

39. El estado de derecho como intento de realizar en la práctica la idea de la limitación del poder por el derecho.—Por lo mismo que una norma positiva, junto con ser propiamente norma, es decir, «deber ser», «ordenatio», es también decisión concreta, querer, acto de voluntad, es que, en la práctica, la nulidad no puede realizarse sino como **anulabilidad**, esto es, como posibilidad real de imponer al poder que pretende hacer valer una norma carente de validez, las barreras de una decisión concreta de anulación. Y aquí, entonces, vuelven a cobrar sentido las palabras de Hauriou: «siempre y en todas partes, cuando se impone a un poder una regla de derecho es en virtud de otro poder» (87).

Dicho con palabras de Kelsen: «el problema consistente en saber si una norma inferior corresponde a otra superior, únicamente puede ser decidido por un órgano dentro de un cierto procedimiento (establecidos ambos por el propio orden jurídico). La opinión de cualquier individuo carece de significación para el derecho» (88).

En estos conceptos de Hauriou y de Kelsen se encuentra expresada la idea fundamental de lo que constituye el estado de derecho.

40. a) La idea del estado de derecho.—Sin pretender dar aquí una definición exacta, creemos que puede afirmarse que lo que en la historia del desenvolvimiento jurídico se denomina estado de derecho, es el intento de realizar prácticamente en una estructura política y social concreta, el principio del sometimiento del poder al derecho, partiendo de la concepción teórica según la cual, por sobre cada unidad de poder, existe una norma jurídica, ya sea de carácter meramente positivo, o bien supra-positivo, en virtud de la cual, y sólo por ella, los actos de tales poderes son capaces de producir o crear preceptos válidos jurídicamente, pero disponiendo y organizando concretamente los distintos poderes en estructuras político-jurídicas jerarquizadas, en tal forma que siempre pueda existir un poder que esté en condiciones de decidir cuando los preceptos creados por otro no se ajustan a la norma reguladora de sus actos y, en consecuencia, anularlos.

Carl Schmitt estima que dos son los principios que integran el elemento típico del estado de derecho, presente en toda constitución moderna: «Primero un principio de distribución: la esfera de libertad del individuo se supone como

(85) Kelsen, Hans.—«Los Juicios de Valor en la Ciencia del Derecho» de la colección «La Idea de Derecho Natural y otros Ensayos», pág. 254.

(86) Hauriou, Maurice.—Ob. cit. pág. 14.

(87) Hauriou, Maurice.—Ob. cit., pág. 280.

(88) Kelsen, Hans.—«Teoría General del Derecho y del Estado», pág. 161.

un dato anterior al estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio, mientras que la facultad del estado para invadirla es limitada en principio. Segundo, un principio de organización que sirve para poner en práctica ese principio de distribución: el poder del estado (limitado en principio) se divide y se encierra en un sistema de competencia circunscritas. El principio de distribución —libertad del individuo, ilimitada en principio; facultad del poder del estado, limitada en principio— encuentran su expresión en una serie de derechos llamados fundamentales o de libertad; el principio de organización está contenido en la doctrina de la llamada división de poderes, es decir, distinción de diversas ramas para ejercer el poder público, con lo que viene al caso la distinción entre Legislación, Gobierno (Administración) y Administración de justicia —Legislativo, Ejecutivo y Judicial—. Esta división y distinción tiene por finalidad lograr frenos y controles recíprocos de esos poderes. Derechos fundamentales y división de poderes designan, pues, el contenido esencial del elemento típico del Estado de Derecho» (89).

En el estado de derecho, entonces, los poderes no representan en sí mismo instituciones, realidades concretas, sino que quedan disueltos en los complejos normativos a los cuales deben su existencia y su competencia. El derecho, al determinar que los actos de cierto individuo o grupo de individuos, realizado dentro de cierto procedimiento formal y teniendo por contenido una materia dada, han de valer como actos de poder, o sea, como actos creadores de derechos, está fijando una competencia. Consecuencialmente, todo lo que tales individuos o grupos de individuos realicen más allá de la competencia que se les ha otorgado, ha de carecer de validez frente al derecho, ha de ser nulo jurídicamente. (Art. 4.º de la Constitución Chilena). Este es el principio de distribución de que habla Schmitt: poder es igual a competencia y toda competencia es limitada, «ni siquiera una competencia de competencias ha de ser algo limitado, si no ha de quedar la expresión desprovista de sentido, y disuelto el concepto» (90). Pero como la práctica exige que toda extralimitación de competencia (que es lo mismo que decir toda nulidad) sea establecida y declarada mediante actos concretos de poder, el principio teórico de distribución ha de complementarse, para que el estado de derecho sea una realidad, con el principio práctico de la organización de los poderes en una forma tal que, frente a cada poder con capacidad para crear derecho, exista otro poder con capacidad para declarar nulos los actos del primero, nulo el derecho creado mediante tales actos por no corresponder al derecho anterior que ha regulado su creación.

«Solo valdrá como estado de derecho aquel cuya actividad total quede comprendida, sin residuo, en una suma de competencias rigurosamente circunscritas. La división y distinción de poderes contiene el principio básico de esta general mensurabilidad de todas las manifestaciones de poder del estado. La exigencia de mensurabilidad se desprende del principio de distribución, propio del Estado burgués de Derecho, según el cual la libertad del individuo es ilimitada en principio, y toda facultad del estado, por el contrario, limitada en principio, y, por lo tanto, mensurable. Mensurabilidad general es el supuesto de controlabilidad general. Todas las actividades estatales, incluso legislación y gobierno, se pueden reducir a un previo funcionamiento calculable, según normas fijadas de antemano. Todo se encuentra apresado en una red de competencias, nunca ilimitadas en principio, ni siquiera las extremas, ni siquiera la «competencia de competencias»; nunca «plenitud de poder público», sino siempre facultad controlable, cuya extralimitación puede poner en movimiento un procedimiento de forma judicial» (91).

41. b) Modo o forma en que el estado de derecho realiza prácticamente el principio de la sujeción y limitación de los poderes estatales por el derecho: legalidad de las resoluciones judiciales y administrativas y constitucionalidad de las leyes.—Que cada vez que un poder se extralimita, o sea, que no cumpla los preceptos superiores que regulan sus actos,

(89) Schmitt, Carl.—«Teoría de la Constitución», pág. 147.

(90) Schmitt, Carl.—«Teoría de la Constitución», pág. 119.

(91) Schmitt, Carl.—Ob. cit., pág. 152.

Tanto en la concepción general del plan del trabajo, como en su desarrollo, los señores Rivadeneira y Fuentes han brindado al Derecho Político Chileno una obra de calidad científica indiscutible, para la cual se requería preparación filosófica, talento jurídico y sólidos basamentos culturales. Tal vez pueda objetárseles exceso de citas, sobre todo en la segunda parte, sin las cuales la Memoria habría ganado en agilidad y concentración en torno de lo esencial del tema propuesto, y también, en lo relativo a la redacción, podría objetárseles, sin desconocer su calidad, el que hayan utilizado oraciones demasiado extensas en párrafos que, por su complejidad, habrían aconsejado la utilización preferente del punto seguido como medio de separar ciertas frases y de dar realce a lo fundamental. Sin embargo, estos reparos en nada atenúan la indudable calidad de la Memoria y el significado que ella encierra como aporte destacado a la Ciencia Constitucional en nuestro medio.

El profesor suscrito recomienda al Sr. Decano la aprobación de la Memoria de los señores Rivadeneira y Fuentes con amplia distinción (Nota 6), y sugiere su publicación a través de los organismos correspondientes de nuestra Facultad. Saluda atentamente al señor Decano.

ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA,
Profesor titular interino de Derecho
Constitucional.

pueda ponerse en movimiento un procedimiento tendiente a establecer la extralimitación y a declarar, consecuencialmente, nulo el acto, es el objetivo que concretamente pretende alcanzar el estado de derecho.

Veamos hasta qué punto lo logra.

Estaría absolutamente demás aquí una explicación detenida en torno al modo o la forma en que el estado de derecho trata de garantizar la legalidad de las resoluciones judiciales. Todo el aparato de la doble instancia, de los recursos, particularmente los de casación, etc., no persigue sino un fin: alcanzar el máximo de seguridad en el sentido de la concordancia de la resolución judicial con las normas generales superiores reguladoras del acto judicial. Trátase de que en la inmensa mayoría de los casos, las partes que estimen que una decisión judicial es contraria a derecho, puedan recurrir ante un tribunal superior para que revoque o anule esa decisión substituyéndola por otra.

Con relación a los actos del poder ejecutivo, la forma de hacer efectiva su sujeción al derecho, no ha alcanzado la misma perfección que en el terreno de lo judicial. Esta imperfección se manifiesta, principalmente, en el hecho de que la inmensa mayoría de los actos del ejecutivo, a diferencia de lo que ocurre con el poder judicial, tienen el carácter de decisiones ejecutorias, esto es, que son ejecutados sin dar tiempo a los afectados para discutir previamente si se ajustan o no a derecho. Sin embargo, los tratadistas de derecho público, señalan que el procedimiento de la decisión ejecutoria no es sino una falla, un defecto dentro del sistema del estado de derecho, el cual irá siendo paulatinamente superado a medida que éste logre mayor grado de perfección. Este progreso habrá de traducirse en la organización cada vez más eficiente de un aparato jurisdiccional administrativo que haga posible la revisión, a la luz de las normas superiores del derecho, de todos los actos ejecutivos, ya sea que esa revisión se haga antes o después de haber sido ejecutados. En Chile, la Contraloría General de la República, a quien compete la revisión de la juridicidad de los actos del poder ejecutivo, constituye un señalado progreso en tal sentido.

Con relación a lo que ocurre en su país, escribe Hauriou: «... especialmente en Francia, la jurisdicción administrativa constituye este aparato jurisdiccional, perfectamente adaptado, que puede hacer entrar en el derecho toda la actividad del poder ejecutivo, de los organismos administrativos, aplicándoles los principios generales del respeto a la legalidad y del respeto a los postulados del comercio jurídico». Y más adelante, comparando el régimen administrativo francés con el anglo-sajón, expresa: «notemos aquí únicamente que no existe en los derechos anglo-sajones dos poderosos medios jurídicos de acciones que existen en el derecho francés: uno de ellos es el recurso por exceso de poder, que permite someter todos los actos de la administración a las reglas de derecho mediante un recurso de anulación muy sencillo y económico; el otro es el principio de la responsabilidad pecuniaria del estado y de todas las administraciones públicas por todo perjuicio producido por una falta del servicio, aparte de la responsabilidad personal del funcionario en caso de falta personal» (92).

Por último, el control de la constitucionalidad de las leyes, mediante el cual se vigila «la actividad del legislativo para anular o hacer inaplicable un acto del mismo que contradiga la constitución como norma superior, obra del poder constituyente» (93) cierra el sistema propio del estado de derecho.

La organización del control de la constitucional de las leyes es uno de los más decisivos signos de perfección del estado de derecho. Siempre se ha señalado como una expresión de atraso en el desarrollo jurídico de un estado el hecho de que no cuente con un correcto control de la constitucionalidad de los actos legislativos.

Ese control puede revestir diferentes formas y alcanzar distintos efectos en relación a la validez de los preceptos legales tachados de inconstitucionalidad, pero puede señalarse como tendencia dominante del derecho constitucional actual, marcada por el contenido de la mayoría de las constituciones de post guerra, la forma jurisdiccional ejercida por el poder judicial a través del tribunal supremo, y la nulidad como efecto de tal control; así, la Constitución China,

(92) Hauriou, Maurice.—Ob. cit., pág. 290.

(93) Ollero, Carlos.—«El Derecho Constitucional de la Post Guerra», pág. 130.

promulgada en 1947, en su art. 171, establece: «las leyes que contradigan la constitución serán nulas y no advenidas». «En el Japón y Nicaragua, escribe Ollero, si no se emplea la palabra (nulidad), se utilizan conceptos análogos, al hablarse en la constitución del primero de esos países de que las leyes inconstitucionales no tendrán «ni fuerza ni valor de ley» (art. 98) y en la del segundo de que carecerán de «valor legal» (art. 213) (94).

Este es pues, en líneas muy esquematizadas, el modo y la forma en que el estado de derecho realiza su ideal de someter todos y cada uno de los poderes estatales a la regulación, y por tanto, a la limitación del derecho. Primero tratando «de encerrar todas las posibilidades de actuación estatal, sin residuo, en un sistema de normaciones» (95); segundo, disponiendo los poderes en tal forma que siempre sea posible que uno esté en condiciones de imponer a otro esas normaciones, lo cual hará, las más de las veces, declarando nulos los actos que las contravengan.

La legalidad y la constitucionalidad de la actividad estatal toda, en cuanto exigencia típica del estado de derecho, sólo son posibles, como bien se comprenderá, en virtud de la ley y de la constitución. La constitución ocupa en el estado de derecho un lugar de singular relevancia, por cuanto sólo por ella cabe hablar de constitucionalidad y de legalidad. En el estado de derecho la constitución es, con plena propiedad, la ley de leyes, la ley fundamental.

42. Insuficiencia del estado de derecho para afrontar la realidad del poder constituyente.—Pero si mediante la legalidad y mediante la constitucionalidad le es posible al estado de derecho someter, sujetar y limitar los poderes estatales, legislativo, ejecutivo y judicial, por el derecho, ¿Cómo le será posible someter, sujetar y limitar por el derecho al poder constituyente que da origen a la constitucionalidad misma? ¿O es que aún existe sobre la constitucionalidad alguna otra estructura normativa superior a la cual referir la validez de los actos del poder constituyente y ante cuya infracción éstos puedan ser anulados? Y entiéndase la gravedad del problema, porque, o se acepta que por sobre la constitución existen normas jurídicas capaces de determinar su validez o su nulidad, o bien habrá que admitir que siempre, en todo caso, toda constitución es válida y que jamás puede ser anulada.

Este es el problema del poder constituyente tal como se plantea en la realidad jurídico-política en que vivimos. ¿Madurez, decadencia o crisis del estado de derecho? La respuesta está ligada a la solución que pueda proporcionarnos en torno a la cuestión del poder constituyente.

Durante muchos años la teoría jurídica vivió bajo la ilusión de que el problema teórico y práctico del poder, de su actividad creadora de derecho y de sus limitaciones, había sido definitivamente solucionado. Esta solución creyó encontrarla en la idea y en la práctica del estado de derecho. En él todos los poderes quedaban no sólo sujetos, sino que disueltos en la constitución y la ley. ¿Y qué problema de limitación de poder podría presentarse en un estado en que «ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derecho que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo»? (96).

Y la constitución y la ley en cuyo seno comienza y termina todo poder propio de un estado de derecho, no son estructuras normativas vagas, nebulosas, imprecisas; no son nada semejante a ese viejo derecho natural con el cual los teólogos medievales creían indispensables contar para elaborar una verdadera teoría del poder, sino que son reglas claras, precisas, definidas; es decir, son normas positivas, y por tanto, en la gran mayoría de los casos, textos escritos, impresos, articulados y divulgados.

Pero entonces el resultado no podía ser más lógico y consecuente: toda auténtica teoría del poder había cesado. Hauriou lo advierte y lo lamenta: «la teoría del poder, que había sido cuidadosamente elaborada durante la Edad

(94) Ollero, Carlos.—«El Derecho Constitucional de la Post Guerra», pág. 130.

(95) Schmitt, Carl.—Ob. cit., pág. 174.

(96) Art. 4.º de la «Constitución Política del Estado de Chile».

Media, se abandonó bruscamente hace 50 años». Y agrega: «decididamente, el gran mal que sufren todos los estudios de derecho público desde hace por lo menos tres cuartos de siglo, es el abandono de la teoría clásica del poder» (97).

Y la verdad es que la constitución y la ley, en cuanto normas positivas, pueden servir al estado de derecho para fundamentar, ligar, regular y limitar jurídicamente los poderes estatales, aunque todo ello no lo sea sino en una dimensión puramente formal, en cuanto siempre lo puramente positivo conduce a lo meramente formal, como en Kelsen, que es el caso típico. Pero por lo mismo que el estado de derecho, en tanto estado de derecho positivo, sólo puede echar mano a la constitución positiva y a las leyes positivas, es que el poder constituyente se le queda afuera, sin que le sea posible ligarlo, regularlo, limitarlo ni explicarlo.

Mientras las constituciones positivas de los diferentes estados de derecho mantuvieron su estabilidad (más o menos dentro del período histórico de 50 a 75 años que señalaba Hauriou), el problema del poder constituyente no se planteaba como cuestión práctica. Los poderes estatales en la inmensa mayoría de los países que habían alcanzado el «régimen constitucional», funcionaban efectivamente conforme a la constitución y a las leyes. Si los poderes estatales encontrábanse disueltos en el mismo ordenamiento jurídico positivo, y este ordenamiento mantenía su estabilidad y firmeza, no podía hablarse de que existiera realmente problemas en torno al poder, ni mucho menos cuestiones de limitaciones de poder.

Sin embargo, la crisis social, política, económica y jurídica que vive el mundo y que se abre con la primera guerra mundial, sin que aún se divisen ni las perspectivas ni menos los moldes de su posible superación, ha afectado, como no podía ser de otra manera, y de un modo principalísimo, a la estructura constitucional de los estados. No es del todo aventurado afirmar que las fuerzas ideológicas que en gran medida han contribuido y contribuyen a esa crisis, se mueven en la mayoría de los casos tras el objetivo concreto de reemplazar, destruyéndolas previamente, las estructuras constitucionales de los países en que actúan. Se estima que la forma política, fijada en la constitución del estado burgués de derecho, de inspiración liberal, no tiene por qué seguir subsistiendo en un mundo en que la burguesía y el liberalismo han agotado todas sus posibilidades. Debe darse curso a formas nuevas, a inspiraciones nuevas, y para ello, se reclama el derecho a rehacer la constitución. El poder constituyente ha vuelto a aflorar.

También sus problemas. Frente a ellos. ¿Qué respuesta puede darnos el estado de derecho? Habiendo perdido en manos del positivismo toda referencia a valores substanciales superiores, para convertirse, como muy bien dice García Pelayo, «en fórmula huera, aplicable a todo estado» (98), o sea, habiendo dejado de ser estado de derecho, para convertirse en estado legal, legal en el sentido de ley positiva; o bien en estado constitucional, constitucional en sentido de constitución positiva, evidentemente que no puede darnos ninguna. Ni una respuesta que diga relación a lo substancial, porque el estado de derecho en su última etapa es exclusivamente formal, ni tampoco una respuesta de carácter formalista, porque lo formal no puede ir más lejos que lo positivo y lo positivo termina en la constitución.

El estado de derecho, sin querer ser más que estado de derecho positivo, creyó tener solucionado para siempre todo el problema del poder. Sin embargo, lo repetimos, al estado de derecho se le quedó fuera, olvidado, el poder constituyente. Y este poder, que se mantiene siempre «subterráneo bajo la capa superficial del derecho del estado, y se muestra siempre presto a hacer erupción», ha entrado, por imperativos históricos, en un período de plena actividad, destruyendo, «con su ardiente lava», la estructura teórica y práctica de esa inmensa ilusión que fué un día el estado de derecho.

Schmitt lo ha advertido con toda claridad:

«La constitución del estado burgués de derecho sólo conoce, propiamente, formas de gobierno y legislación, por cuanto que gobierno en el sentido del principio de la distinción de los poderes, se diferencia, como ejecutivo, del legis-

(97) Hauriou, Maurice.—Ob. cit. págs. 162 y 314.

(98) García Pelayo, Manuel.—Ob. cit., pág. 136.

lativo. El elemento del estado de derecho no significa por sí mismo ni una Constitución ni una forma política propia. Por eso no puede considerarse comprendida en él la unidad política como tal ni como un todo. En particular, el poder constituyente no puede resolverse ni desde el punto de vista teórico, ni desde el práctico, con los principios y conceptos de una simple situación de Estado de Derecho. Por eso suele ser, o sencillamente ignorado, u obscurecido en una mezcla de ideas liberales y democráticas, y abstracciones tales como soberanía de la justicia, o soberanía de la Constitución. Frente a esto, hay que recordar que la cuestión del poder constituyente es ineludible, y que la respuesta a esta cuestión contesta también a la cuestión de la forma política, mientras que la mezcla de las formas políticas se produce porque sólo pueden distinguirse diversos poderes cuando se organizan con arreglo a diversos principios políticos formales, el legislativo por ejemplo, democráticamente; el ejecutivo, monárquicamente, etc.» (99).

Para tratar este poder constituyente, cuya actualidad nadie puede discutir, puesto que se ha llegado a afirmar que en el mundo de hoy todas las naciones viven «en permanente situación constituyente», hácese necesario, como bien lo comprendió Hauriou, volver la vista hacia la vieja y abandonada teoría del poder; pero ello, ciertamente sólo será posible una vez que, abandonados los prejuicios sembrados durante años por el positivismo, los juristas se allanen a reconocer la imprescindible necesidad y realidad del derecho natural.

43. Imposibilidad absoluta de someter al poder constituyente a estructuras jurídicas coactivas organizadas.—Hemos sostenido que la forma típica en que el derecho se impone al poder es la nulidad de los actos de poder contrarios al derecho. Hemos señalado, también, que el derecho se impone a la conducta de los súbditos o ciudadanos mediante la determinación, para el caso de ser contravenido, de una cierta sanción, de carácter penal o civil (pena o ejecución forzada).

No debe, sin embargo, pensarse que estos dos procedimientos o métodos por los que el derecho se realiza en el concreto acontecer social, son exclusivos de una y otra situación, pues la verdad es que el derecho puede adoptar en el caso del poder la forma propia de la regulación de los actos de los súbditos. El derecho puede imponerse al poder, no solamente creando las condiciones de la anulabilidad de los actos que le contravienen, sino también mediante lo que en doctrina se denomina la responsabilidad personal del órgano.

«Si una ley, escribe Kelsen, en lo que respecta al procedimiento de creación o a su contenido, se aparta de lo que la constitución directamente prescribe, ésta puede dejar autorizar a otro órgano distinto del legislador a nulificar la ley por esa razón, y a establecer que ciertos órganos que han intevenido en la llamada ley inconstitucional, por ejemplo: el jefe del estado que la ha promulgado o el ministro del gabinete que la ha refrendado, son de hecho responsables de tal acto, y deben sufrir un castigo. La responsabilidad personal del órgano creador de una norma, en relación con la legalidad de esta última, es un medio muy eficaz para garantizar el carácter legal del procedimiento de creación jurídica» (100).

En el ordenamiento positivo es fácil descubrir los casos en que el derecho se refiere a la nulidad como consecuencia propia de los actos de poder contrarios a sus disposiciones y aquellos en que aplica el principio de la responsabilidad personal del órgano, imponiendo una sanción civil o penal para el caso de contravención.

En nuestro derecho positivo, la norma más significativa e importante en el primer sentido es, sin duda, el artículo 4.º de la Constitución vigente, el cual establece expresamente la nulidad como efecto general de cualquier acto de poder realizado en contravención a lo establecido en el ordenamiento jurídico del estado.

(99) Schmitt, Carl.—Ob. cit., pág. 226.

(100) Kelsen, Hans.—«Teoría General del Derecho y del Estado», pág. 164.

Este artículo puede relacionarse con las disposiciones contenidas en el art. 33 del mismo Código fundamental que establecen la responsabilidad personal del Presidente de la República, de los Ministros de Estado y de otros órganos, por los actos de su administración en los cuales hayan «infringido abiertamente la Constitución o las leyes».

Podrían citarse también los ya mencionados artículos 767 del Código de Procedimiento Civil que establece el recurso de casación en el fondo para anular las sentencias dictadas con «infracción de ley» y 223, 224 y 225 del Código Penal, que señalan penas de presidio, reclusión, inhabilitación y suspensión para los jueces que «fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil» (art. 223 N.º 1 Código Penal).

En general, puede afirmarse que ha sido tendencia del estado de derecho organizar, junto al aparato de poderes dispuestos en forma que permita hacer efectiva la nulidad de los actos contrarios a derecho, una estructura coactiva capaz de imponer sanciones personales a los órganos de poder infractores.

Pero en esta materia, se ha visto que las posibilidades del estado de derecho son por demás estrechas y limitadas. Ello se debe a que la coactividad se hace imposible en los estratos superiores del derecho y particularmente en la esfera de lo constitucional. Una sanción, para que pueda ser resuelta y aplicada con eficacia, requiere en todo caso de una instancia superior de poder dotada de fuerza y medios materiales suficientes para hacerla efectiva. La misma constitución de los estados de derecho contemporáneos establecen estas instancias superiores de declaración y aplicación del derecho. Ahora bien, si es cierto que ya respecto de esas instancias constitucionales supremas (cámaras legislativas, tribunal supremo, etc.), las posibilidades de coactividad son nulas, con mucho mayor razón habrá de presentarse tal imposibilidad respecto del poder constituyente, cuya esencia es estar por sobre la propia constitución.

Todo intento, pues, de suponer al poder constituyente sometido a estructuras normativas coactivas, como las que son posible imponer a algunas potestades estatales secundarias, no tiene ninguna base de realidad. Para demostrar esta imposibilidad, ciertos tratadistas recurren a una interrogante de raíces clásicas; frente a las supremas instancias estatales se preguntan: ¿quid custodet custodiat?, ¿quién custodia al custodio?

Refiriéndose a este punto, escribe García Pelayo: «pues, en efecto, para la existencia de un orden coactivo se precisa también una segunda condición, a saber: la de una instancia dotada de medios de poder destinada a eliminar la conducta atípica mediante la prevención, la reparación y el castigo. Las normas coactivas son tales porque hay una instancia superior encargada de aplicar la fuerza; pero ¿dónde encontrar una instancia superior a las establecidas por la constitución?» (101).

Tratando de llevar a sus últimos extremos la idea de la imposibilidad de coacción en las capas superiores del poder estatal, el mismo tratadista se remite a las siguientes observaciones del autor británico W. I. Jennings: «el derecho es generalmente ejecutado, y sólo puede serlo contra los grupos o individuos que lo violan. No puede serlo en modo alguno contra el gobierno, y la mayoría de las leyes y convenciones constitucionales se refieren al gobierno, y es difícil que en virtud de una resolución judicial, un policía metropolitano subordinado al Secretario de Interior arreste al Secretario de Interior o a uno de sus colegas para ingresarlo en una prisión dependiente del Secretario de Interior» (102).

Aunque las afirmaciones anteriores pudieran aparecer exageradas, no hay duda de que ellas sirven para poner de relieve la absoluta imposibilidad de organizar positivamente recursos coercitivos en contra del poder constituyente.

(101) García Pelayo, Manuel.—Ob. cit., pág. 100.

(102) García Pelayo, Manuel.—Ob. cit., pág. 101.

P A R T E S E G U N D A

ANTECEDENTES HISTORICO-DOCTRINARIOS

CAPITULO PRELIMINAR

EL ORDEN POLITICO MEDIOEVAL Y EL ADVENIMIENTO DEL ESTADO MODERNO

44. Introducción.—Como se adelantara en la Introducción general, esta segunda parte sólo tiene por objeto mostrar los antecedentes histórico doctrinarios de las relaciones entre derecho y poder, cuestión a que, en último término, se reduce el problema del poder constituyente y sus limitaciones.

Dado el fin de este trabajo no nos detendremos en hacer análisis acabados de cada una de las etapas históricas que al respecto se presentan, ni, tampoco, exposiciones y críticas completas de las teorías que las fueron informando y dando contenido. Sólo se pretende extraer de la realidad histórica los principales sucesos que constituyen aportes valiosos para la mejor comprensión del problema, y, asimismo, bosquejar, sistemáticamente y conservando en lo posible su continuidad cronológica, las tesis que más repercusiones han tenido, tanto en la doctrina jurídica como en los sistemas políticos concretos.

Una acertada interpretación del problema de las relaciones entre el estado y el derecho, sólo puede provenir de un examen de la evolución de la forma estatal y del modo como el derecho se da, históricamente, en ella.

Antes de entrar de lleno a esta materia es necesario dar una visión, aunque sea muy somera, del panorama medioeval, ya que partiendo de él, y siguiendo la génesis y evolución del estado moderno, se podrán reconstituir, en su conjunto, las circunstancias que rodean la problemática que nos preocupa.

En esa época, dominado el pensamiento humano por ideas trascendentes, concibió la vida social como una realidad regida por leyes objetivas, es decir, por leyes que la razón no creaba, pero sí intelegía.

45. El orden político medioeval.—Puede decirse que la Edad Media no conoció un Estado verdadero, si consideramos el término rigurosamente. Las formas políticas de esa época, en efecto, carecen del rasgo fundamental que caracteriza a la concepción de estado: existencia de una autoridad suprema en la comunidad política. De modo que cuando hablemos de estado, refiriendo el término al período medioeval, debe entenderse por tal, al conjunto de poderes que, encadenados unos a otros, regía la sociedad toda.

El aspecto sobresaliente de este modo de ser político, y que a falta de otra palabra denominaremos estado, lo constituye las limitaciones a que estaba sometido el soberano: en lo interno, por los diversos depositarios del derecho, y en lo exterior, por la Iglesia y el Emperador.

Funciones que actualmente se estiman inherentes a la idea misma de estado, eran cedidas, mediante instituciones como el enfeudamiento, privilegio, inmunidad, etc., a poderes locales o a grupos que abarcaban determinada actividad. De esta manera, el soberano se despojó de la mayor parte de sus atribuciones, diluyendo el poder político en una infinidad de depositarios que no lo ejercían con entera independencia entre sí y frente al poder central.

Exteriormente, la Iglesia y el Sacro Imperio constituían una barrera infranqueable para la órbita de competencia estatal, con lo que la esfera de acción del soberano llegó a ser casi nula; y en forma principalísima, en un período en que los hombres viven en función de su destino trascendental y religioso, el Papado tenía que hacer sentir su influencia decisiva en todos los aspectos de la vida social.

Gierke nos presenta el siguiente panorama de lo que fué la Edad Media en el aspecto político: «no había estado soberano ni individuo alguno soberano. El Estado quedaba absorbido en los individuos y en las infinitas divisiones sociales. Abandonó la esfera moral y espiritual a la Iglesia, y la vida económica, a la sociedad; el individuo quedó encerrado en la comunidad; y en la familia y en la corporación desenvolvió su vida entera» (103).

Se concibe, pues, a la sociedad en forma esencialmente orgánica; y de esta estructura funcional de la misma toma su origen toda potestad pública.

Es el régimen estamentario, fundado en los principios de limitación y jerarquía, y que aparece como «inserción en el orden político de los grupos sociales que se distribuían la efectiva dominación del país» (104). El estamento es el intermediario entre los individuos que agrupa en su seno y el poder político, asegurando, frente a éste, los derechos de aquéllos, creando una armonía integral de la cual resulta la totalidad del orden.

Los cimientos de la concepción política medioeval radican en el principio de que la autoridad representa la idea de justicia. Por otra parte, como explica Sabine, «la creencia en que el Derecho es algo que pertenece al pueblo y en que su reconocimiento por éste tiene un papel importante en la determinación de lo que sea aquél, implica que el rey no es más que un factor en su creación o declaración» (105).

Existe, entonces, una sumisión del poder político al orden, definido no sólo por la ley, sino por categorías más altas, a saber, el bien común propio de una situación dada, el derecho natural e incluso la ley de Dios.

El soberano no podía sustraerse al mandato de la ley, ya que ésta, cristalización del derecho en el orden concreto, regía toda clase de relaciones entre los hombres, y, en consecuencia, las del gobernante con el súbdito.

En suma, lo esencial en la Edad Media era el derecho mismo: el ordenamiento político sólo revestía interés en cuanto instrumento de aquél.

46. El advenimiento del estado moderno.—Uno de los acontecimientos más importantes que señalan el paso de la Edad Media a los Tiempos Modernos, es el advenimiento del estado como forma de comunidad política.

Razones de orden puramente histórico y causas ideológicas explican este decisivo fenómeno que hará variar, fundamentalmente, la faz del mundo occidental.

Godefroid Kurth, el eminente historiador belga, al analizar la generación del Estado Moderno, la atribuye al desarrollo de los sentimientos nacionales y laicos, gestados a través de largos siglos de crecimiento y evolución.

Como lo insinuáramos al comenzar este capítulo, la historia de la Edad Media es la de una gran república cristiana en que la potestad de la Iglesia se sobrepone a toda otra potestad del orden temporal. Desenvueltos los sentimientos nacionales, este poder de la Iglesia, tal como se concibe y ejerce en la Edad Media, necesariamente ha de provocar reacciones, que al ser excitadas por potencias interesadas, habrían de alcanzar aún la violencia.

A esta influencia del amor propio nacional, se agrega el extraordinario auge de la sociedad laica en las postrimerías medioevales. Las superioridades intelectuales y científicas ya no se reclutan sólo en las filas del clero. La sociedad laica, en la que militan espíritus selectos, sabios, juristas, hombres de estado, adquiere conciencia de sus fuerzas, «toma posiciones frente al poder eclesiástico, le disputa la dirección de las mentes y se incorpora, vigorosamente, a la política y a la legislación» (106).

Pero se requerirá de un agente resuelto para que, sobre todas las naciones, se reconstruya el Estado como forma política olvidada por espacio de mil años. Ese agente será el Derecho Romano.

(103) Gierke, Otto.—«La función social del derecho privado y la naturaleza de las asociaciones», pág. 29.

(104) Beneyto, Juan.—«Historia de las doctrinas políticas», pág. 133.

(105) Sabine, George.—«Historia de la teoría política», pág. 206.

(106) Kurth, Godefroid.—«La Iglesia en las Encrucijadas de la Historia», pág. 95.

«Durante los últimos siglos medios va imponiéndose el Estado con que habrá de contar la historia de la Edad Moderna en contraposición a la Edad Media: el estado de gran extensión territorial, que se define y delimita hacia el exterior y que se centraliza y activiza hacia el interior. En la Europa Occidental, en Francia, Inglaterra y España, es donde el proceso se consolida primero, alcanzando, hacia 1500, una forma primaria de Estado Nacional. Paulatinamente, y cada vez con mayor intensidad, va superándose aquello que había caracterizado la vida estatal de la alta Edad Media: las potencias universales que abarcan varios países y pueblos sin poseer fundamentalmente fronteras determinadas en el espacio, y, de otra parte, las potencias locales que sólo dominan, a menudo con soberanía incompleta, fragmentos de un país o de un pueblo.

«Comienza el ocaso de las potencias de carácter internacional que se habían supraordenado a diversos Estados singulares: de una parte el Papado con su influencia, no sólo de naturaleza espiritual, sino también política, y mantenedor en este último sentido de la unidad de Occidente, y, de otra, el Imperio Romano-Alemán, el Imperio universal de Carlos V. Los estados singulares hacen acto de presencia con un poder cada vez mayor, con majestad consciente como estados monárquicos, empeñados con éxito, aún cuando sin el sentimiento nacional específico del siglo XIX, en abarcar plenamente un espacio vital, «Inglaterra, «Francia, «España y en desarrollarse desde él libre e independientemente en todas direcciones.

«De otra parte, empero, los soberanos se vuelven asimismo contra sus vasallos, esforzándose en la superación del sistema feudal, que desintegra el territorio estatal en una serie de señoríos, y que reparte los derechos de soberanía en una serie de titulares rivales entre sí.

«Sin embargo, el curso histórico de la época no sólo trae consigo la reunión y concentración del poder y de los cometidos del estado, sino, sobre todo, un enorme enriquecimiento y amplificación de la actividad estatal. El estado medioeval había mantenido en lo esencial una actitud negativa, limitándose hacia el exterior a la defensa del país y, hacia el interior, a cometido judiciales y punitivos; a estos fines se unen ahora otros más positivos; en el estado, robustecido y vigorizado, despierta el ansia de extenderse en todas direcciones, un afán de poder que quiere dominar todas las cosas de este mundo» (110).

CAPITULO PRIMERO

LA IDEA DE SOBERANIA: ORIGEN DEL PROBLEMA

47. Concepto de soberanía en Bodino.—El estado moderno se construye primeramente sobre la persona del rey. La potestad real se impone en forma absoluta sobre todo el núcleo territorial, y en el monarca se centralizan, de un modo exclusivo, las atribuciones políticas y administrativas.

El absolutismo es, pues, la primera etapa del estado moderno. Su principal teórico es Juan Bodino. Su pensamiento, al decir de Lissarrague, «va a servir de hilo conductor al proceso teórico del estado moderno, de tipo absolutamente racionalista, crecientemente individualista...» (111), y cuyo concepto capital será el de soberanía, ideado por el propio Bodino.

Expondremos, a continuación, en breves líneas, los caracteres principales de las doctrinas de Bodino, limitándonos a lo que substancialmente importe para la mejor comprensión de este trabajo.

Elabora Bodino su noción de estado sobre la base de la existencia del grupo familiar como institución natural, de la cual derivan todas las demás sociedades. Ahora bien, para la defensa del interés común, como para la consecución de ciertos fines, se crean asociaciones de familias, que, al ser unidas bajo una autoridad soberana, forman el estado. Estima Bodino que esta unión se realiza de hecho por la fuerza, aunque opina que ésta, por sí sola, no legitima la soberanía. He aquí, simplemente esquematizado el pensamiento del defensor del absolutismo francés en lo que al origen histórico del estado se refiere.

Trata Bodino, en seguida, de abstraer de la realidad del estado su esencia específica, que lo diferenciará de otras sociedades, formadas al igual que él, por asociaciones de familias. Este elemento propio de la idea de estado, afirma Bodino, es la existencia del poder soberano. El poder soberano es considerado por Bodino como inseparable de la noción de estado. Esta sujeción a un soberano, que produce necesarias relaciones de mando y obediencia entre gobernantes y súbditos, hace posible la cohesión, y por tanto, la supervivencia del grupo político. Esta sujeción a un soberano es la que transforma a los habitantes de un territorio determinado en ciudadanos, en miembros de una comunidad política dada. Existen de hecho, innumerables relaciones entre ellos, aparte del sometimiento a un soberano común: sociales, económicas, religiosas, etc. Pero como los elementos que definen al estado son soberano y súbdito, esas se escapan a la teoría política. Sólo toca a ésta considerar el elemento esencial, peculiar del estado, cual es la presencia de un soberano común.

Se preocupa Bodino de precisar este concepto de soberanía y lo hace definiéndolo como «poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos, no sometido a leyes» (112). Sin lugar a dudas, el rasgo más interesante de esta definición, y que constituye precisamente la explicación del origen absolutista del estado moderno, es aquél que señala al poder supremo político o soberanía, como ilimitado o no condicionado por leyes. Como todas sus argumentaciones, la que al respecto se hace Bodino es bastante simple. La ley del estado, dice, no es otra cosa que el mandato del soberano; luego, toda limitación que se intente poner a esta manifestación del mandato soberano tiene que ser, forzosamente, extra-legal, emanada de otra fuente que la ley. Este punto de la doctrina de Bodino, aprovechado por los monarcas de la época en su propio beneficio, ha hecho que su tesis indique el momento culminante del desarrollo de la teoría y de la práctica del estado moderno, y ha impulsado a un autor a decir que ella representa «no una etapa, sino un vértice» (113).

(111) Lissarrague, Salvador de.—«La Teoría del Poder en Francisco de Vitoria», pág. 11.

(112) Citado por Sabine, George H.—Ob. cit., pág. 389.

(113) Beneyto, Juan.—Ob. cit., pág. 262.

48. Consecuencias de su aplicación.—Apoyada sobre esta base se extiende por Europa Occidental la nueva forma de comunidad política. España constituye la excepción, ya que si bien es cierto que su sistema político evoluciona paralelamente al de otros países, no lo es menos que su inspiración sigue los supuestos medioevales y escolásticos, superándolos y adaptándolos a las nuevas circunstancias.

Consecuencia natural de la nueva concepción del poder, por razones históricas concentrado en el monarca y sobre la cual se edifica el estado moderno, es la destrucción de las jerarquías intermedias del período medioeval, muchas veces creadoras del derecho, siempre límites de la autoridad del príncipe.

Este fenómeno es de la mayor importancia para el futuro de las ideas políticas, ya que enfrentó, en forma directa, con el poder absoluto, omnipotente del estado, representado por el rey, al individuo. Se plantea así una cuestión no conocida en el terreno político: los derechos individuales. En la Edad Media, éstos no se concebían, al menos en su alcance actual, pues, dada la estructura funcional de la sociedad, el hombre de esa época «no fundaba derechos en su personalidad, sino en ser miembro de una corporación» (114).

Desde el instante mismo en que se insinúan las posibilidades políticas de una teoría de los derechos individuales, todo el pensamiento se dedica casi exclusivamente a tratar de concretarlos e incorporarlos en la legislación. El proceso político que culmina con el individualismo de la Revolución de 1789 se confunde, en último término, con la lucha por el afianzamiento de los derechos individuales.

49. Los derechos individuales en Locke.—Corresponde a Juan Locke hacer la primera formulación sistemática de una doctrina de los derechos individuales. Fundando su teoría en los mismos postulados de Hobbes, llega a conclusiones diametralmente opuestas a las del sustentador doctrinario de los Estuardos. Parte de la idea de un estado de naturaleza en que los hombres viven libres, iguales y aislados. Al impulso de necesidades de todo orden, siempre crecientes, forman el cuerpo social. La sociedad civil, según Locke, encuentra, así, su origen en el consentimiento del pueblo, sin el cual no puede haber autoridad. Pero el hombre, continúa Locke, posee ciertos derechos individuales, naturales, que se los reserva para sí, y que no puede cederlos aún con voluntad de hacerlo. Y el fin del estado no es otro que la preservación de estos derechos, que se encuentran garantizados por la concepción misma de la sociedad política.

Fuentes Mares sintetiza el pensamiento de Locke al respecto, diciendo que en su teoría, «aún cuando el orden político ha quedado definitivamente estructurado sobre la base del pacto social originario, el derecho en cuestión, fundamental y eminente, no modifica ninguno de sus rasgos originarios, puesto que el fin de la ley en el orden social y político concreto, no es restringir sino preservar y ensanchar la libertad» (115).

50 A) La doctrina de Rousseau.—Las ideas sobre los derechos individuales alcanzan su apogeo en el siglo XVII, y encuentran en la obra de Rousseau su consagración. Dada la importancia de este autor y las proyecciones de su tesis, nos detendremos para analizar su obra, tratando de dar una visión general de ella abstrayendo, eso así, sólo los elementos capitales de su ideología.

El tema central del pensamiento rousseauiano es el hombre: la naturaleza humana constituye su preocupación principal. El fenómeno fundamental que aparece a sus ojos es la sujeción a múltiples trabas, de todas clases, a que está sometido el hombre. Trata de explicar cómo este encadenamiento, existente como realidad, puede transformarse en un hecho ajustado a derecho. Es decir, su obra busca una justificación a la opresión en que vive el hombre sometido a diversas relaciones sociales obligatorias, entendiendo que tal justificación no es de mero carácter histórico, sino una cuestión de legitimidad, de derecho.

(114) Maetzu, Ramiro de.—«La crisis del humanismo», pág. 52.

(115) Fuentes Mares, José.—«Kant y la Evolución de la Conciencia Socio-Política Moderna», pág. 124.

INTRODUCCION GENERAL

Raras veces los tratadistas se han ocupado del tema que enuncia el título de este trabajo. Carl Schmitt así lo advierte y se lamenta de ello (1). Nicolás Pérez Serrano da noticias de una conferencia pronunciada por Walter Jellinek al incorporarse como profesor a la Universidad de Heidelberg en 1931 y en la que se habría planteado, como cuestión central, el problema de las limitaciones del poder constituyente. Hasta donde nos ha sido posible establecer, ésta parece ser la única ocasión en que un jurista se ha ocupado explícitamente de la materia.

Según la referencia del profesor Pérez Serrano (2), Walter Jellinek presentó en su conferencia un cuadro sistemático de todos aquellos factores que podrían ser considerados como limitativos de la actividad del poder constituyente. Habría distinguido así: a) Límites heterónomos, que serían jurídicos y de procedencia exterior; b) Límites autónomos, que serían jurídicos y de origen interno; y c) Límites absolutos, que rebasan el área estricta de lo jurídico.

Entre los primeros deben considerarse aquellas limitaciones derivadas de la posible circunstancia de estar sujeto un poder constituyente a vinculaciones normativas provenientes del derecho internacional, o bien, del derecho nacional o estatal, en el caso de los estados federales. Entre los segundos incluye Jellinek a todas las regulaciones y prohibiciones que la mayoría de las constituciones establecen para la revisión o reforma de sus propios preceptos. La presencia de este último tipo de limitaciones determinan la calidad de «rígida» de una constitución y en el orden institucional significa la configuración del llamado «poder constituyente derivativo» o «constituído».

A diferencia de lo que ocurre en el caso de los dos tipos de limitaciones señalados, Jellinek no logra, respecto del tercero, explicar su contenido. Los límites absolutos carecerían, por de pronto, de carácter jurídico. Esto no involucra, como pudiera creerse, que el profesor alemán reconozca en los límites absolutos, la sujeción del poder constituyente a imperativos morales o éticos superiores. De la mezquina referencia que nos ha sido posible tener a mano, solamente hemos podido colegir que Jellinek llamó límites absolutos a cualquier obstáculo físico, anímico, político o lógico que signifique una frontera irrebasable para el poder constituyente; únicamente se excluyen los de carácter ético, tal vez como una concesión del conferenciante al prejuicio positivista de no relacionar la moral con las cuestiones jurídicas.

El criterio que seguiremos en nuestra investigación será enteramente distinto al de Jellinek. En primer lugar, estimamos repudiable el método de este autor, que trata el problema de los límites del poder constituyente sin comenzar por esclarecer la naturaleza íntima de dicho poder y las profundas diferencias que lo separan de los «poderes constituídos». Esto hace que la cuestión aparezca planteada por el profesor alemán, no en relación a la entidad que real y verdaderamente merece el calificativo de «poder constituyente», sino que en relación al llamado «poder constituyente constituído». Así, naturalmente, todo auténtico problema de límites del poder constituyente se desvanece o desvirtúa. Por otra parte, nosotros no pretendemos, en absoluto, llegar a una enumeración de todos aquellos factores que, de un modo u otro, puedan significar limitaciones a la actividad del poder constituyente.

(1) Schmitt Carl.—«Teoría de la Constitución», pág. 124.

(2) Pérez Serrano, Nicolás.—«El Poder Constituyente», págs. 46 sgtes.

Como muchos de sus predecesores, Rousseau afirma que, en un principio, los seres humanos han vivido libres, sin estar ligados a la ley o autoridad. Pero el vivir continuamente en estado de naturaleza, sin nociones objetivas de derecho y deber, primando la ley de la fuerza en todo su imperio, acarrea consecuencias tales que se hace imposible la convivencia humana. Nace entonces la necesidad de organizarse en sociedad.

51. B) **Origen de la sociedad política y de la autoridad.**—Advierte Rousseau que este es el momento en que siendo incapaces las fuerzas individuales para superar los obstáculos que se oponen a su conservación en el estado de naturaleza, «forman por agregación una suma de fuerzas que puede exceder a la resistencia, ponerlas en juego por un sólo móvil y hacerlas obrar en armonía» (116). Vale decir, se trata de conjugar el esfuerzo de todos, integrando la sociedad política con la actividad de cada uno.

Sin embargo, como la libertad individual es el elemento que Rousseau considera esencial a la sociedad, trata de «encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, con toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y en virtud de la cual, cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que así mismo, y quede tan libre como antes». (117).

La noción de contrato social es la respuesta a esta cuestión. Hay que dejar bien en claro que en ninguna parte de sus escritos Rousseau acepta la existencia histórica del contrato social, y se limita, más bien, a precisar la naturaleza de una idea de esta índole antes que a probar su realidad temporal.

El propio precursor de la Revolución Francesa se encarga de destacar los rasgos característicos del Contrato: «Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder, bajo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos entonces a cada miembro, como parte indivisible del todo» (118).

Esta génesis de la sociedad, que nos presenta Rousseau, se adapta perfectamente a sus postulados filosóficos. Reconoce, como lo único natural, la existencia individual de los hombres, cuyo carácter esencial no es el ser social, sino el ser libre. El hombre es libre, y, al mismo tiempo, por naturaleza, asocial. Ahora bien, reconoce como la única forma de convivencia que es propiamente humana, a aquella que se produce como una expresión o manifestación de su voluntad individual libre, o sea, el contrato. Significa el contrato, expresión de la libre voluntad individual del hombre, la única vía por la cual puede generarse para el individuo relaciones que le obliguen legítimamente.

En cuanto el estado de sociedad produce para el hombre situaciones de obligatoriedad, la sociedad no puede explicarse legítimamente sino como fundada en el contrato, al cual da Rousseau, como lo hemos adelantado, el nombre de Contrato Social.

Al ser aceptado unánimemente por los hombres el pacto constitutivo, pasan éstos, del estado de naturaleza, al estado civil. El cuerpo político tiene entonces su origen en este contrato: los hombres se sustraen de la ley de la naturaleza, para entrar a formar parte de una comunidad organizada. De este modo, la libertad natural deviene en libertad civil.

Pero el objeto de este Pacto Social no es sólo producir un cuerpo social y colectivo, sino también crear en la sociedad una autoridad pública, superior a los individuos. Como el orden social es sólo una convención de todos los que van a vivir bajo su imperio, arguye Rousseau, y si el hombre es libre por naturaleza, no hay razón alguna para estimar que el poder o autoridad que ha de regir dicho orden provenga de otra fuente que los hombres o el pueblo mismo. Se afirma así, en la obra de Rousseau, la concepción de la soberanía del pueblo, que no es otra cosa que la traducción de la voluntad general.

(116) Rousseau, Juan Jacobo.—«El Contrato Social», Libro I, Capítulo VI, pág. 5.

(117) Rousseau, Juan Jacobo.—«El Contrato Social», Libro I, Capítulo VI, pág. 5.

(118) Rousseau, Jean Jacques.—Ob. cit., pág., 12 del Cap. VI.

La autoridad pública, creada en el pacto social, es soberana en cuanto es superior a los individuos, es una voluntad que se supraordina a las voluntades individuales. El obstáculo que ésto viene a significar para la posibilidad de seguir afirmando la supremacía de la voluntad individual, es salvada por Rousseau a través de una argumentación de carácter logicista, en virtud de la cuál, concibe la soberanía como una voluntad superior a las individuales, pero que, en esencia, no es sino la misma voluntad individual transformada en voluntad general por el contrato social.

52. C) Voluntad General y Soberanía.—Esta voluntad general se encuentra, así al menos lo sostiene el filósofo de Ginebra, sumando, en cada instante, las voluntades individuales existentes. Surge la interrogante, a esta altura de su exposición, sobre el rol de la voluntad individual, de la cual y para la cual se ha levantado el estado, cuando se encuentra en contradicción con la voluntad general. Haciéndose cargo del problema, Rousseau afirma la existencia en el hombre de dos voluntades: una, la que expresa el sufragio, y otra, inmanente, que se identifica con la voluntad general. En el caso de que ambas no coincidan, y sentado el supuesto señalado, el raciocinio fluye fácilmente. Si la voluntad individual es distinta de la voluntad general, significa simplemente que está errada, y que lo que esta voluntad individual tenía por voluntad general, no lo era. En este caso debe primar la voluntad general, porque de haber prevalecido la voluntad individual, que en realidad hubiera sido contraria a lo que ella mismo quería, no habría sido libre. En este sentido, la voluntad general quiere siempre lo que la voluntad individual: es infalible.

De los fundamentos expuestos infiere Rousseau un concepto de ley que está de acuerdo con la totalidad de su construcción teórica. La ley, para él, es el acto de soberanía propiamente dicho, o sea, la forma en que el soberano impone su voluntad sobre los individuos. Y esa voluntad soberana, la ley, por ser expresión de la voluntad general, no es distinta de las voluntades individuales y obliga en tal forma, que «el ciudadano consiente todas las leyes, incluso aquellas que se hacen a pesar suyo» (119), no admitiendo que puedan quedar los individuos sometidos a leyes que no han querido.

Lo que hasta ahora hemos expuesto del pensamiento de Rousseau, y a fin de facilitar su comprensión, podemos sinterizarlo en los puntos siguientes:

1) El hombre, afirma, es un ser por naturaleza libre, desconociendo su carácter sociable, debiendo explicarse la sociedad, no desde la naturaleza humana, sino desde la libertad.

2) Como corolario de lo anterior, sostiene que la base de todo lo social y de todo lo jurídico es el hombre concebido en su naturaleza individual, en la que se hace resaltar su voluntad libre, no sujeta a traba normativa alguna que la trascienda.

3) El individuo, mediante un acto libre de su voluntad, ejercido por la vía del contrato, genera la comunidad social y crea en su seno una autoridad soberana.

4) El título jurídico en que se funda esa autoridad es la voluntad individual, expresada, a través del contrato social, como voluntad general.

5) La autoridad que se identifica con la voluntad general, y por ende, que se afirma en la voluntad individual, crea o elabora el derecho, viniendo así a resultar que «las leyes sólo son registros de nuestras voluntades» (120).

Estos supuestos permiten extraer una importante conclusión: asentándose el poder en la voluntad individual, y siendo ésta, como tantas veces queda dicho, libre e independiente de toda normación que la ligue, el poder mismo participa de esta libertad ilimitada, y en tal sentido se afirma de él que es soberano.

He aquí el primer pilar de la construcción rousseauiana: la soberanía o poder ilimitado de la voluntad general. El otro elemento básico está constituido por su doctrina sobre los derechos individuales.

(119) (120) Citado por Carré de Malberg.— «Teoría General de Estado», págs. 877 y 877 respectivamente.

53. D) Los derechos individuales en la tesis de Rousseau.—El sistema entero del Contrato Social se encuentra saturado de individualismo, el que se traduce, precisamente, en la existencia de los derechos individuales como afirmación política trascendental. «Si se indaga en qué consiste el mayor bien de todos, que debe ser el fin de todo sistema legislativo, se hallará que se reduce a dos objetos principales: la libertad y la igualdad».

Ya en este párrafo del Contrato Social quedan perfectamente precisados los derechos humanos fundamentales: libertad e igualdad. Estos derechos, para Rousseau, son naturales, es decir, anteriores al Pacto. La justificación de su existencia la encontramos en la naturaleza del hombre.

La teoría de la soberanía absoluta es la cúspide de un proceso que comienza con la desintegración del pluralismo de poderes de la Edad Media y que lleva a la centralización del poder político en el Estado. Rousseau, consecuente con esta idea, pretende concentrar todo el poder en la comunidad política, dirigida por la voluntad general, colocando, de ese modo, frente a ésta, los derechos individuales. Desaparece así todo vínculo privado, toda dependencia entre hombres. Esto es precisamente la libertad rousseauiana: sólo de la voluntad general pueden depender los hombres.

Pero si los hombres están colocados directamente bajo el imperio de la voluntad general, para que la libertad sea algo efectivo, es necesario que esta relación de dependencia se verifique en condiciones de igualdad para todos. El propio Rousseau llega a sostener que ambos derechos, libertad e igualdad, se dan con recíproca correlación.

Al aceptar Rousseau la tesis de la soberanía absoluta, pese a su ilusoria advertencia de que ella es imprescindible para garantizar la libertad y la igualdad, se plantea en forma necesaria la contradicción que se produce entre aquella y los derechos individuales.

El autor de «El Contrato Social», dándose cuenta de esta oposición irreductible, trata por todos los medios de salvarla. La tarea se le hace más difícil si se considera que en numerosas partes de sus obras elimina la posibilidad de que la cesión de los derechos, por medio del Pacto, al cuerpo social, no sea absoluta.

Sin embargo, a pesar de estas dificultades, no cesa Rousseau en sus esfuerzos por demostrarnos que ambas facetas de su programa son conciliables. Así, respecto de la libertad, afirma que la voluntad general, dado su carácter de infalible, está imposibilitada para querer algo contrario al interés público, como lo sería en el caso que infringiera la libertad individual. Y en lo que a la igualdad se refiere sostiene textualmente: «el soberano no puede jamás pesar sobre un súbdito más que sobre otro, porque entonces, al adquirir el asunto carácter particular, hace que su poder deje de ser competente» (121).

Esta es quizás la parte más quebradiza del sistema de Rousseau, y en ella se deja de notar todo ese formidable encadenamiento lógico que caracteriza su obra.

Según un autor, «la fórmula de Rousseau consiste en proponer una forma social y política que, ligando artificialmente a los hombres, se inspire en los mismos principios del orden natural. Se trata de constituir un Estado en cuyo seno permanezcan, sin violación posible, las facultades originariamente propias de cada hombre, atribuyendo a los derechos humanos, anteriores a la sociedad y al estado, una estructura social y un orden político tuitivos» (122).

54. E) La idea de poder constituyente.—A esta altura de nuestra exposición sobre la obra de Rousseau, es oportuno señalar la distancia que separa su pensamiento de aquella concepción que más tarde, en plena Revolución, se incubará y se impondrá como «una de las más grandes conquistas revolucionarias» según expresión de Sieyès: la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos.

(121) Rousseau, Jean Jacques—Ob. cit., pág. 10, Cap. IV del Libro II.

(122) Beneyto, Juan—Ob. cit., pág. 365.

Rousseau, en efecto, identifica la idea de constitución con el pacto social, mediante el cual se constituye el núcleo social y, en él, el poder soberano. Ahora bien, es este poder soberano, nacido del contrato social, el que dicta las leyes en virtud de la competencia que le otorga directamente la voluntad general, lo que viene a significar que para Rousseau la ley no es elaborada por un poder constituido por el soberano, sino de manera inmediata por el soberano mismo.

No cabe pues en el pensamiento rousseauniano la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Cabe sí otro distingo de no poca significación: cuando las voluntades individuales convienen en el pacto social, en virtud del cual deviene el poder soberano, es preciso que concurre la unanimidad de las voluntades; pero cuando las voluntades individuales concurren como voluntad general a la formación de las leyes, a través del mismo poder soberano, sólo se exige la mayoría de ellas: «Sólo existe una ley que por naturaleza exija un consentimiento unánime: el pacto social. Fuera de este contrato primitivo, la voz de la mayoría obliga siempre» (123).

Podemos concluir que la doctrina del poder y del derecho elaborada por Rousseau significa, por una parte, un esfuerzo de carácter filosófico para explicar las causas últimas de los problemas que se plantean en el terreno de lo social y de lo jurídico; mientras que, por otra, y en cuanto a las consecuencias fírales de ella, una culminación de las ideas básicas gastadas en el absolutismo en torno a la esencia del poder soberano que rige a la sociedad de los hombres. El soberano no es aquí la voluntad de un monarca; soberana es la voluntad general, o sea, la voluntad de las mayorías, pero en uno y otro caso, los caracteres son los mismos: el poder se identifica con el querer ilimitado, absoluto, sin trabas ni contenciones de uno o de muchos.

He aquí un aserto del propio Rousseau que refuerza esta interpretación: «va contra la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que no pueda infringir. Por donde se ve que no hay, ni puede haber, especie alguna de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni siquiera el contrato social» (124).

Cualesquiera que sean las críticas que se puedan formular a las ideas del ginebrino, nadie puede desconocer su importancia, la que se mide por el hecho de haber inspirado todo el desenvolvimiento político contemporáneo.

55. Recapitulación: evolución del concepto de soberanía.—Hemos seguido hasta aquí la evolución de una concepción de lo social, político y jurídico, que se construye en torno a la idea de soberanía. Nuestra exposición ha sido hecha circunscribiendo ese desarrollo a dos momentos culminantes, que son precisamente los representados por la obra de Bodino y por la de Rousseau.

Bodino, verdadero iniciador de la doctrina de la soberanía, al entenderla como atributo subjetivo de la persona del príncipe, se convierte en el teórico por excelencia de la forma monárquica de gobierno.

Rousseau, por su parte, al realizar el desplazamiento de la soberanía, de la persona del príncipe para asentarla, en último término, en los individuos que en virtud de un acto de voluntad conviven en sociedad, representa, al decir de García Pelayo, «el despliegue de todas las consecuencias de la idea democrática... se trata del pensamiento democrático desarrollado en toda su fuerza, llevado a sus últimos límites» (125).

Las expresiones «la voluntad del príncipe es ley» y «las leyes sólo son registros de nuestras voluntades», constituyen, pues, los cimientos en los cuales ambas construcciones se fundan; pero la concepción misma de soberanía que elaboran es, en sus notas fundamentales, una sola. En efecto, la diferencia entre ambas tesis se reduce a una divergencia en cuanto al titular de la soberanía: es una cuestión de radicación de ese atributo. Pero los caracteres de la soberanía

(123) Citado por Carré de Malberg, Ob. cit. pág. 878

(124) Citado por Carré de Malberg, Ob. cit. pág. 1187.

(125) García Pelayo, Manuel: Ob. cit. pág. 141.

permanecen invariables. Uno y otro autor estiman que no existen limitaciones para el soberano. Como expresa Sánchez Agesta, «la soberanía del pueblo sustituye a la soberanía del monarca sin modificar esencialmente sus caracteres» (126).

Puede decirse, según lo ya expuesto, que con respecto al desarrollo del concepto de soberanía, existe la posibilidad de establecer una primera etapa evolutiva que va de Bodino a Rousseau y, en la cual, el concepto mantiene una continuidad en su estructura.

Dicha continuidad sufre un brusco cambio cuando una nueva concepción de la soberanía viene a determinar, no tan sólo una variación en su titularidad, sino aun en la naturaleza del titular. Tal es la doctrina de la soberanía nacional, que se ha de imponer durante los años de la Revolución Francesa, en oposición tanto a la soberanía del príncipe como a la soberanía popular (127).

Debe quedar perfectamente clara la significación teórica que involucra el nuevo criterio acerca de la radicación de la soberanía.

Para Bodino y Rousseau, como se vio antes, la soberanía reside o radica en personas naturales, cuyas voluntades, sea la individual del príncipe o la individual de cada uno de los súbditos expresada como voluntad general, en virtud precisamente de la soberanía que se les atribuye, constituyen el fundamento mismo de todo poder y, por ende, de toda norma de derecho.

En la doctrina de la soberanía nacional nos encontramos con que la soberanía no es atributo del príncipe o de los súbditos, en cuanto uno y otros representan personas físicas, sino que es cualidad de un ente de naturaleza problemática y de contornos difíciles de aprehender: la nación.

El análisis de la soberanía nacional, como una nueva concepción sobre el poder político, y sus consecuencias para la explicación de la validez del derecho, sólo es posible previo un esfuerzo tendiente a esclarecer el concepto de «nación», en cuanto titular de la soberanía.

Pero no nos ocuparemos aquí de esta cuestión, ya que ello nos llevaría demasiado lejos del objetivo propio de este trabajo. Por eso, nos contentaremos con señalar las notas principales de esta doctrina, a través de su desarrollo histórico.

Señalaremos, en primer lugar, que antes que una concepción teórica o puramente intelectual, el principio de la soberanía nacional se afirma como una consigna revolucionaria para una lucha política entablada contra el monarca, titular de un poder que se le desconoce y del cual se le pretende despojar. Previo a la consecución de este fin, era preciso encontrar otra persona soberana que se levantara frente a él. Los revolucionarios de 1789 la encontraron en una persona moral: la nación.

Pero, ¿qué significa este término? En primer lugar, una persona jurídica distinta de los individuos que la componen. Estrechando más el concepto y siguiendo el pensamiento de Sieyès, precursor de la soberanía nacional: unidad política capaz de obrar, con conciencia de su singularidad política y voluntad de existencia política.

(126) **Sánchez Agesta, Luis**: Ob. cit. pág. 342.

(127) Sobre esta materia, y en este mismo sentido, véase **Carré de Malberg**: Ob. cit. pág. 1177.

A diferencia de Rousseau, entonces, que coloca la soberanía en la universalidad de los ciudadanos, pero a título de adición de soberanías particulares, la idea de soberanía de la Revolución la atribuye indivisiblemente a la nación toda. Cada ciudadano no posee una partícula de soberanía; participa en ella, en cuanto miembro de la nación. Es decir, la soberanía es manifestada por una voluntad que vale como si fuera expresión de la nación, de todos los individuos que la integran.

Este principio es proclamado en la Declaración de los Derechos del Hombre, contenida en el preámbulo de la Constitución francesa de 1791, cuyo artículo 3.º expresa: «El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación», agregándose en el artículo primero del título tercero del mismo texto: «La soberanía es una, indivisible, inalterable e imprescriptible. Ella pertenece a la nación».

Desde esta primera formulación, el concepto de soberanía nacional se incorpora vigorosamente al constitucionalismo moderno, y su principio es reproducido en casi todas las constituciones.

A pesar de la evolución anotada, la soberanía conserva esa característica que le otorgara Bodino, creador del concepto: la soberanía nacional, como la popular y la del monarca, continúa siendo ilimitada.

CAPITULO SEGUNDO

EL POSITIVISMO JURIDICO: ABANDONO DEL PROBLEMA

56. **Introducción.**—Para comprender mejor el nacimiento de las escuelas jurídicas del siglo XIX, durante el cual tiene su origen el Derecho Público en su forma actual, trataremos de encuadrar la evolución del pensamiento político, brevemente bosquejado en las páginas anteriores, en el marco de las ideas filosóficas que, en cada momento, lo fueron sustentando.

Durante el período medioeval, la tesis escolástica, fundada en la concepción finalista del universo y en la realidad del derecho natural, llena la doctrina política toda. Ya hemos explicado cómo se traducía en la realidad política-social el jus-naturalismo escolástico, y el funcionamiento del régimen estamentario como limitación del poder, y en general, la supremacía que se atribuía a ese derecho sobre toda otra potestad. Así también hemos visto cómo este sistema cayó en decadencia en las postrimerías medioevales y las causas ideológicas que motivaron tal crisis.

La otra gran escuela de derecho, que en cierto sentido viene a suceder a la doctrina escolástica, es el racionalismo jurídico o Escuela Clásica del Derecho Natural. Originada en Francia, encuentra su fuente de inspiración en la filosofía moderna. «En ella, el espíritu humano cobra plena conciencia de sí mismo y se transforma, de un ser entre otros tantos seres, como antes había sido considerado, en el ser por excelencia, en la única realidad firme, soporte y continente de todas las demás; y en lo práctico, la conciencia crítica individual reclama también su autonomía, desligándose de autoridades y jerarquías, para convertirse en suprema instancia de la conducta» (1). El pensamiento, la razón, llega a ser lo único indiscutible, llegándose a dudar, incluso, del mundo sensible.

57. **Jusnaturalismo escolástico y el racionalista.**—Esta escuela Clásica del derecho natural, llamada también por otros tratadistas jusnaturalismo racionalista, no debe ser confundida, por motivo alguno, con la mencionada primeramente. Profundas diferencias separan ambas, y puede afirmarse, sin caer en exageración, que no tienen puntos esenciales de contacto.

Para la doctrina escolástica, el orden de lo creado está asegurado por la Providencia: todo está previsto en el plan de Dios. De este modo cada ser debe obrar en conformidad con su propia naturaleza (2). Al hacerlo, estará cumpliendo con la Voluntad Divina. A esta ordenación, eterna por su propio origen y finalidad, se le denomina Ley Eterna. En esta Ley Eterna, expresión del orden de todas las cosas, existe una esfera que, comprendiendo los juicios fundamentales de la moral, aparece en la conciencia de los hombres con carácter normativo: es la ley natural. En otras palabras, ley natural «es la participación de la ley eterna en la creatura racional» (3).

La ley civil o positiva, para la tesis católica del derecho natural, constituye una etapa más técnica y contingente de la ley natural. Representa el derecho positivo una función insustituible dentro de esta doctrina. Hace posible la aplicación de los principios abstractos de la ley natural al hecho concreto y, al mismo tiempo, «determina la estructuración de aquellas relaciones sociales que la ley natural permite configurar libremente al hombre, según su prudente

(1) Recassens Siches, Luis: "Los temas de la Filosofía del Derecho" pág. 63.

(2) El término naturaleza no está tomado aquí en un sentido empírico, sino más precisamente, teológico.

(3) Citado por Corts Grau, José: "Principios de Derecho Natural", pág. 11

arbitrio, dentro de un vasto campo de posibilidades, todas ellas igualmente lícitas, en principio» (4). La ley humana, porque emana del legislador, que a su vez recibe su autoridad del derecho natural, tiene valor como dirección del bien común. Por eso, cuando se aparta o contradice al derecho natural deja de ser ley, para transformarse en un mero capricho de muchos o de uno. Santo Tomás explica al respecto: «En el orden de las cosas humanas, la justicia de una acción pende de su conformidad con la norma de la razón. Y siendo la ley natural esa norma primera de la razón humana, es notorio que todas las demás leyes, en tanto tendrán razón de leyes, en cuanto procedan o emanen de la ley natural, hasta tal punto que en aquello que se separan de la ley natural, dejan de ser leyes, son una corrupción de la ley» (5).

El jusracionalismo, en cambio, al exaltar la razón humana y otorgarle virtud creadora de la ley, no como causa formal, sino como su fuente única en todo sentido, desvinculada de principios superiores que la ligen, pretende construir un orden jurídico completo, aplicable a todos los grupos sociales y en todas las épocas. Claro está que este deseo de fundar un sistema de derecho ideal, con la sola deducción racional, lleva directamente a la abstracción y al subjetivismo. «La construcción racionalista termina en el subjetivismo puro y simple. Cada uno eleva a la dignidad de derecho natural sus concepciones personales, descuidando que se deja guiar de sus ideas, de sus sentimientos, de sus ideas sociales y religiosas y, en fin, de sus prejuicios» (6).

Cuando el impacto de la nueva filosofía alcanza al campo del derecho, la realidad histórica, la tradición y los principios morales dejan de convertirse en un ingrediente de lo jurídico, cediendo sus puestos a la especulación racional.

Hugo Grocio es el primero que intenta crear un mundo jurídico y moral autónomo, cuyos preceptos, deducidos de la naturaleza humana, fueran universales y perennes. Pero es en Rousseau y, principalmente, en la filosofía de Kant, el que se encuentra íntimamente ligado al primero por sus comunes intenciones de purificación racionalista, donde culmina la actividad de la escuela clásica de derecho natural. Con ellos, al decir de Recassens, «la escuela de Derecho natural se transforma en escuela de Derecho Racional» (7).

Inspiradora de toda la práctica política, a partir de la Revolución Francesa, la doctrina del jusracionalismo racionalista cae, desde la primera mitad del siglo diecinueve, en una grave postración.

Dos poderosas corrientes del pensamiento jurídico contribuyen a la precipitación de dicha crisis: el historicismo y el positivismo.

58. El historicismo.—La primera de dichas escuelas, óptimamente representada por Savigni, se rebela contra la dualidad del derecho histórico y un pretendido derecho natural, basado en la razón abstracta. Sostienen sus tratadistas que la auténtica realidad del derecho hay que buscarla en la historia, y que a la conciencia nacional de cada pueblo hay que dirigirse para recoger los supuestos de los ideales jurídicos.

El derecho es concebido por la escuela histórica como el producto del espíritu colectivo de cada pueblo. No involucra esta idea un desconocimiento de la posibilidad de una estimativa jurídica, pero sostienen los principales jupublicistas del historicismo que los criterios de valor están dados por la conciencia jurídica nacional, a cuyas manifestaciones hay que recurrir para descubrirlos en cada instante. Estas manifestaciones se encuentran en el derecho consuetudinario, y es misión del soberano hacer valer las costumbres jurídicas y transformarlas en leyes.

(4) Recassens Siches, Luis: "Los temas de la Filosofía del Derecho" pág. 62.

(5) Citado por Jaime Ross Bravo: "Bases para una Filosofía de la ley" pág. 93.

(6) Capitant, citado por Hernández Gil, Antonio: "Metodología del Derecho" pág. 93.

(7) Recassens Siches, Luis: "Los temas de la Filosofía del Derecho" pág. 65.

En síntesis, «la escuela histórica cree en una razón inmanente al proceso de la historia; y condena todo intento de querer formar racionalmente la sociedad histórica» (8).

59. A) **El positivismo jurídico.**—El otro poderoso embate que recibe el derecho natural racionalista, proviene del campo del positivismo.

El positivismo jurídico tiene como base de sustentación el material empírico que, en cada instante, le suministra un derecho positivo determinado. Este dato, único elemento con que trabaja, está dado por la ley. El derecho particular de un pueblo, en cada época, es recibido dogmáticamente por el jurista de la corriente positiva, sin referirlo a principios de justicia o a valores políticos, y con las normas que lo forman construye un sistema total, cerrado, sin contradicciones, en el cual pueda subsumirse cualquiera situación de la vida real que se presente.

Por eso se dice que, en la teoría positivista, la ciencia jurídica reviste un carácter meramente reproductivo; no discute ni trata de justificar el derecho positivo. El jurista queda así vinculado inquebrantablemente a él. De las reglas particulares que componen ese derecho positivo abstrae, en forma inductiva, lo que en ellas hay de común y general, hasta encontrar el elemento homogéneo y peculiar a todo el derecho en análisis. Fijados así los principios que caracterizan al derecho en estudio, por la vía de la deducción extrae las consecuencias lógicas que se desprenden de tales principios, los que se aplican analógicamente, en los casos de lagunas o vacíos legales, a todo el ordenamiento jurídico de que se trata, logrando de este modo, lo que se denomina «plenitud del orden jurídico».

Este método se cifra, como ha dicho un autor, «en un pensar, lógicamente, lo dado como jurídico, hasta agotar su conocimiento sin rebasar la esfera de la norma» (9).

Dada la enorme influencia de esta escuela, en todos los aspectos del derecho, no sólo nos detendremos en una breve descripción de sus postulados, sino que, y especialmente, a través de sus más caracterizados autores, examinaremos las diferentes formas que presenta en su evolución.

60. B) **El método de Laband.**—Cronológicamente, Laband es el primero en afirmar que el derecho se agota en la ley o norma jurídica. Sostiene, asimismo, que sólo en el derecho positivo se traducen esas normas, y que fuera del derecho vigente, en una sociedad determinada, no existe otro derecho positivo. Los fundamentos de su teoría radican en la distinción, en las normas jurídicas, de la forma y del contenido. La forma, para él, es aquel modo de ser común a todos los derechos existentes o posibles; la estructura necesaria de la regla jurídica, la cual puede encerrar los más diferentes contenidos. Estos pueden ser de muy variada naturaleza y susceptibles de innúmeras clasificaciones: pueden referirse a materias públicas o privadas, civiles, comerciales o penales, substantivas o de procedimiento. Lo que siempre da a estos contenidos el carácter de Derecho, es propiamente el derecho, o sea el objeto de la ciencia jurídica.

De modo que no se contenta con reducir el campo de acción del jurista al estudio de la norma positiva, elemento ya bastante exiguo para un estudio acabado del derecho, sino que, además, de ésta elimina el contenido. Queda entonces como único ingrediente que puede ser considerado, el aspecto normativo formal. Lo no formal no integra las concepciones jurídicas. O sea, la ciencia jurídica no tan sólo separa, mediante abstracción, de lo general lo particular, para inquirir así los dogmas o principios válidos para todo el sistema en examen, sino que también deja de lado todo aquello que pertenezca al contenido, como tal no jurídico, para hacer resaltar, únicamente, lo formal.

(8) Recassens Siches, Luis: "Vida humana, sociedad y derecho" pág. 434.

(9) Hernández Gil, Antonio: Ob. cit. pág. 102.

61. C. a. **La tesis de Jellinek.**— George Jellinek, con el cual el positivismo de la centuria pasada alcanza su máxima expresión, adhiere a las premisas establecidas por Laband. Pero para evitar las consecuencias de una aplicación rigurosa del método dogmático-jurídico, recurre a la distinción entre lo sociológico y lo jurídico.

Así, el estado, afirma, puede ser estudiado desde dos puntos de vista: como ente social y como formación jurídica.

Desde el primer ángulo, el estado se da como función de la comunidad, formada por relaciones de voluntad de supra- y sub-ordinación, que corresponden a gobernantes y súbditos, respectivamente.

El complejo que forman estas relaciones hay que reducirlo a unidad. Tal es el objetivo de la teoría sociológica del estado. Se resuelve esta cuestión, en la obra de Jellinek, con el auxilio del concepto de unidad teleológica. En ésta es el fin el que determina la unidad. Ahora, bien, cuando la pluralidad de relaciones de voluntad, substrato del estado, llega a un momento en que, sintiéndose unida por fines permanentes procede a organizarse, estamos en presencia del estado. Su característica es lo que Jellinek llama relaciones de señorío, es decir, el poder de mando de que está dotado el estado.

Jurídicamente, el estado existe como ser titular de derechos. En este aspecto no se distingue esencialmente de las personas humanas, ya que éstas, en cuanto tienen capacidad jurídica, capacidad que no proviene de su propia naturaleza, sino que les es otorgada por el derecho, cobran existencia frente a éste. Lo peculiar en la teoría que exponemos es que el estado, como sujeto capaz de derecho, manifiesta su voluntad, elemento imprescindible para ejercerlo, en último término, por medio de los individuos. Estos son los órganos del estado.

De modo, pues, que en primer lugar, el estado es un producto histórico-social que deviene en institución jurídica cuando se le suma el derecho.

Este, por su parte, también debe ser considerado, así lo explica Jellinek, con criterio sociológico y jurídico.

El derecho, jurídicamente, pertenece al grupo de las ciencias normativas. Como tal, su método debe ser el dogmático, que consiste en la abstracción que ya explicáramos. A partir de este punto, la teoría de Jellinek se separa, profundamente, de la de Laband, ya que el primero afirma la existencia de limitaciones al método formalista puro. Estas las determina el objeto de la jurisprudencia: captar jurídicamente, y enjuiciar de ese mismo modo las situaciones de la vida real. De modo que para explicar el derecho no debe abandonarse la íntima correlación entre los puntos de vista sociológico y jurídico.

Sobre esta base elabora Jellinek su concepción general sobre el derecho. Este es, a la vez, uso efectivo, perteneciente al campo del ser, a la sociología, y conjunto de normas: sistema puramente jurídico, inserto en la esfera del deber ser. Lo que caracteriza al derecho en la doctrina de Jellinek es su vigencia, cualidad significadora de la capacidad de motivar y determinar la conducta de los hombres. Y esta facultad es de origen psicológico, es decir, se produce en la conciencia humana. De modo que, en la tesis que comentamos, el ordenamiento jurídico descansa sobre un elemento subjetivo: reconocimiento del derecho por los sometidos a él. Claro está que Jellinek agrega que este reconocimiento no basta por sí solo para provo-

Para nosotros la cuestión será simplemente ésta: partiendo de la hipótesis de que el poder constituyente, considerado en su auténtica realidad, no puede ser concebido como sujeto a regulación por parte de preceptos de derecho positivo, y entendiendo que un poder regulado en su actividad por preceptos normativos, es un poder de suyo limitado, saber si el poder constituyente está sometido a normas y, en caso de estarlo, cuál sería el carácter de ellas.

Nuestra tesis consiste en demostrar que, de acuerdo con los actuales planteamientos de la ciencia jurídica en torno a la creación de las normas de derecho positivo y a la actividad de los diferentes poderes por medio de la cual se realiza dicho proceso, el poder constituyente es un poder normativamente regulado por preceptos jurídicos y que, por su naturaleza, tales preceptos pertenecen a la esfera no del derecho positivo, sino del derecho natural.

De manera entonces que, al introducir en el título del presente trabajo la expresión «limitaciones», nos hemos querido referir a todas aquellas exigencias impuestas por una norma jurídica reguladora de los actos de poder para que, de tales actos, puedan surgir preceptos de derecho positivo plenamente válidos desde el punto de vista jurídico.

De acuerdo con el método que nos hemos propuesto, empezaremos por ocuparnos, en la primera parte, de la cuestión relativa a la forma cómo los preceptos jurídico-positivos alcanzan validez mediante los actos de poder y de la medida en que dicha validez depende de la sujeción del acto de poder a las normas jurídicas que lo determinan y regulan. Trataremos de demostrar que la teoría dominante al respecto, entre los distintos tratadistas y escuelas de la actualidad, es la de que una norma de derecho positivo alcanza validez cuando el acto de su creación o elaboración se ha ajustado estrictamente a los requisitos de forma y de fondo impuestos por otros preceptos jurídicos de carácter superior, pues en caso contrario, tal acto será **nulo** y no podrá servir de fundamento de validez normativa. Ante este criterio tan difundido, plantearemos el problema de la creación de las normas constitucionales.

Si toda actividad creadora de normas positivas, y particularmente la actividad legislativa, se considera hoy como un proceso esencialmente vinculado a la regulación del derecho y, de un modo muy especial, a la regulación constitucional, sin la cual el poder legislativo, y, en general, todo poder aparece como un mero «factum» capaz de imponerse por la violencia, pero jamás por la intrínseca validez jurídica de sus decisiones, ¿debe afirmarse lo mismo respecto de la actividad creadora de las normas constitucionales, que son también normas positivas? ¿Es aplicable al poder constituyente el criterio que permite a la ciencia jurídica diferenciar un acto de poder de un mero hecho de fuerza?

Veremos que este problema se torna dramático para los sustentadores del llamado «Estado de Derecho», cuya concepción supone que toda potestad estatal es un poder necesariamente sujeto a la regulación del derecho. ¿También el poder constituyente?

En la segunda parte haremos una sucinta relación histórico-doctrinaria del problema de las relaciones entre el poder y el derecho, punto éste en el cual nos parece que incide la cuestión planteada. Se analizarán someramente algunas teorías contemporáneas que han pretendido desentrañar la naturaleza esencial de lo jurídico y su relación con la idea del poder. Ello contribuirá a esclarecer las diferentes posturas dominantes en torno al problema jurídico del poder constituyente.

Por último, la tercera parte la destinaremos al estudio de las doctrinas actuales más representativas frente al problema constituyente, a fin de demostrar, mediante ellas, la existencia de una orientación, marcada ya desde los propios planteamientos del positivismo, según la cual la única solución posible del problema de la validez de los preceptos constitucionales, y, por ende, del problema jurídico de las limitaciones del poder constituyente, debe buscarse en un retorno hacia el pleno reconocimiento de la validez real y objetiva de las normas de derecho natural.

Las limitaciones del poder constituyente se confunden con las exigencias que le imponen los preceptos del derecho natural.

car una conducta humana. Es indispensable que esté apoyado en una fuerza garantizadora de la eficacia psicológica. Esta fuerza está representada por aquellos poderes sociales capaces de vencer todo otro móvil que impulse a una conducta distinta de la prescrita por la regla jurídica.

En resumen, la teoría de Jellinek afirma que el derecho nace como uso efectivo. Produce, en seguida, la idea de lo normativo respecto de ese uso, esto es, el contenido que envuelve el uso se encuadra en una norma jurídica. Se engendra así la normativización del uso. "Los hombres se inclinan a considerar sus modos habituales y tradicionales de vida, no como meros hechos que puedan ser modificados cuando convenga, sino como normas obligatorias, creyendo intolerables toda conducta que suponga una desviación de aquéllas" (10).

Es el uso social, entonces, el que da origen a las normas, y por esa fuerza normativa de lo facticio, como la llaman algunos autores, explica Jellinek la creación del orden jurídico. O sea, a lo que se acepta en la práctica usual como mero hecho se le da carácter de juricidad, cuando a esto que es, se le transforma, por una norma, en algo que debe ser.

Hemos visto en sus rasgos principales el pensamiento de Jellinek en lo que a teoría del estado y del derecho se refiere. Sin embargo, nos queda un punto interesantísimo por tratar y que es aquél que se relaciona con el problema de la validez jurídica del mando.

62. C. b. **La teoría de la autolimitación.**— Los derechos y deberes de todos los hombres, caracterizados frente al derecho, como ya señalamos, por ser sujetos con capacidad jurídica, están determinados, en un ordenamiento jurídico dado, por ese mismo ordenamiento, cuya fuente es el estado. ¿Dónde radica entonces la validez de los actos del estado, o mejor dicho, de sus órganos? Jellinek responde hábilmente que la razón de sus derechos y deberes, la encuentra el estado en sí mismo. Y si el propio estado determina el derecho que lo obliga, resulta obvio que sólo él puede limitarlo. "El elemento jurídico del poder político es la autodeterminación" (11).

Tal es la teoría de la autolimitación del estado propuesta por Jellinek. Veamos como lo explica con sus propias palabras: "el estado procede según reglas jurídicas preestablecidas, reglas que a su vez sólo de una manera jurídica pueden ser modificadas. Estas reglas contienen en sí la obligación de los órganos del estado, con lo cual queda sometida a obligación la actividad de aquél en sí mismo, ya que la de los órganos del estado lo es de este mismo, que no puede ejercer una actividad que no esté realizada mediante un órgano. Acompaña, pues, a todo principio de derecho la seguridad de que el estado se obliga a sí mismo a cumplirlo" (12).

Por la autolimitación se quiere explicar la sujeción del estado al derecho. No es muy difícil destruir el sofisma de Jellinek, ya que no puede haber autolimitación, o sea, sometimiento al derecho por la sola voluntad del estado, porque tal sometimiento requiere, necesariamente, la existencia de una jerarquía que no emane del sometido, autónoma, lo que excluye el concepto de autolimitación.

Así termina la magna construcción de Jellinek. Su pensamiento se transforma en el principal sustentador de la institución que hoy denominamos Estado de Derecho. Se le concibe, esencialmente, como una entidad garantizadora de los derechos individuales. El poder se legaliza y encuadra en la

(10) **Bodenheimer, Edgar:** "Teoría del Derecho" pág. 236.

(11) **Conde, Francisco Javier:** "Introducción al Derecho Política actual", pág. 67.

(12) **Jellinek, George:** "Teoría General del Estado", pág. 302.

constitución, emanada de ese mismo poder, y la cual, en substancia, es un mecanismo para contenerlo. Según un tratadista, el régimen del estado de derecho se caracteriza "por convertirse en un sistema de precauciones jurídicas" (13).

Pero no se detiene en Jellinek la evolución del positivismo jurídico, a pesar de que, en los sistemas concretos de derecho, alcanza la más alta influencia.

Es en Kelsen, en efecto, donde culmina la línea positivista en una teoría pura del derecho y del estado. Pero antes de entrar a la exposición de la doctrina de Kelsen, examinaremos las consecuencias que para el problema objeto de este trabajo tuvo el método positivista, que, en su forma más depurada, se ha denominado Dogmatismo Jurídico

63. D. **La dogmática jurídica.**— La dogmática jurídica, señalada como actitud científica propia del jurista, pone ante los ojos de éste un objeto formal, con el cual y dentro del cual debe desenvolver su ciencia: tal es el ordenamiento jurídico positivo, vigente en un lugar y tiempo determinados.

Lo que la dogmática jurídica entiende por ordenamiento jurídico-positivo no es difícil de alcanzar. Afirmada la realidad concreta de la existencia, en un estado dado, de una pluralidad de normas jurídicas particulares, aparentemente sin conexión, pensamos esa pluralidad normativa como una totalidad estructurada y sistemática: nos hemos puesto en contacto con la entidad llamada ordenamiento jurídico-positivo.

Obsérvese que éste no es para el jurista dogmático algo que se le proporciona de partida. Por el contrario, la tarea científica del jurista consiste precisamente en construir, elaborar, dicho ordenamiento. Lo que el jurista positivista recibe, y debe aceptar dogmáticamente, son las normas jurídicas particulares, que existen concretamente en la realidad social, no como unidad sistemática, sino aisladas, individualizadas. El jurista dogmático conoce este conjunto de normas particulares, leyes, decretos, ordenanzas, etc., de la misma manera como se impone de ellas cualquiera persona; pero con la diferencia de que el jurista construirá con ese conjunto desordenado de material normativo, la unidad sistemática, ordenada que recibe el nombre de ordenamiento jurídico. Entre el conjunto de las normas particulares captadas como simple pluralidad y ese mismo conjunto pensado como unidad, puede señalarse la diferencia ontológica de que lo primero existe sin necesidad de actividad científica alguna: basta la percepción; en cambio, lo segundo, sólo es posible como resultado de la elaboración intelectual propia de la ciencia jurídica.

Para la ontología valdría afirmar que mientras las normas particulares son entidades ónticas, el ordenamiento jurídico es la entidad ontológica, que permite un conocimiento verdaderamente científico de aquellas.

Se hace preciso, entonces, distinguir claramente dos sentidos que la expresión elaboración del derecho puede tener.

Existe para la ciencia del derecho, como para toda ciencia, un proceso de elaboración de su objeto formal. El jurista lo conoce percibiendo el material normativo que proporciona la fuente de producción del derecho vigente, en la forma común y ordinaria que toda persona emplea con ese fin, códigos, diario oficial y, en general, mediante lo que en técnica jurídica se llama publicación. Naturalmente que este conocimiento, aunque abarque todo

(13) Beneyto, Juan: Ob. cit. pág. 419.

el material normativo positivo, no es un conocimiento científico. La afirmación doctrinaria positiva, de que el derecho se presume conocido de todos no significa: "se presume que todos son juristas" (14).

Sobre este material que recibe la fuente jurídica de un modo dogmático, el jurista realiza su labor científica. Labor constructiva, por cuanto se trata de transformar la pluralidad desordenada e incoherente de mandatos que continuamente va emitiendo el legislador, en una unidad sistemática y coherente, es decir, se trata de elaborar el ordenamiento jurídico positivo, que es lo que constituye el verdadero objeto formal de la dogmática jurídica y, por ende, de la ciencia jurídica.

Nos parece necesario hacer hincapié en esto último. Objeto formal de la ciencia jurídica, desde el punto de vista dogmático, es el ordenamiento jurídico positivo y no la simple agregación material de normas positivas. Cuando a esta agregación de normas, entidad óntica, el jurista añade las categorías propias de su pensar científico, entidad ontológica, surge el objeto formal de la ciencia jurídica: el orden jurídico positivo.

64. E. La dogmática jurídica y sus consecuencias para el estudio de nuestro problema.— El jurista dogmático considera al ordenamiento jurídico como un sistema cerrado y completo de normas listas para ser aplicadas. Su trabajo científico ha comenzado con la indagación de las normas vigentes, para terminarlo, luego de su interpretación a la luz de su engarce con el orden total, en su aplicación al caso concreto. Esto significa que la dogmática jurídica capta sólo dos situaciones de la existencia de la regla de derecho positivo: su vigencia y su aplicación, no considerando el momento de su elaboración. La exclusión del momento creador de las normas positivas por la fuente de formulación del derecho es una de las características típicas de la postura meramente dogmática. La síntesis más clara del dogmatismo jurídico la encontramos en la famosa frase de Buguet: "yo no conozco el derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón" (15).

No puede negarse que el criterio que informa a la dogmática jurídica se impuso durante muchos años como el único verdaderamente científico. Que actualmente ha entrado en crisis no cabe tampoco dudarlo. Paulatinamente se fue dejando sentir su insuficiencia tanto en el campo de la pura teoría, como en el de la técnica jurídica de los profesionales del derecho.

En este último terreno, Ripert ha demostrado la imposibilidad de entender y explicar el derecho privado sin romper el cerco de la mera interpretación del material positivo. Son suyos estos conceptos: "un físico puede explicar los fenómenos de la electricidad sin preocuparse de la forma republicana de gobierno; yo no puedo explicar las leyes de la sociedad en que vivo sin decir 'quien las ha aprobado y por qué'. Antes había dicho: 'La obra capital de principios del siglo veinte, el libro de Gény, trata exclusivamente del método de interpretación. Por eso algunos autores retrotraen a la fecha de esta obra lo que llaman ellos doctrina moderna. Numerosos han sido, a partir de este tratado, los estudios sobre las construcciones jurídicas, o sobre los procedimientos de la jurisprudencia. No debe desconocerse su elevado valor, la finura del análisis, los progresos que han realizado en la aplicación del derecho. Empero, es indudable que al preocuparse exclusivamente de la técnica, el jurista renuncia a dirigir, a crear el derecho". En seguida agrega: "toda una generación, la mía, se ha divertido

(14) Art. 8 del C. Civil Chileno.

(15) Citado por Legaz y Lacambra, Luis: "Filosofía del Derecho", pág. 76.

y abusado del estudio de la técnica. Se la ha vinculado a la idea de que siendo establecido el derecho por el legislador en ejercicio de su plena soberanía, el único medio posible de contribuir a su aplicación o a su progreso, consiste en entregarse con sutileza a la interpretación de las leyes y si es necesario, obtener nuevas soluciones, elevar una construcción técnica para ocultar bien esa novedad". Ha sido, según sus propias palabras, una generación de legistas, pero no de juristas (16).

Se deja sentir aquí, por boca de un gran intérprete del derecho privado, la necesidad de que el jurista, como tal, se zafe de las restricciones impuestas durante años por el criterio de la dogmática, para que pueda abordar decididamente, el tema de por quién y cómo ha de hacerse la ley, es decir, el momento de elaboración o creación de los preceptos positivos por el poder político.

Recassens Siches sintetiza el criterio de la dogmática diciendo: "para el jurista es derecho todo cuanto el oráculo del poder jurídico promulga y reconoce como tal. Por ello se dice que la ciencia del derecho es dogmática: expone contenidos jurídicos limitados, condicionados por la voluntad del legislador supuesta como válida, reducidos a tiempo y espacio, situados en un tramo de la Historia" (17).

Las consecuencias que para el estudio de nuestro problema importa la tesis en cuestión saltan a la vista. Hauriou las resume en su tan conocida queja: "la teoría del poder, que había sido cuidadosamente elaborada desde la Edad Media, se abandonó bruscamente hace cincuenta años".

El jurista dogmático no ignora al estado. No puede ignorarlo porque a éste atribuye la coacción que acompaña a toda regla de derecho; pero no se siente llamado a averiguar qué es el estado, cómo actúa, ni por qué al actuar genera normas respecto de las cuales todos deben sentirse obligados. Es "el oráculo del poder jurídico", y eso basta. Sus dictados deben suponerse válidos.

65. F. a. **La doctrina de Kelsen.**— En la primera parte hemos adelantado bastante sobre el pensamiento de Kelsen. Para no incurrir en repeticiones expondremos, sucintamente, las líneas fundamentales de su programa.

La ciencia del derecho para Hans Kelsen, debe limitarse a conocer el derecho tal como es, sin entrar a consideraciones acerca de cómo "debiera ser desde el punto de vista de determinados juicios estimativos" (18).

De acuerdo con este principio, el estudio del derecho, en Kelsen, tiene por objeto, solamente, el conocimiento de las normas jurídicas positivas, tal como ellas se dan, excluyendo toda referencia a los elementos ético-políticos, que analizan el derecho atendiendo al fin que persigue dentro de una comunidad particular, y, desdeñando, asimismo, los ingredientes sociológicos, que explican causalmente ese mismo derecho.

Sentada esta base, Kelsen entra a deslindar el campo de lo normativo del de la naturaleza, y dentro de aquél, se preocupa de fijar los límites de lo jurídico.

La regla de derecho, afirma, usando el término en un sentido descriptivo, al igual que la forma lógica de las leyes de la naturaleza, es un juicio hipotético que enlaza un hecho y su consecuencia. La diferencia entre ambas

(16) Ripert George: Ob. cit. pág. 20 y 17.

(17) Recassens Siches, Luis: Los Temas de la Filosofía del Derecho" pág. 7.

(18) Kelsen Hans: "Teoría General del Derecho y del Estado" Prólogo del autor, pág. VI.

estriba en el modo de este enlace. En la ley natural la conexión es una relación de causalidad: a una condición, causa, ha de suceder siempre lo condicionado. En el precepto jurídico, en cambio, la relación es de imputación: la consecuencia es referida a la condición, no como efecto de la causa que ésa expresa, sino que es imputada a élla. Como dice Kelsen, "el significado de la conexión establecida en la ley natural queda expresado en la palabra es, mientras que el significado de la conexión establecido por la regla de derecho queda expresado mediante las palabras **deber ser**" (19). Luego, el principio mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto es la normatividad.

Pero al lado del derecho existen diversos otros órdenes de la conducta humana que también expresan un deber ser. Se hace necesario, entonces, precisar claramente los deslindes del campo jurídico. El creador de la Escuela Vienesa sostiene que el elemento diferenciador es la coercitividad que acompaña al derecho. Al respecto sostiene que, para distinguirlo de otros órdenes sociales normativos, hay que reconocerlo como "la técnica específica de un orden coactivo" (20).

El deber ser, al igual que el ser, no puede ser definido: es una categoría formal y originaria. Conde expresa que en Kelsen el deber ser se transforma "en una categoría apriorística para la aprehensión del material jurídico empírico" (21). Hay que dejar bien en claro que para Kelsen no es necesario que el deber ser, contenido en una norma jurídica, sea, por su ser, un deber ser. Es un simple deber ser lógico, una relación entre dos términos, de los cuales, el segundo es imputado al primero; no involucra, pues, un deber ser axiológico.

Las normas de derecho, como hemos ya visto, sólo enuncian lo que debe ser, lo que una conducta humana debe hacer. Es importante hacer notar que en la doctrina kelseniana un deber ser existe, únicamente, cuando hay posibilidad de que no acontezca lo que exige. Si la conducta que prescribe es inevitable estaríamos en presencia de una ley explicativa, causal.

El modo específico de existencia de estas normas es la validez. Afirmar la validez de una norma importa declarar su existencia y, consecuente-mente, su obligatoriedad frente a los hombres cuya conducta regula. "Las reglas de derecho son normas en cuanto tienen validez" (22). Pero aunque el objeto de las normas es determinar la conducta humana, no obsta a su existencia la influencia real o eficacia que tengan. Precisa aclarar, entonces, lo que Kelsen entiende por validez y por eficacia de las normas jurídicas, ya que esta distinción es fundamental en su doctrina.

Una norma es válida cuando está vigente, es decir, cuando ha sido dictada en conformidad a los preceptos que integran el orden jurídico en el cual se inserta, sin que se haya producido el hecho de su derogación, de acuerdo con lo determinado en ese mismo ordenamiento de derecho. La validez de la norma emana de su propia esencia: "es la traducción de la categoría del deber ser" (23).

(19) Kelsen Hans: "Teoría General del Estado y del Derecho" pág. 47.

(20) Kelsen Hans: "Teoría General del Estado y del Derecho" pág. 20

(21) Conde, Francisco Javier: Ob. cit. pág. 99.

(22) Kelsen Hans: "Teoría General del Derecho y del Estado" pág. 31.

(23) Rcasens Siches, Luis: "Estudio preliminar al compendio de Teoría General del Estado" de Kelsen pág. 21.

La eficacia, por su parte, es el hecho de que la conducta de los destinatarios de la norma coincida con la exigencia de ésta. La eficacia no proviene directamente de la norma en sí, ya que no es ésta en su validez la que aparece como eficaz, sino su representación psicológica, esto es, su manifestación a través de la conciencia humana.

Kelsen, al explicar la diferencia que anotamos, dice que “la validez es una cualidad del derecho, y la eficacia una cualidad de la conducta real de los hombres” (24).

Ahora bien, cuando una conducta humana no se conforma con la prescripción normativa, cuando es contraria a la norma, no existe una contradicción lógica, ya que ésta se produce dentro de la misma esfera, ya sea del ser o del deber ser, y no, como en el caso propuesto, entre una norma jurídica, perteneciente a la órbita del deber ser, y la conducta humana, inmersa en el mundo del ser. La norma en cuestión, no obstante habérsela quebrantado, sigue siendo válida.

Resulta entonces que la validez y la eficacia normativas son dos afirmaciones diferentes. Pero para que una norma pueda ser considerada válida es necesario que se encuentre incrustada en un sistema que, en su totalidad, se tenga por eficaz. De manera que la validez de una norma va a estar siempre subordinada a la eficacia del orden jurídico al cual pertenece, eficacia que, a su vez, requiere como condición necesaria de su existencia, cierta correspondencia entre la realidad social y su derecho.

Kelsen, a pesar de sus esfuerzos para construir una teoría pura del derecho, depurada de elementos sociológicos, y en general, no normativos, reconoce esta circunstancia: “una norma no es válida porque es eficaz; es válida si el orden al cual pertenece tiene, en general, eficacia” (25). Sin embargo, pasa por alto tal contradicción, y se limita a demostrar cómo tal problema sólo puede ser conocido desde el punto de vista de una teoría dinámica del derecho.

Hemos expuesto, hasta ahora, en dos de sus aspectos principales, la tesis de Kelsen sobre la norma jurídica: como medio de la ciencia del derecho para conocer su objeto y como instrumento destinado a motivar la conducta humana. Le asigna, además, un papel como criterio valorativo. Veamos en qué consiste.

Afirma, al respecto, que una norma tiene aplicación en cuanto puede utilizarse para formular un juicio estimativo específico que determine la legalidad o ilegalidad de la conducta que debe someterse a la norma. La norma, cuya validez se supone, funciona, en este caso, como una esquema de interpretación, ya que a su luz son analizados los actos que dicen relación con ella. La calificación que hemos enunciado constituye un testimonio sobre una conducta humana coincidente o discordante con la norma. Resulta así que este juicio valorativo es de carácter objetivo, puesto que para emitirlo le basta al juzgador comparar la conducta exigida por la norma con la conducta real de su destinatario.

Frente a este valor de legalidad, “basado en un estado real de las cosas” (26), Kelsen admite la existencia del valor de justicia. Pero sostiene que éste es dependiente del interés del juzgador, ligado a una idea de valor personal, por lo que no tiene cabida en el derecho.

(24) Kelsen, Hans: “Teoría General del Derecho y del Estado” pág. 41.

(25) Kelsen Hans, Luis: “Teoría General del Derecho y del Estado” pág. 43.

(26) Kelsen Hans: “Teoría General del Derecho y del Estado” pág. 42.

66. F. b. **Acto antijurídico y deber jurídico: norma primaria y norma secundaria.**— Habíamos dicho que para Kelsen el derecho es un orden coactivo. Lo que caracteriza la colectividad, en la teoría pura del derecho, es la existencia de la sanción. Una norma que consistiera en un mero imperativo no tendría posibilidad alguna de lograr su objeto; sería por entero análoga a las leyes morales o religiosas. Ciertamente es que no importa en la doctrina kelseniana que las normas de derecho logren su objeto de motivar la conducta humana, ya que ello es independiente de la validez, modo específico de existencia de las reglas jurídicas. Pero para que el derecho sea un orden coactivo, las normas que lo integran deben contener los medios específicos para realizar la coacción.

El derecho necesita, pues, para poder encauzar la conducta de los hombres, en un sentido determinado, de una sanción. Esta no es otra que el modo de reaccionar del orden jurídico, establecido en el propio orden, frente a un obrar que no se ajuste al querer de ese derecho. Hay que hacer notar que la eficacia de las sanciones no reviste mayor importancia. Para que exista la sanción, supuesto de todo precepto jurídico, basta que se encuentre vigente en el derecho de que se trata.

La conducta contraria al orden deseado por la ley es llamada por Kelsen acto antijurídico. Lo define precisamente diciendo que “el acto antijurídico es la conducta de aquel individuo contra el cual se dirige la sanción, considerada como consecuencia de tal conducta” (27).

Sobre esta noción, y encuadrado siempre, estrictamente, en el marco de su construcción de la norma jurídica, elabora el jurista vienés el concepto de deber jurídico. No consiste éste en otra cosa que en la obligación de abstenerse de ejecutar el acto antijurídico.

Según la doctrina que exponemos, el deber jurídico existe específicamente, porque el precepto al cual va enlazado es capaz de ser subjetivado, es decir, susceptible de ser aplicado a una persona determinada. En otras palabras, cuando la norma de derecho, válida para todos los individuos que se encuentran en el ámbito de su vigencia personal, exige a uno de ellos un actuar o un abstenerse dados, y que al ser infringidos hace posible la aplicación de la sanción contemplada en la misma norma o en otra cualquiera del sistema, se transforma en deber jurídico.

A este deber jurídico, o sea, a esta norma de derecho que establece una conducta opuesta a aquélla que es condición de la sanción, la denomina Kelsen norma secundaria. La regla jurídica que establece la sanción para el caso de que la norma secundaria fuere violada es la norma primaria. La norma jurídica secundaria, entonces, tiene por contenido la conducta que se trata de provocar mediante la creación de la sanción, a su vez, contenido de la norma primaria.

Luego, el acto antijurídico se puede definir también, de acuerdo con estos principios, como aquel que es contrario a la norma jurídica secundaria. Pero para Kelsen sólo es derecho la norma jurídica primaria, ya que ella crea la sanción, y como hemos visto, según él, el derecho se singulariza por la coercitividad, la que se ejerce a través de la sanción.

67. F. c. **La concepción de Kelsen sobre el derecho subjetivo.**— La estructura de Kelsen sobre el precepto jurídico, esto es, el enlace en la norma de dos hechos unidos por el vínculo del deber ser, le sirve para construir su concepto de derecho subjetivo.

(27) Kelsen Hans: “Teoría General del Derecho y del Estado” pág. 55.

Para que éste exista, afirma, es necesario que una norma específica otorgue a un individuo determinado la posibilidad de hacer efectivo el deber jurídico de otro. De este modo se subordina la creación del derecho subjetivo al sistema de normas positivas del cual necesariamente deriva. Esta subordinación reviste un doble carácter o, al menos, es doble la exigencia normativa que le da vida: una, que ordena una conducta, y otra, que radica en una persona distinta de aquélla a la cual se impone la conducta, la acción para obtener, coercitivamente si fuere necesario, el cumplimiento de dicha conducta.

La norma de derecho, generalmente, concede esta acción al individuo que tenga interés en sancionar la infracción de un deber jurídico por parte de otro. Pero bien puede aquel no demostrar interés en exigir la sanción, o no desearlo. No por eso deja de ser esta facultad un derecho subjetivo, porque para Kelsen su característica se la da la relación entre la norma jurídica con la persona designada en la misma norma y que debe o puede manifestar su voluntad de que se ejecute la sanción, independiente de la exteriorización de su querer.

El derecho subjetivo, entonces, no está condicionado por la voluntad de su titular, y como dice Kelsen, consiste tan solo “en la posibilidad jurídica de poner en movimiento la sanción” (28).

68. F. d. **La estructura jerárquica de las normas de derecho.**— Hemos visto hasta ahora los elementos que componen lo que Kelsen denomina teoría estática del derecho, reducida al estudio de la norma en sí.

El concepto de norma jurídica sirve para definirnos el derecho, diferenciando su género próximo de otros tipos de ordenaciones de la conducta: moral, religión, reglas de trato social, etc.; no nos proporciona, empero, un criterio que nos permita explicar por qué esas normas que definimos como derecho han de valer como regulaciones obligatorias para nuestra conducta; en otras palabras, no nos resuelve el problema de los fundamentos de validez del derecho. Y esto es lo que pretende resolver la dinámica jurídica tal como la concibe Kelsen, la cual estudiaremos a continuación. “El fundamento de validez de una norma —escribe— proporciona una respuesta a la pregunta: ¿por qué debe uno comportarse como lo prescribe la norma?” Y agrega en seguida: “en tanto en cuanto la validez de una norma es su modo específico de existencia, la razón de validez de una norma es también la base de su existencia” (29).

Hemos visto nosotros, en la primera parte, citando al propio Kelsen, cómo la existencia de toda norma positiva está condicionada a un hecho, o más propiamente, a un acto de creación o de elaboración normativa. Ahora bien, ¿es ese acto fundamento de validez de las normas de derecho positivo? Kelsen responde rotundamente que no y su respuesta está de acuerdo con la rigurosidad lógica de su doctrina. Porque ¿a qué criterio atenerse para otorgar a un acto la virtud generadora de normas válidas? Un jurista no puede afirmar con seriedad científica que una norma vale por el hecho de haber sido establecida mediante un determinado acto de voluntad humana, si no está en condiciones de demostrar que tal acto debe ser considerado como fuente de normas válidas y por lo tanto obligatorias jurídicamente.

(28) Kelsen Hans: “Teoría General del Derecho y del Estado”, pág. 83.

(29) Kelsen Hans; “Los juicios de valor en la ciencia del derecho”, de la colección “La Idea de Derecho Natural y otros ensayos”. pág. 252.

El derecho como orden de la conducta humana no es una norma o un grupo cualquiera de normas. Consiste en un sistema de normas capaces de ser reducidas a unidad.

La pluralidad de reglas que forman este sistema o conjunto constituyen una unidad cuando la vigencia de esos preceptos puede ser referida a una norma última que les otorga validez. Pues bien, la razón o fundamento de una norma, según Kelsen, sólo se puede encontrar en otra norma, en otro deber ser, nunca en un ser; esto significa que las normas jurídicas valen porque han sido dictadas en una forma predeterminada o porque fueron creadas de acuerdo con una regla jurídica previa. Si el modo de elaboración de una norma está fijado en otra anterior, esta última asume, naturalmente, una jerarquía superior con respecto a la primera, la que se encuentra así condicionada por aquélla. "Si nos preguntamos por qué una norma jurídica determinada es válida, la contestación es siempre por referencia a otra norma (superior) que regula la creación de la primera (norma inferior) lo que significa que determina los hechos que condicionan la existencia de la primera norma (inferior)" (30).

Toda la teoría jurídica de Kelsen es una construcción paralela de puntos de vista estáticos y dinámicos del derecho: nomoestática y nomodinámica jurídicas, como él denomina a ambos aspectos de su estudio. Mediante la primera pretende fijar el concepto de norma jurídica y de ordenamiento jurídico, diferenciándolos de cualquier otro tipo de ordenación normativa de conducta. Por la segunda intenta explicar científicamente los fundamentos de validez de las normas que componen el ordenamiento jurídico positivo.

La solución dada por Kelsen a este último problema involucra que las normas tienen orígenes y rasgos distintos, de tal manera que se articulan en una estructura graduada y concebida por relaciones de supra y subordinación, presentándose el orden jurídico como compuesto por diferentes estratos de normas, cuya unidad es la conexión que resulta de que la validez de la una se remonta a la otra, cuya validez, a su vez, está determinada por una norma previa, y así sucesivamente, hasta desembocar, por último, en la norma fundamental, soporte supremo de validez en que radica la unidad de esta serie de actos creadores de normas, y por ende, la validez del orden jurídico. Para establecer si una norma pertenece a un sistema de derecho dado, bastará, pues, con examinar si su validez deriva de la norma fundamental, base de dicho orden.

La validez de una norma, es decir, el por qué esa norma pertenece a un orden jurídico, estriba, como ya hemos visto, en otra norma que regula su creación. Así, una disposición reglamentaria encuentra la razón de su validez en la ley que reglamenta su creación; y la validez de ésta, en la norma que le es superior: en la constitución. Pero la primera constitución positiva de un estado singular, cronológicamente hablando, no puede fundar su validez en antecedentes jurídico positivos, vale decir, en otra norma, porque falta la etapa normativa que la determine. Por eso, en la teoría pura del derecho, el grado superior a la primera constitución, en sentido jurídico

(30) Kelsen Hans: "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", de la colección "La Idea de Derecho Natural y otros ensayos", pág. 252.

positivo, es una norma fundamental hipotética, que Kelsen llama constitución en sentido lógico-jurídico. Su validez se supone, lo que equivale a sostener que no es derecho positivo, no es derecho puesto sino supuesto. Su estudio, para Kelsen, es metajurídico, no cae dentro de la esfera del conocimiento de la ciencia del derecho.

Hemos esbozado así otro de los aspectos más interesantes de la teoría pura del derecho: la estructura jerárquica de las normas reducidas a unidad sistemática que comprende todas las reglas jurídicas adheridas a un derecho positivo vigente. Antes de cerrar este párrafo es preciso aclarar que la idea original de la estructura jerárquica o sistema graduado del derecho positivo no pertenece a Kelsen. Ella fue concebida y expuesta, por primera vez, por Merkel, discípulo del anterior, siendo aprovechada por el maestro vienes para cerrar su sistema de dinámica jurídica.

69. F. e. **La identidad estado-derecho.**— Kelsen embate, ahora, contra el último obstáculo de su concepción puramente jurídica del derecho y del estado, a saber, el dualismo estado-derecho.

El estado, dogmatiza, es una ordenación de la conducta humana. Y es una ordenación del tipo que hemos descrito al hablar del derecho, es decir, un sistema de normas cuyas prescripciones no involucran necesidad causal. Concordando precisamente su teoría del derecho con la del estado, Kelsen afirma que el modo de existencia específico del estado está constituido por la validez o vigencia del ordenamiento normativo que es su esencia.

Distingue, al igual que en su nomoestática, esta validez o vigencia del orden estatal, de su eficacia. Como ya anotáramos anteriormente, lo que aparece eficaz no es el orden normativo considerado en sí mismo, sino la representación de él, la que actúa psicológicamente. Esto no quiere decir que no exista relación alguna entre el ordenamiento estatal y la conducta real de los sometidos a él. Kelsen la expresa del modo siguiente: «Un orden estatal es supuesto como válido normativamente, sólo cuando la conducta efectiva de los hombres, a los cuales se refiere, coincide hasta cierto grado con su contenido» (31). Y como tampoco dicha conducta debe corresponder de una manera necesaria con el orden, hay que admitir una facticidad oscilante entre un máximo, más allá del cual el sistema normativo dejaría de ser tal para transformarse en un conjunto de leyes explicativas, y un mínimo, que de no ser superado privaría de sentido al orden estatal.

Habíamos señalado que para Kelsen la esencia del estado consiste en que es un orden de la conducta humana. El elemento que le da individualidad, que lo distingue de otros órdenes de la conducta humana, es su carácter coactivo. Pero esta coactividad no sólo está dada por constituir la pertenencia a un estado una situación independiente de la voluntad, por lo menos en cierto grado, sino, y principalmente, por la existencia de una vigencia objetiva de las normas que forman el orden del estado. Y como estas normas no son otras que las normas jurídicas, resulta que el estado es una mera personificación del orden jurídico. En otras palabras, Estado y Derecho se confunden.

Por otra parte, una teoría del proceso de creación de las normas de derecho positivo significa una teoría del poder o del estado, ya que todo acto de elaboración o establecimiento de las normas jurídicas positivas, que no sea el negocio jurídico, es un acto de poder, una actividad estatal.

El estado, prosigue Kelsen, no es pues algo que se manifieste en la vida social en forma tangible, y eso es perfectamente comprensible, si se toma en cuenta que su existencia es no empírica. Sin embargo, vemos que las acciones de numerosos individuos las calificamos como actos del estado. Se pregunta el fundador de la escuela vienesa, ¿por qué se atribuye carácter estatal a una

(31) Kelsen Hans: "Compendio de la Teoría General. del Estado", pág. 113.

PARTE PRIMERA

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

CAPITULO PRELIMINAR

ESTATICA Y DINAMICA JURIDICA

1. **El problema de la creación o elaboración del derecho positivo ante la ciencia jurídica.**—No siempre han coincidido los juristas en estimar que lo concerniente a la creación o elaboración del derecho positivo forma parte del objeto formal de la ciencia jurídica.

Particularmente excluyente en este sentido, es el criterio según el cual la tarea del jurista no debe exceder a la de un mero intérprete de los materiales normativos del derecho positivo, con miras a su aplicación en los casos concretos, entendiéndose toda la ciencia jurídica como la sola técnica de dicha interpretación. Este es el punto de vista de la llamada **dogmática jurídica**.

En efecto, para la dogmática jurídica el punto de partida es el derecho en cuanto material de investigación científica ya elaborado, es el derecho como **dato**, desde el cual el jurista debe desenvolver toda su disciplina, limitándose a «reproducir, explicándolos y sistematizándolos, los materiales normativos suministrados por la fuente del derecho vigente, por el legislador si se trata del derecho escrito, y el facto consuetudinario en el derecho no escrito. Trabaja, pues, sobre contenidos que recibe de la fuente jurídica de un modo dogmático» (3).

El jurista dogmático no se siente llamado a explicar por qué ese material sobre el cual trabaja es derecho, por qué existe o «vale» como conjunto de preceptos obligatorios para la conducta humana. No tiene, entonces, por qué interesarle el proceso de creación o elaboración por el cual el derecho positivo llega a existir como tal. Como decíamos, este tipo de jurista considera el derecho como algo ya elaborado y frente al cual sólo le cabe «una función meramente reproductiva y con carácter dogmático» (4). Refiriéndose a este criterio, ha escrito Georges Ripert: «No se considera deseable que los encargados de interpretar, explicar y aplicar el derecho, conozcan perfectamente y digan cómo se elabora la Ley. Los soberanos estiman más a los legistas que a los juristas» (5).

No obstante haberse impuesto durante mucho tiempo como criterio dominante, la ciencia jurídica de hoy ha superado el punto de vista recortado y excluyente de la dogmática, y ha incorporado resueltamente a su objeto el tema de la creación o elaboración de las normas del derecho positivo, abriendo al jurista un terreno de investigación de insospechadas proyecciones científicas (6).

2. **El derecho positivo es derecho elaborado.**—El derecho positivo se diferencia fundamentalmente de cualquier otro tipo de ordenación de la conducta humana, sin excluir al derecho natural, en que siempre requiere para su existencia de una actividad del hombre tendiente a establecerlo o crearlo, aplicarlo y ejecutarlo. Todo orden normativo tiene siempre por contenido material de sus preceptos a la conducta humana que regula, ya sea en orden a la acción o a la omisión; en el orden de lo jurídico normativo, es la conducta de los hombres en su dimensión externa y social. Pero en el caso del derecho positivo, forma de lo jurídico-normativo, la conducta humana no solamente aparece como objeto normado o regulado, sino que también, y típicamente, como

(3) Recassens Siches, Luis.—«Los Temas de la Filosofía del Derecho», pág. 6.

(4) Recassens Siches, Luis.—Ob. cit., pág. 6.

(5) Ripert, Georges.—«La Democracia y el Derecho Civil Moderno», pág. 17.

(6) Mayores observaciones en torno a la dogmática jurídica: ver más adelante, N.º 63 y 64.

acción humana individual? No todos los hombres pueden realizar actos de estado, ni tampoco todas las acciones de una persona, que los pueda ejecutar, son estatales. ¿Cuál es, pues, el criterio diferenciador para apreciar, dentro del complejo de las diarias actividades humanas, los actos que son del estado y aquéllos que no lo son? Recurre Kelsen a una operación mental que denomina imputación. Consiste, fundamentalmente, en un juicio por el cual se refiere al estado un acto humano.

¿Y en qué elemento se basa dicha imputación? “Una acción vale como acto del estado cuando es ejecución del ordenamiento jurídico” (32). La imputación es lícita, entonces, cuando la actividad de una persona se halla determinada, en forma específica, por el orden normativo, cuando puede subsumirse en un orden jurídico creado de antemano. Y el estado, como sujeto de actos creadores de derecho no es otra cosa que el centro de imputación de la totalidad del orden jurídico.

Concebido así el estado como el orden jurídico, todos los problemas de su teoría general los enfoca Kelsen desde el punto de vista de la teoría del derecho. Los tres elementos tradicionales de la teoría clásica del estado: territorio, población y poder, los reduce la teoría pura del derecho a concepciones jurídicas. "Todos los problemas de la Teoría General del Estado son problemas en torno a la validez o vigencia y a la producción del orden jurídico; y, por lo tanto, problemas jurídicos" (33).

70. F. f. **La idea de soberanía en Kelsen.**— En lo que a poder del estado se refiere, definido en la doctrina tradicional por la soberanía, resaltan una vez más las notas substancialmente normativas de todo el sistema de Kelsen. En efecto, su concepto es precisado como “la validez y eficacia del orden jurídico a que el pueblo se encuentra sujeto y de cuya unidad se derivan las del territorio y del pueblo” (34). Y la soberanía viene a ser una cualidad de este poder, o sea, del orden normativo considerado como autoridad de la que emanan los diversos derechos y obligaciones. Esta propiedad consiste “en que es un orden supremo, cuya vigencia no es derivable de ningún otro orden superior” (35).

El problema de la soberanía se transforma en Kelsen en una cuestión íntimamente vinculada al problema de las relaciones entre los diferentes órdenes normativos: es una cuestión normológica. Pero como quiera que un conjunto de normas constituyen un orden sólo cuando su validez o vigencia puede ser referida a una norma única, norma fundamental, concluye que es imposible la coexistencia de dos o más órdenes jurídicos. De aquí se extrae la esencia de la soberanía: unicidad o exclusividad.

Una cerrada sistemática y una logicidad no contaminada caracterizan la Teoría Pura del Derecho. Según un autor es "la última palabra de la metafísica positivista" (36). Y en realidad, una doctrina puramente normativa del derecho y del estado, forzosamente, y no obstante su atrayente construcción, termina disociada por completo de la vida social, convirtiéndose en un formalismo vacío de contenido.

(32) **Kelsen Hans:** "Compendio de la Teoría General del Estado"; pág. 203.

(33) **Kelsen Hans:** "Teoría General del Derecho y del Estado", pág. 130.

(34) , , : , , , , , , , , 268.

(35) , " : , , , , , , , , . 136.

(36) **Conde Francisco, Javier:** Ob. cit. pág. 97.

CAPITULO TERCERO

TENDENCIAS MODERNAS DE LA TEORIA JURIDICA: REPLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

71. Duguit y la noción de soberanía.—El sistema jurídico político positivista, identificado con el estado liberal, y que desde su aparición predominara casi sin contrapeso, es objeto, desde el comienzo de la presente centuria, de críticas demoledoras.

Kelsen inicia esta ofensiva, pero al hacer suyo el postulado de Laband sobre la pureza del método, y al aplicarlo rigurosamente, termina por elaborar una doctrina que, necesariamente, habría de provocar reacciones, no sólo contra sus propias ideas, sino también contra aquéllas que había intentado desplazar.

Pueden reducirse a cuatro las posiciones de ataque al positivismo: la que representa Duguit; la de Schmitt y Heller, agrupados en el decisionismo; la de la fenomenología y la teoría de la institución. Un estudio acabado de cada una de estas posturas jurídicas rebalsaría el marco de este trabajo; por eso condensaremos de ellas sólo sus notas más interesantes, para presentarlas en una línea de continuidad con el resto de nuestro estudio.

Contra las doctrinas imperantes en su tiempo, Duguit inicia un doble embate: el primero, dirigido sobre la noción de soberanía, y compréndase bien, no contra determinada doctrina sobre la soberanía, sino contra la idea misma de soberanía, entendida como un derecho de mando cualquiera; el otro, constituye una posición nueva ante el problema de la limitación del poder del estado.

Tres objeciones principales opone Duguit a la idea de soberanía.

La primera de ellas se refiere al origen del derecho de soberanía. Si tal derecho existe, argumenta, debe tener una explicación. Esta debe contestar concretamente la siguiente pregunta: ¿Cómo es que determinados hombres tienen el derecho de imponer por la fuerza su voluntad a los demás? Se responde así mismo: esta cuestión es insoluble, ya que para responderla habría que demostrar cómo determinadas voluntades serían, en esencia, superiores a las otras, o admitir, como en las doctrinas teocráticas, la intervención de un poder extra-terreno, todo lo cual conduciría al asunto fuera de la esfera científica.

El otro problema, según Duguit sin solución, que plantea la soberanía, es el del sujeto de ese derecho. Como la soberanía implica necesariamente un sujeto dotado de voluntad, que la ejerza, es preciso indagar quién es este sujeto. El autor cuya doctrina nos preocupa, sostiene que es enteramente imposible lograr este objetivo y, para demostrar su acerto, analiza las tres doctrinas propuestas por los juristas.

Se ha dicho, en primer lugar, que el sujeto del derecho de soberanía es el individuo o grupo de individuos que, de hecho, detentan el poder. Es la vieja teoría del estado patrimonial, según la cual el estado es la cosa del soberano. Esta tesis, nacida para justificar las monarquías absolutistas, ha sido abandonada por la teoría del estado y ya no es necesario destacar su falsedad.

Según otros autores, los que aceptan la tradición de la Revolución Francesa, el titular de la soberanía es la nación, es decir, el pueblo considerado en su unidad política. La nación solamente delega el ejercicio de la soberanía en personas u organismos que la representan, y con los mismos efectos como si fuere la nación misma la que actuase. Duguit responde que la nación no podría ser sujeto del derecho de soberanía, porque las colectividades no tienen personalidad distinta de la de los individuos que la componen; que, como según la teoría del mandato representativo, éste es conferido desde el instante mismo de la elección, no se

puede comprender lógicamente, en el caso en que la delegación es entregada a una asamblea, la forma cómo ésta puede recibir el mandato, ya que aún no se ha constituido; y que, por último, aceptar esta tesis significaría introducir en el estado una dualidad de personas soberanas: la nación por una parte y el representante por otra, sin que la naturaleza de sus relaciones esté determinada con precisión.

De acuerdo con una tercera doctrina, la de Jellinek, expuesta en páginas anteriores, el sujeto de soberanía es el estado mismo, por cuanto los gobernantes son, no los representantes de la nación, sí los órganos del estado, persona soberana en su unidad e indivisibilidad. Duguit repite su argumentación: al igual que la nación, el estado no es una persona, ya que carece de una voluntad distinta de la que poseen los individuos que agrupa. Además, dice, el estado es persona soberana, debe serlo en todas las manifestaciones de su actividad. ¿Cómo se explica entonces que a menudo actúe como persona privada, en un pie de igualdad con los particulares? Por otra parte, afirma, existen dos hechos que impiden aceptar la concepción del estado soberano; la de la centralización por regiones, que entrega a instituciones, como los municipios, por ejemplo, ciertas prerrogativas propias de la soberanía; y, enseguida, el federalismo, en que se ve a los estados federados gozar de derechos de poder público que deberían pertenecer al estado federal.

La conclusión a que llega Duguit respecto del sujeto de la soberanía, es bien clara: es imposible concebir un sujeto soberano, por lo que no hay otra solución que negar, pura y simplemente, la idea de soberanía.

La tercera cuestión insoluble suscitada por el concepto de soberanía, sería, a los ojos de Duguit, el de la conciliación de esta soberanía con el principio de que el estado debe estar sometido al derecho. Soberanía y sometimiento al derecho constituyen para Duguit, términos antinómicos. Opta, entonces, por negar la existencia de la primera, y se aferra a la sumisión del estado al derecho, arguyendo que, en caso de ser desconocido este principio, se terminaría con el derecho mismo, y, consecuentemente, con todo orden humano, el que sólo puede estar fundado en el derecho.

72. La limitación del poder según Duguit.— El otro aspecto de la doctrina de Duguit que nos interesa destacar aquí, es el que se relaciona con el problema de la limitación del estado. Su desarrollo es un ataque permanente a la teoría de Rousseau y, en general, a la doctrina de los derechos individuales.

Resumamos su exposición al respecto. El hombre natural, aislado, nacido en condiciones de absoluta libertad e independencia frente a los demás hombres, y en posesión de derechos fundados en esa misma libertad, es una abstracción sin realidad alguna. De hecho, el hombre nace ya miembro de una colectividad y no puede vivir sino en sociedad; el punto de partida de toda doctrina sobre el fundamento del derecho, aunque sea, como debe ser, el hombre natural, no es pues el hombre aislado y libre creado por los filósofos del siglo XVIII, sino el individuo ligado, desde su nacimiento, por los lazos de la solidaridad social. La ley de la solidaridad social está constituida en el estado, según Duguit, por un elemento que establece a priori en su doctrina, cual es la regla de derecho, o sea, el derecho objetivo. Este, válido para todos, gobernantes y gobernados, se concreta para los primeros en la obligación de realizar ciertas leyes y no hacer otras.

Adentrándose en el concepto de estado, afirma que éste aparece desde que existen en un grupo social dado uno o varios hombres que, al detentar una mayor fuerza, obtienen la obediencia de los demás. El estado es, pues, para Duguit, un fenómeno de poder, del poder de determinados hombres sobre otros hombres. Este poder no es más que un hecho que no posee en sí mismo ningún carácter de legitimidad o ilegitimidad. Es el simple producto

de una evolución social, de la cual sólo se puede fijar la forma y marcar sus elementos. La distinción positiva entre gobernantes y gobernados, inherente a la noción de estado, es la posibilidad que para aquéllos existe de dar, a los otros, órdenes sancionadas por una compulsión material.

Ahora bien, la limitación de este poder, que es el del estado, se encuentra en la regla de derecho representativa de la solidaridad social. En este sentido se entiende la afirmación de Duguit que el estado está fundado en la fuerza, pero que esta fuerza no es legítima sino cuando se ejerce conforme a derecho.

Hagamos presente, por último, la peculiaridad que presenta la solución que Duguit da al problema de la limitación del poder del estado. No es este poder, en sí mismo, el que se encuentra contenido por la regla de derecho, por el derecho objetivo; es la actividad de los individuos que detentan el poder la que, en virtud de la solidaridad social, está ligada al derecho.

73. El concepto de decisión en Schmitt.— La obra de Schmitt está destinada, más que a crear un sistema lógico jurídico de conceptos generales, a dar pautas a la actividad política. “Es un pensador de la acción política atento a la realidad política misma” (1).

El concepto central de su tesis está constituido por la idea de decisión. Este elemento, fundamental en todo el derecho, según Schmitt, da existencia a la norma jurídica. En una regla legislativa, por ejemplo, cualesquiera sean los antecedentes que la acompañen, y sin importar los objetivos que se han tenido en vista al formularla, hay un momento en que su nacimiento se subordina a la decisión que al respecto tomen los encargados de producirla. La decisión entonces es previa a la norma, y hace que ésta tenga un carácter que no se le da su contenido; este carácter es la decisión misma convertida en un elemento independiente que hace que la norma sea tal. Según Schmitt, la decisión se encuentra en toda percepción jurídica, y es a través de ella que se constituye el ordenamiento de derecho.

Construido el cimiento de su doctrina, y apoyado férreamente en él, inicia su crítica del positivismo en general, y del normativismo kelseniano en especial. La idea de la reducción del derecho a normas puras, dice, se afirma en un fundamento bien preciso: todas las conductas humanas, susceptibles de formar un contenido jurídico, deben estar previstas en las normas. Pero esta previsibilidad, continúa, no existe, ya que la norma, por definición, sólo considera lo normal. De este modo, los estados excepcionales no podrían subsumirse en las normas, ni normativamente podría apreciarse la normalidad o excepcionalidad de un caso determinado.

Sin embargo, de hecho, el soberano decide sobre el caso de excepción. Concluye, pues, que el problema de la soberanía, del poder político, no puede ser explicado con un criterio normativo.

En cambio, el concepto de decisión permite hacerlo. En efecto, el derecho, creado por el poder político, tiene su raíz en la voluntad, es decisión y no norma, vale porque así ha sido establecido y no como realización de algo de valor. Todas las reglas de derecho encuentran, así, la razón de su existencia en la voluntad que las ha creado, y es innecesario entrar a investigar dicha voluntad para juzgar la validez de las normas.

74. La doctrina fáctica de la constitución.— Para explicar la totalidad de un ordenamiento jurídico dado hay que recurrir, sostiene Schmitt, a la base del sistema, a una instancia última. Esta cuestión es de capital impor-

(1) Conde, Francisco Javier: Ob. cit. pág. 193.

tancia en su obra, ya que para él toda normatividad supone una decisión fundamental, y las normas que componen un orden cobran sentido sólo en virtud de su conexión con esa decisión. La base del orden jurídico es denominada por Schmitt instancia decisoria suprema, la cual tiene como característica el poder decidir sobre el caso de excepción, no previsto en forma alguna.

De estas decisiones fundamentales supremas, últimas, nace la constitución. Una forma especial del poder político, el poder constituyente, realiza un acto, adopta una decisión de la cual surge la constitución. Supone este acto del poder constituyente, así por lo menos lo afirma Schmitt, una voluntad política preexistente que decide sobre el modo y forma de unidad política. La unidad política no nace, entonces, de la constitución sino que es antecedente de ésta. La constitución, es decir, el acto decisorio supremo del poder constituyente, recoge esa unidad política que ya existe, "realidad existencial" la llama Schmitt, y se limita a determinar su estructura. De modo que la voluntad del poder constituyente, por un acto de decisión, hace que la constitución que crea, es decir, el conjunto de normas a que da vida, tenga como contenido la totalidad política, que es su supuesto, y a la cual da forma de existencia particular.

De lo expuesto, se desprende que para Schmitt el concepto de constitución envuelve dos significados diferentes.

Según uno de ellos, la constitución no es otra cosa que la traducción de la manera de ser concreta de determinada unidad política. En este sentido, involucra la totalidad del estado particular en su concreta existencia real; como dice Schmitt, "el estado no tiene una constitución según la que se forma y funciona la voluntad estatal, sino que el estado es constitución, es decir, una situación presente del ser, un "status" de unidad y ordenación" (2).

Pero la constitución es también, para la tesis schmittiana, un sistema de preceptos jurídicos que encierran una normación total de la vida del estado. Es decir, no está formada por leyes cualesquiera, sino por normas que, en su conjunto, se transforman en unidad y totalidad que regulan jurídicamente la creación y ejercicio de la voluntad del estado. "El estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la constitución como norma fundamental" (3).

Esta ordenación jurídica contiene, para Schmitt, dos ingredientes diferentes: uno, normativo y otro, real, producto de la ordenación concreta. La unidad y ordenación están dadas por la existencia política del estado, y no por las leyes, reglas u otra clase de normatividades.

De modo que para la doctrina que exponemos, la legitimidad de una constitución no radica en consideraciones ético-jurídicas. Ella estriba, y anotemos que se refiere la legitimidad aludida al reconocimiento de la constitución, no tan sólo como situación de hecho sino, además, como ordenación jurídica, en la fuerza que descansa, a su vez, en la única circunstancia de que el sujeto del poder constituyente puede, a su arbitrio, fijar el modo y forma de existencia estatal, substancia de la constitución. "El especial modo de la existencia política no necesita ni puede ser legitimado" (4).

(2) Schmitt, Carl: Ob. cit. pág. 4.

(3) " " " " " 8.

(4) " " " " " 101.

Reafirma Schmitt con estas palabras su idea de que la validez de la norma constitucional no reside ni en la cerrada sistemática pretendida por Kelsen, ni en una presunta justicia que inspire su contenido. Vale en virtud de la voluntad política existencial que posee el que la crea. Y la unidad política preexistente, portadora de la decisión política previa que traduce dicha voluntad, tiene su valor en su existencia misma. “Lo que existe como magnitud política, es, jurídicamente considerado, digno de existir” (5).

En suma, para Schmitt, el derecho es un fenómeno de voluntad, voluntad capaz de decidir, y al hacerlo, crear derecho, sin que su fuerza requiera justificación jurídica, ya que vale en sí.

Aunque la tesis de Schmitt, someramente bosquejada, fué abandonada por su autor, no por eso deja de tener palpitante actualidad por su relación con el Derecho Político del estado totalitario. Este constituye uno de los temas favoritos del derecho público nuevo y ha sido, precisamente, el esquema de Schmitt el elemento que ha servido de pedestal a su concepción.

75. El método de Heller.— Nos detendremos, a continuación, en la teoría de Hermann Heller sobre el estado, empezando por una breve exposición de las bases metodológicas en que ésta se funda.

El estado, enseña Heller, debe ser estudiado como una entidad adscrita, simultáneamente, al campo propio de las ciencias culturales, de la realidad y como estructura.

El objeto de la teoría del estado es ciencia de la cultura, es decir, pertenece a aquella parte de la realidad material en la cual sus transformaciones aparecen como expresión y resultado de la acción humana encaminada a su fin. Como corolario de esta afirmación resulta que la posición del sujeto, que estudia al estado, frente al objeto de su conocimiento, se reduce, en cierto sentido, a un comprenderse a sí mismo, ya que dicho objeto no es externo ni extraño al sujeto cognoscente. El comprender de las ciencias culturales, como dice Heller, “constituye una especie singular de la aprehensión del objeto, y su singularidad consiste en que las transformaciones que tienen lugar en el mundo son concebidas desde el punto de vista de los fines humanos” (6).

Pero al mismo tiempo, la teoría del estado, según Heller, es ciencia de la realidad, usando el término en oposición a la ciencia del espíritu. Su misión, entonces, es estudiar el estado en cuanto realidad; su objeto debe perseguir la comprensión de una realidad que conocemos como estado, y no investigar, como textualmente manifiesta, “una conexión de sentido o un contenido efectivo que tenga su expresión en el estado, ni tampoco las causas psíquicas de la actividad estatal” (7).

Accentuando esta idea, Heller, en densas páginas, defiende su tesis de que la teoría del estado, como ciencia de la realidad, debe considerar al estado como formación real, y, por consiguiente, “comprenderlo y explicarlo causalmente mediante la interpretación de la conexión de actividad histórico-social” (8).

(5) **Schmitt Carl:** Ob. cit. pág. 25.

(6) **Heller Hermann:** Ob. cit. pág. 55.

(7) > > > > > 63.

(8) > > > > > 68.

Por último, para Heller, la teoría del estado es ciencia de estructura y no ciencia histórica. Para asentar esta posición empieza por afirmar que la historia comprende la "categoría fundamental del sucederse de la serie temporal, del movimiento incesante y de la transformación permanente de todas las formas de la actividad humana" (9). Y el estado, si bien es algo que deviene, también da forma a este devenir propio. De este modo, la teoría del estado debe estudiar su objeto como una estructura en constante devenir.

La dialéctica que resuman estas argumentaciones acompaña toda la obra helleriana.

La teoría del estado es, en Heller, como ya hemos dicho, ciencia de la realidad, y como tal, ordenación y transformación de lo real en la mente. Pero aquí se presenta un grave escollo en el pensamiento del autor que nos ocupa. Las ciencias no pueden reproducir toda la realidad propia, contenido de cada una de ellas: sólo les cabe, mediante procesos de la inteligencia, representarla conceptualmente. Y la realidad social no puede ni siquiera representarse en los conceptos generales propios de las ciencias de la naturaleza. Para resolver cómo han de ser los conceptos de la teoría del estado, sin que pierdan su carácter de realidad, se hace Heller el razonamiento que resumiremos en las siguientes líneas.

Toda realidad es, sin excepción, individualidad; ahora bien, las ciencias culturales, la teoría del estado dentro de ellas, tiende precisamente a explicar la realidad histórico-social individualizada. La teoría del estado necesita entonces de un modo conceptual que, sin dejar de considerar el contenido histórico concreto, no se confunda con la individualidad del estado real y particular, o como dice Heller, "que capte los rasgos característicos de cada estructura histórica de la realidad, pero que tenga una validez que trascienda de lo meramente singular" (10).

Resumiendo lo expuesto hasta ahora, podemos sostener que la teoría del estado para Heller cumple su propósito describiendo e interpretando el contenido estructural de nuestra realidad política, debiendo concebir al estado como forma real que actúa en el mundo histórico-social, y tomar como punto de partida la conexión social total, en la cual se realiza plenamente nuestro ser, y, en consecuencia, su parte política.

Siguiendo rigurosamente los planes metodológicos que el mismo se trazara, Heller hace una exhaustiva descripción del ser del estado, considerando las comunidades de valor y cultura que se actualizan en su presente y refiriéndose a su futuro. Pues, como sostiene, "toda representación presente de la estructura del estado, cuya actualización se realiza de modo constantemente renovado, nace únicamente del hecho de que estimamos a un determinado poder en voluntad, frente a los demás, como el formador del futuro, es decir, que entre diversas tendencias de evolución, señalamos a una como únicamente válida para el futuro, pudiendo ella ser, en relación con la situación presente, reaccionaria, conservadora o revolucionaria" (11).

Y siendo la realidad del estado su unidad, producida a su vez por unidades humanas, resulta necesariamente conectada con la totalidad de las condiciones naturales y culturales de la vida social. La misión de la teoría del estado consiste en demostrar cómo éste es un fenómeno substantivo dentro de las referidas condiciones.

(9) Heller Hermann: Ob. cit, pág. 70.

(10) " " " " " 83.

(11) " " " " " 76.

76. El derecho: su singularización.— Conociendo ya estos principios no es difícil adivinar el bosquejo de la obra de Heller.

Comienza con un análisis de los supuestos históricos del estado actual, para detenerse, minuciosamente, en las consideraciones naturales y culturales de la unidad estatal. En ellas se comprende el estudio de aquellos factores que, en una forma u otra, determinan la unidad estatal e informan su acción. Se explaya sobre las condiciones geográficas de la actividad estatal; sobre ésta en cuanto aparece influenciada por la población, considerada en su doble aspecto, natural y cultural; sobre la opinión pública y la división económica en clases como determinantes de la unidad estatal; y especialmente, investiga la influencia del derecho sobre esta última.

Examinaremos sólo éste último punto por ser el que tiene mayor atinencia con el objeto de este trabajo.

Si la realidad histórico-social es el supuesto de la unidad estatal en la teoría helleriana, la realidad social es también el punto de partida para construir su concepto del derecho. Este derecho que aquí estudia Heller es el derecho positivo y no la idea de derecho.

La realidad social, para Heller, es producto de la actividad humana ordenada en cierto grado. Sin ordenación, es imposible que existan grupos sociales. Estas ordenaciones pueden tener como base, ya disposiciones de carácter natural: nacimiento, necesidades vitales, etc., ya relaciones de índole voluntaria. Las últimas las clasifica la doctrina que exponemos en dos grandes clases: aquellas que tienen un carácter de mera regularidad afectiva o de normalidad, y las que se presentan como exigidas, o sea, que se dan normativamente. Estas constituyen el derecho positivo.

Diferencia Heller en seguida al derecho de otras categorías de las ordenaciones sociales: moral y religión. Aquel valora las acciones por su efecto sobre la sociedad, es decir, relativamente. Las últimas juzgan la conducta externa de los hombres sólo en cuanto sea expresión de un querer íntimo. "La religión y la moral pueden conformarse con un ánimo acomodado a la norma, con la moralidad; y al derecho es suficiente la conducta externa ajustada a la norma, la legalidad" (12).

Pero hay otras ordenaciones sociales que es necesario distinguir claramente del derecho. Estas ordenaciones de hecho, uso social, costumbres, sólo expresan la conducta tal cual es. El derecho, en cambio, exige una conducta humana, trasciende de la pura esfera del ser, porque de las diversas posibilidades de la realidad, escoge una a la cual estima que debe ser, siempre eso sí, dejando la eventualidad de que no acontezca. Las normas de derecho, entonces, se presentan subordinadas a la esfera del ser, en el sentido que descansan en un querer real, persiguiendo simultáneamente su cumplimiento.

A esta altura del pensamiento de Heller aparece de un modo nítido la gran diferencia que lo separa de Kelsen y Schmitt, ya que, como hemos visto, en dichos autores las normas son mera positividad y pura voluntad, respectivamente.

Heller continúa su exposición sobre el tema considerando un hecho histórico. En los diferentes grupos sociales, dice, e incluso en un mismo grupo social, en distintas épocas, un mismo contenido normativo aparece como mandato ya del derecho, ya de la religión o de la moral. Esta observación lo hace concluir que los contenidos de las normas no pueden ser elementos decisivos para distinguir las diferentes categorías normativas entre

(12) Heller Hermann: Ob. cit. pág. 207.

sí. ¿Cuál puede ser entonces dicho elemento? El mismo se da la respuesta: el derecho se distingue de todas las demás ordenaciones sociales por el modo como se establece y asegura su cumplimiento, es decir, por órganos del estado encargados de crearlo y ejecutarlo.

Pero agrega que esto no significa que los órganos del estado determinan de una manera completamente libre los contenidos jurídicos, ni que, independientes de otros factores, sean los únicos capaces de hacerlos cumplir. Hay instituciones: matrimonio, propiedad, familia, históricamente anteriores a la forma estatal. Pero desde que la organización del estado nace, la fuente de validez formal de todas las instituciones que regula, incluso la de aquellas que tienen su origen en la actividad de fuerzas sociales no derivadas del estado, proviene de éste. “Por muy total que sea un estado nunca podrá absorber toda la actividad social ni eliminar por completo su fuerza productora de derecho. Y justamente porque el derecho y las reglas convencionales tienen muchas veces el mismo contenido, sólo pueden ser diferenciados por el carácter estatal de su creación y aseguramiento, que acompaña al primero” (13).

77. Estado y derecho.— Enfrentando a esta altura de su doctrina con el problema de las relaciones entre estado y derecho, Heller afirma que esta cuestión sólo puede comprenderse estimando a las normas de derecho, a la vez, como un deber ser jurídico y como expresión de un querer humano real, o sea, siempre hay que considerar al poder estatal, que crea esas normas, como ya sometido al derecho. Sólo de este modo, dice Heller, puede ser superada la oposición entre derecho y poder del estado. “Hay que concebir al derecho como la condición necesaria del estado actual, y al estado como la necesaria condición del derecho presente” (14).

Podemos caracterizar, entonces, la doctrina helleriana, en lo que a relaciones del poder del estado con el derecho se refiere, diciendo que todo poder político aspira a la forma jurídica establecida y asegurada por órganos estatales.

Es en la constitución positiva donde se transforma en relaciones jurídicas el complejo de la actividad estatal. Es decir, el estado, o para ser más exactos, la organización del estado, se identifica con la constitución, y con ella alcanza aquél existencia y unidad de acción.

Pero la constitución no es mera traducción de una normalidad: es también normatividad, puesto que todo derecho es realidad sometida a reglas jurídicas. La normalidad aparece así complementada por la normatividad. Como afirma Heller, “al lado de la regla empírica de previsión ha de aparecer la norma valorativa de juicio” (15).

Es decir, según Heller, los preceptos jurídicos constitucionales no pueden ser analizados sólo en sí, ya que su validez depende de la conexión que tengan con aquellos principios que reflejan la estructura social. Y la constitución sólo da a dicha estructura carácter de juricidad normada.

(13) **Heller Hermann:** Ob. cit. pág. 211.

(14) “ ” ” ” ” 213.

(15) “ ” ” ” ” 280.

78. Justificación del estado.— Hemos resumido suscintamente, la descripción que hace Heller del ser del estado, materia que, de acuerdo con sus propios principios metodológicos, debería llenar su teoría del mismo. Y sin embargo, abandonando su programa, entra de lleno en el problema de la justificación del estado.

“Todo poder estatal, por necesidad existencial, tiene que aspirar a ser poder jurídico, pero esto no significa solamente actuar como poder en sentido técnico jurídico, sino valer como autoridad legítima que obliga moralmente a la voluntad” (16).

Esta frase sintetiza perfectamente el pensamiento de Heller. Con ella quiere significar que el carácter necesario de la función jurídico-social del estado, para hacer efectiva la organización y actuación de la comunidad, no basta para legitimar ni justificar su poder; podría, apenas, explicar por qué existe el estado como institución, pero nunca justificar la institución estatal ni un estado concreto.

Niega, dogmáticamente, que el estado responda a una necesidad de la sociabilidad humana en general, y que ha existido siempre; y aún, admitiendo una afirmación contraria, sostiene que no por ello se demuestra que el estado no desaparecerá en el futuro.

La justificación del estado reside, para Heller, en el hecho de que asegura, no una ordenación social territorial cualquiera, sí la creación y mantenimiento de un orden justo. O sea, en la necesaria correlación entre función estatal y función jurídica, entendida esta última en el sentido que más adelante veremos, encuentra su consagración el ente estado. El estado está justificado para Heller, repetimos, en cuanto mediante sus órganos asegura el derecho en un determinado momento de la evolución de los grupos sociales. Pero el derecho a que aquí alude Heller ya no es el mismo a que hacía referencia cuando a través de él explicaba el ser del estado, es decir, el derecho positivo, sino primera y fundamentalmente, lo considera como el conjunto de principios morales que informan las normas jurídicas positivas.

Claro está que Heller estima que la validez ideal de estos preceptos es inseparable de la exigencia de la validez social en la cual se insertan, ya que, según hemos visto, toda su teoría del deber ser jurídico lo estima, al mismo tiempo, como tal y como ser. En otras palabras, los principios jurídicos supra-positivos tienden siempre a manifestarse en la forma de reglas jurídicas positivas, y para ello requieren de un poder, de una autoridad, que los establezca como tales y los haga ejecutar.

El principio ético de derecho, supraordinado a la norma positiva, a la cual da su fuerza moral obligatoria y justificación consiguiente, se diferencia de esa “por su carencia de seguridad jurídica, que consiste, de una parte, en la certidumbre de su sentido, y, de otra, en la certeza de su ejecución” (17).

Los principios suprapositivos, para Heller, se limitan a trazar las líneas generales que deben seguir los ordenamientos jurídicos positivos; para usar algunos de sus términos, no suministran decisiones para los casos concretos. Son las normas jurídicas positivas las que cumplen con esta misión,

(16) Heller Hermann: Ob. cit. pág. 243.

(17) , , , , , 248.

sujeto normante, en cuanto es sólo en virtud del actuar consciente de los hombres que el derecho positivo es creado o establecido.

Tiene razón Hermann Heller al señalar que no es el contenido normativo el elemento decisivo para distinguir el derecho positivo de las demás ordenaciones de conducta, «sino la autoridad a la que se atribuye el establecimiento de la norma. Las normas de la intención son referidas por el hombre del actual mundo occidental, en cuanto a su establecimiento y garantía, a la conciencia, a la razón o a Dios, mientras que las normas sociales las imputa a la voluntad humana» (7).

Ante la condición de sometimiento al derecho en que se encuentra el hombre no cabe olvidar, pues, esta otra según la cual el derecho positivo es siempre una dimensión vital del ser humano, pues existe sólo en la medida en que el propio hombre lo crea o elabora.

En el pensamiento escolástico esta doble manera de estar vinculado el actuar del hombre al derecho positivo, exprésase en la idea de las **causas**, que permiten fijar el concepto esencial de la ley civil. De este modo, mientras se considera como «causa material» del precepto positivo a la acción u omisión exigida al súbdito, señalase como «la causa formal» del mismo al acto racional de la autoridad encargada de crearlo o establecerlo.

Poniendo de relieve la condición de sujeto activo que le cabe al hombre en la creación o elaboración del derecho positivo, escribe Joaquín Ruiz Jiménez: «El hombre tiene conciencia —y la manifiesta a veces enfática y hasta explosivamente— de que el derecho es creación suya. Ante una gran montaña o un gran abismo no se le ocurre sostener, si está en su sano juicio, que es obra suya sino de Dios o de la Naturaleza, tales cuales sean sus creencias; en cambio, el artista ante la estatua, el poeta ante sus versos, el legislador o, simplemente, el ciudadano ante el derecho de su pueblo, expresan la convicción de que, total o parcialmente, eso que contemplan es fruto de su espíritu» (8).

Si la existencia o validez de los preceptos que integran el derecho positivo está vinculada de un modo tan radical a la actividad jurídica creadora que el hombre desarrolla, en forma tal que es lícito afirmar con Renard que «en verdad, toda ley positiva, humana o divina, civil o eclesiástica, es un acto de voluntad» (9), no se ve cómo la ciencia jurídica, que ha de pretender, lógicamente, abarcar toda la realidad del derecho positivo, pueda llegar a desentenderse del proceso creador en virtud del cual tal derecho llega a ser precisamente lo que es.

3. Estática y dinámica jurídica.—La visión estrecha de la dogmática jurídica, que le impide abordar el tema de la creación de las normas positivas, es propia de una de las manifestaciones más decadentes del positivismo: aquella según la cual la tarea propia del jurista se limita a practicar, en el texto de las prescripciones legales, el arte de la interpretación literal, según definición tomada casi textualmente de Schmitt.

Sin embargo, la reacción contra una postura científica como ésta, ha tenido lugar en el terreno mismo del pensamiento positivista. En efecto, la obra del más brillante de los positivistas actuales, Hans Kelsen, representa el mayor esfuerzo científico realizado para incorporar a la temática jurídica los problemas relativos a la creación o elaboración del derecho positivo. En las palabras que siguen, se pone claramente de manifiesto su actitud de reacción contra el viejo positivismo de la mera interpretación literal: «La jurisprudencia analítica, como la presenta Austin (10), considera al derecho como un sistema de reglas completas y listas para ser aplicadas, sin tener en cuenta el proceso de su creación. Es una teoría estática del derecho. La teoría pura del derecho reconoce que un estudio de la estática del derecho debe ser completado por un estudio de su dinámica, es decir, sobre el proceso de su creación» (11).

(7) Heller, Hermann.—«Teoría del Estado», pág. 208.

(8) Ruiz Jiménez, Joaquín.—«Introducción a la Filosofía Jurídica Cristiana», pág. 67.

(9) Renard, George.—«El Derecho, el Orden la Razón», pág. 137.

(10) John Austin es un típico representante del dogmatismo jurídico, corriente que en Inglaterra se conoce bajo la denominación de «Jurisprudencia Analítica».

(11) Kelsen, Hans.—«La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica», ensayo de la colección «El Derecho Natural y otros ensayos», pág. 227.

al decidir, de acuerdo con esos principios, cuándo determinada situación espacial, temporal y personal, puede convertirse en derecho. Para esto requieren “la existencia de un poder autoritario que declare y ejecute lo que en cada situación concreta deba ser derecho” (18).

El estado, en resumen, encuentra su justificación en el hecho de constituir una organización que asegura la juricidad. Por esto, advierte, no debe ser interpretado en un sentido liberal o dándole un alcance conceptual meramente técnico. Quiere decir que se justifica, según se explicó, por aplicar los principios éticos que deben informar todo derecho positivo. Pero como estos principios, que se refieren únicamente a normas de conducta, no consideran los problemas de competencia, es decir, no se pronuncian sobre la autoridad que debe crear y mantener el derecho, son las ideologías socialmente válidas, empleando una expresión helleriana, las que deciden al respecto. Este problema entra de lleno en la problemática de la justificación de un estado concreto.

79. El método fenomenológico.— El fundador del método y de la filosofía fenomenológicos es Edmund Husserl. Es preciso señalar como influencia decisiva en éste, los trabajos de Franz Brentano, quien lo vinculó a la tradición filosófica escolástica. Se puede decir que la fenomenología ha seguido una evolución que va desde una primera etapa, en que se considera a sí misma como una pura dirección metodológica, hasta una etapa definitiva, en la que se define como una filosofía primera, capaz de proporcionar un fundamento cierto e inmovible a la filosofía y a la teoría de las ciencias.

En su primera forma, constituye la fenomenología una disciplina psicológica, a priori, que intenta otorgar la única base segura sobre la cual pueda edificarse una sólida psicología empírica; su problema primitivo radica en el esclarecimiento de los conceptos fundamentales de la lógica y de la matemática, y de sus relaciones con los procesos del conocimiento. En cambio, en el sentido amplio de una filosofía fenomenológica universal aspira a crear un “organum” para la revisión metódica de todas las ciencias.

La exposición más completa del método fenomenológico la hace Husserl en su obra “Ideas relativas a una fenomenología pura, y a una filosofía fenomenológica”.

Pretende Husserl construir una filosofía científica, estricta y rigurosa, de validez indiscutible para todos los pensadores y todas las épocas. Semejante filosofía necesita, más que ninguna, de un método definido y capaz de llevar la inquisición filosófica por los caminos de una comprensión completa, radical y decisiva de la realidad. Para ello se requiere prescindir absolutamente de toda clase de supuestos. “La fenomenología tiene, por esencia, que aspirar a ser la filosofía primera y a ofrecer los medios a toda crítica de la razón que se deba hacer; y que por ende, requiere el prescindir lo más completamente posible de supuestos, y el poseer una absoluta evidencia intelectual en la reflexión sobre sí misma” (19).

En la concepción natural del mundo, en la concepción del sentido común y en todas las ciencias especiales, se considera obvia una tesis general de la existencia. Pero como la filosofía (se considera a la fenomenología como a la única auténtica filosofía) es guía por el ideal de una comprensión integral y segura, no puede permitir que ni aún tan obvia creencia quede sin examinar. En esto radica la justificación de la *epojé* fenomenológica. La *epojé* consiste en colocar entre paréntesis al mundo externo sin

(18) Heller Hermann: Ob. cit. pág. 249.

(19) Husserl, Edmund: “Ideas relativas a una fenomenología pura y a una filosofía fenomenológica”, pág. 146.

negar ni afirmar su existencia. El acto de poner fuera de juego, de desconectar el mundo natural, es una reducción fenomenológica primitiva, y el acto de desconectar nuestro saber del mundo natural es una reducción fenomenológica progresiva. Pero a pesar de que se ha desconectado y puesto entre paréntesis al mundo entero, con todas sus cosas, seres vivos, hombres, y comprendidos entre ellos nosotros mismos, nos queda algo así como un residuo fenomenológico que es la conciencia pura en su absoluto ser propio. Por eso dice Husserl "no hemos perdido propiamente nada sino ganado el íntegro ser absoluto, que bien entendido, alberga en sí todas las trascendencias del mundo, las constituye en sí" (20). Así se han logrado ciertos órdenes fácticos de vivencias, de conciencia, de ciertas formas sujetas a reglas señaladas, en los que se constituye, como correlato intencional, un mundo morfológicamente ordenado, para el que puede haber ciencias que lo clasifiquen y describan. Con esto quedaría ya puesto de manifiesto el contenido de la definición que llama a la fenomenología, ciencia descriptiva de las esencias.

Hay que señalar que la mayoría de los prosélitos de la escuela fenomenológica han abordado sus investigaciones valiéndose únicamente del método fenomenológico y desechando la etapa metafísica de la filosofía husserliana, que él mismo denominara idealismo trascendental.

80. Fenomenología y Derecho.— En el terreno jurídico la fenomenología apunta a establecer rigurosamente los fundamentos últimos del derecho, considerado como una esencia objetiva, como un conjunto de complejos invariantes, de conexiones de sentido, de significaciones, de estructuras a priori, que se dan necesariamente en toda intuición jurídica y que constituyen el basamento de la ciencia del derecho.

Adolfo Reinach trató de aplicar la filosofía fenomenológica a instituciones jurídicas singulares (propiedad, representación, prenda, promesa). Para ello, Reinach optó por investigar las esencialidades jurídicas de cada una de estas instituciones, sin formular, en ningún momento, una definición de lo jurídico, en género, o sea, del a priori eidético del derecho. La consecuencia de esta metodología sociológica e ideográfica fue que equivocó al ruta y practicó fenomenología, no de entes jurídicos, sino de meros fenómenos sociales en gran parte ajenos al derecho. Un error de más vastos alcances fue el que cometió al considerar y conceptualizar como esencias las notas diferenciadoras o características de las instituciones por él estudiadas, abandonando el principio de que las esencias no se presentan nunca aisladas, sino estrechamente unidas y trabadas entre sí, en un ideal enlace de sentidos y en un cuadro armónico de conjunto. Este principio fue mantenido, en cambio, más rigurosamente por Gerhard Husserl, quien ha ensayado, con mayor cautela, acometer el tema, estudiar esencias de contenido material, pero más generales que las instituciones concretas y que informan, fundamentalmente, los grandes sectores de la vida jurídica.

Guillermo Schapp pretende asimismo alcanzar una elaboración fenomenológica de las esencias de algunas instituciones jurídicas, consideradas como objetividades autónomas del derecho positivo y existentes con anterioridad a él; pero introduce decisivamente la teoría de los valores en el seno de la investigación general sobre la peculiar esencia de lo jurídico. Porque las conexiones de sentido sólo pueden consistir, según su criterio, en

(20) Husserl, Edmund: Ob. cit. pág. 115.

vinculaciones, intercambios o transferencias, y acrecentamiento y empobrecimiento de entidades de valor. Aunque este autor no explicita suficientemente el pensamiento que sostiene e informa de un modo subterráneo cada una de sus afirmaciones teóricas particulares, fácil es deducir que subyace en toda su obra la concepción de que el a priori material de lo jurídico consiste precisamente en un complejo de participaciones en el ser de los valores. La principal importancia de Schapp estriba en el viraje axiológico que lo lleva a concebir el derecho como una unidad orgánica y conexiada, como una esencia objetiva repleta de posibilidades, animada de un interno dinamismo y sometida a una ley teleológica fundamental. Sin embargo, toda la obra de Schapp es como un bosquejo inacabado, lleno de intuiciones geniales, rico en insinuaciones, pero carente de toda sistematización y que no constituye todavía una verdadera fenomenología material de lo jurídico.

También tendríamos que considerar aquí las direcciones que, estrechamente emparentadas con la teoría pura del derecho de Kelsen, han intentado la formulación de una doctrina general del derecho que se ocupe de las conexiones jurídicas esenciales, captables por intuición eidética y que establezca, además, las proposiciones derivables por vía lógico-formal de los esenciales axiomas jurídicos. Se entronca, así, a la ciencia del derecho con una ciencia lógica universal que comprendería todas las ciencias particulares, y de las cuales la ciencia jurídica será simplemente una provincia sin autonomía ni legalidad propia.

81. En el terreno del derecho político.— La investigación fenomenológica, en el terreno del derecho político, va precedida por una etapa de previas inquisiciones metodológicas, no sistematizadas, pero muy extensas y ricas por la variedad de los temas abordados, en el campo de lo social. Se destacan en este aspecto Teodoro Litt y Max Scheler. Este bosquejó una doctrina de la realidad social que permanece siendo todavía una veta inexplorada y en la que se contienen fecundas anticipaciones para una filosofía moral del derecho y del estado. El problema de la comprensión filosófica de la naturaleza de las diversas colectividades humanas constituye el núcleo de la preocupación de Max Scheler. También, el modo de inserción del hombre en éste su contorno social, las peculiares formas de vida que allí se determinan y la referencia de los valores que constituyen la nervadura de este cuadro general de la vida colectiva; éstos son los problemas básicos de la filosofía social de Scheler, que no podemos analizar porque cae fuera del campo estricto de este trabajo.

Teodoro Litt intenta, a partir del punto en que llegaron las investigaciones de Scheler sobre la esencia de las comunidades humanas, encontrar una solución armónica al problema de la disociación que en el mundo de los hechos sociales introduce el germen subjetivista contenido en el método fenomenológico, conciliando la intuición de las esencias de Husserl con la dialéctica de Hegel. Para Litt este mundo social semeja una estructura que encierra valores insertos en un universo axiológico. La esencia que devela el análisis fenomenológico en las estructuras por él penetradas, debe confrontarse con el cuadro ideal que se coloca, antinómicamente, al lado de esta realidad. Así se aprecian las facetas típicamente hegelianas y dialécticas de la metodología de Litt. De este modo, la realidad social aparece como una totalidad, como un complejo de vida infinito, como una textura vivencial en la cual los individuos coexisten recíprocamente en implicaciones de valor, formando una comunión de ser y de sentido. Pero el ser

y el sentido delimitan dos zonas diferentes dentro de la unidad existencial de las vivencias. Y de esta manera la teoría de Litt es un permanente esfuerzo dialéctico por superar los antagonismos que la realidad y el valor, que lo individual y lo colectivo, que lo social primigenio y lo racional espiritualizado, promueven constante y necesariamente en el territorio de lo social.

82. Teoría de la integración.— Pero con ésto Litt ha suministrado la materia que Rudolf Smend plasmará en una de las más interesantes construcciones teoréticas del estado. Para la originalísima concepción de Smend, el estado se da como algo que existe y vive solamente en un continuo proceso de renovación, en un nuevo revivir duradero. Las sustancias colectivas que en su conjunto componen el estado, no han de comprenderse como una masa amorfa o yuxtapuesta de normas, comunidades y ordenamientos sociológicos. Por el contrario, ellas no son sustancias estáticas, sino unidades de sentido de la vida real, espiritual: son actos del espíritu. Y el estado es concebido como un querer incesante, como una realidad espiritual que se renueva perennemente con la participación y la adhesión de todas las conciencias que, en la medida en que responden a íntimas direcciones de vida comunes y expresan una voluntad general compartida, representan la unidad y realidad subyacentes del estado. Este transcurso y acrecentamiento de la vida orgánica estatal, vislumbrada como una vida espiritual colectiva, en la cual va necesariamente implícita una dimensión de futuro, constituye el proceso mismo del estado, lo que Smend denomina con un término acuñado por el mismo: la integración.

Distingue Smend entre los factores personales, funcionales y materiales de integración. Entre los primeros señala el caudillaje, la burocracia administrativa y la justicia. Los siguientes están formados por todos los modos de vida colectiva cuyo sentido es producir una síntesis social de los contenidos espirituales inmersos en ella. El último grupo de factores integradores está constituido por los fines o tareas del estado, comprendidos ellos, no como una meta exterior al estado mismo y hacia la cual apuntaría la actividad de éste, si como mónadas de valor cuya realización sería esencial al estado. La realidad de la vida estatal es, precisamente, la reiterada afirmación y el restablecimiento continuo de ésta, su realidad como asociación soberana de voluntades. Aquí se esboza una concepción de soberanía que le servirá a Smend para deslindar conceptualmente el poder originario del estado del que es propio de las demás organizaciones sociales. Al decir originaria se está significando que su existencia como tal mando no está garantizada por ningún poder extraño, como forzosamente ocurre en las demás asociaciones. Tampoco el estado es puesto en movimiento por un motor extraño, sino que se integra a sí mismo, gracias a una jerarquía de valores que van contenidos ya en su idea o en su manifestación intelectual. De este cuadro de valores surge incesantemente, como un renuevo del ser del estado, su decisión autoritaria, o sea, su soberanía, ejercitada sobre un territorio determinado. De este modo se define, también, como troquelación de algunos de los aspectos jurídicos más necesarios del proceso de integración del estado, la propia constitución. Ella crea el orden jurídico de la existencia estatal, la normatividad del proceso de integración. "La existencia formal y la vida del estado, y la garantía de su existencia y de su vida es el fin propio y la única tarea esencial de la Constitución".

A esta altura queda ya diseñada la diferencia entre los sectores de la vida espiritual común que se llaman estado y derecho. Puede afirmarse que en la concepción smendiana el derecho y el estado se consideran como dos provincias diferentes y cerradas de la vida espiritual, pero que están, a la vez, inseparablemente unidas por una necesaria correlación. Así, por ejemplo, la realidad del estado radica en su existencia como integración y en la naturaleza ordenadora y configuradora de su poder; en cambio, la realidad del derecho estriba en su capacidad para ser positivado, asegurado y aplicado, en la legislación y por la justicia, creando un cauce para el perpetuo flujo de la vida. La vinculación interna entre ambos órdenes normativos de valor se explica sólo por la imagen del organismo, que es como el telón de fondo de toda la profusa e inestable construcción de Smend. El estado es el organismo social, no en el sentido biológico, sino como unidad concreta de significaciones vigentes y en tensión dinámica, y el derecho representa la interna circulación que vitaliza y regula la función de aquél. Algo así como la ley interior que rige la actividad del ser estatal.

83. **La doctrina de Schindler.**— Es en Schindler donde la aplicación del método fenomenológico al problema de la soberanía adquiere mayor claridad. Afirmando de ella que es la manifestación del poder supremo de lo estatal, en la vida social, llega a la conclusión de que necesariamente ha de revelarse bajo ciertas formas, y que, en último término, ha de ser ejercida por personas naturales. Ahora bien, estas formas y personas son determinadas por un conjunto de normas jurídicas que recibe el nombre de constitución. Se reduce ésta, de ese modo, a organizar el mando supremo dentro del estado, designando a quiénes y bajo qué estructuras detenta la soberanía. Resulta, naturalmente, una relación dialéctica que vincula al poder con el derecho. No hay derecho sin poder, ni éste sin aquél, puesto que el derecho supone un poder que lo positivice, y esta circunstancia, de ser producto inmediato del poder, le da su carácter de derecho, de juricidad; a su vez, ese poder necesita al derecho para manifestarse externamente, y sus actos cobran sentido y validez en cuanto las personas que lo ejercen están sometidas a normas jurídicas.

Estas, por otra parte, son no tan sólo supuestos necesarios para el ejercicio del poder, sino, y por sobre todo, elementos constitutivos de su unidad. En efecto, para Schindler es obvio que el poder estatal tiene que ser ejercido por una pluralidad de personas. Ahora bien, la voluntad de ese poder debe ser sólo una, ha de manifestarse unitariamente. Y sólo las normas jurídicas pueden determinar cómo los distintos criterios y voluntades de los que detentan el poder, que se expresan individualmente, se convierten en un solo criterio, en una sola voluntad.

Las normas jurídicas que integran las constituciones, añade, no pueden derivarse de un poder estatal superior, ya que son precisamente éllas las que dan origen al supremo poder del estado. Schindler argumenta entonces que el momento del nacimiento de una constitución hay que concebirlo dialécticamente; poder y derecho se manifiestan en una totalidad, recíprocamente, mejor dicho, dialécticamente ordenadora. Las normas constitucionales valen porque han sido establecidas como derecho, por un poder al que se le reconoce la potestad de hacerlo.

84. **La teoría de la institución y Jean Dabin.**— Uno de los más interesantes ensayos que ven la luz en el presente siglo, y que está en vías de convertirse en el basamento de toda una doctrina general del derecho,

rebalsando en mucho los moderados límites que su fundador, Maurice Hauriou, le trazara, es la llamada teoría de la institución. Efectivamente, nace con Hauriou como un intento de explicar los problemas sobre las personas morales, que el individualismo y el derecho subjetivo no habían podido solucionar. A través de un incesante desarrollo, los descubrimientos de Hauriou han sido ampliadas y aplicados en todas direcciones, hasta tal punto que, en la actualidad, no existe materia en la esfera del derecho que no pueda ser analizada, con notables resultados, desde el punto de vista institucionalista. Y a pesar que el Derecho Público es la rama jurídica a la cual ha dedicado menos atención la nueva doctrina, se observa ya en los primeros ensayos que realizan sus tratadistas sobre cuestiones que les son propias, un gran progreso, que se traduce en la aclaración de ideas, revisiones de conceptos y, por sobre todo, en una intensa vinculación de los problemas de la teoría del estado a una metafísica densa y profunda.

La misma circunstancia que nos devella el contenido del párrafo anterior, esto es el hecho de que el institucionalismo, desde su creación, se venga manifestando como una doctrina dinámica, que progresa constantemente, en que cada uno de sus autores aporta nuevas bases para fundar una teoría completa del derecho, nos impide realizar un estudio que abarque todos sus aspectos, ya que ello supondría una tarea de vastos alcances. Por otra parte, el objeto de este trabajo nos releva de esa obligación y hace que nuestro interés, en esta oportunidad, se concentre en bosquejar, a través de breves páginas, los puntos más sobresalientes de la aplicación, a los problemas de la teoría del estado, de los principios institucionalistas.

Sin embargo, a modo de observación general sobre la teoría que exponemos, queremos consignar, previamente, dos de sus principales afirmaciones, cuales son, el derecho natural y el bien común. El derecho natural, revalorizado y precisado por Delos, y el concepto de bien común, elemento principal en el pensamiento de Clemens, se convierten en exigencias previas de la doctrina institucionalista. Ambos, derecho natural y bien común, penetran decididamente a los tratadistas de esta escuela y se manifiestan a cada instante en el desarrollo de sus tesis. Más adelante veremos el fundamental papel que juegan en la solución de ciertos problemas que nos preocupan.

Para la exposición de la teoría de la institución, aplicada al objetivo de esta memoria, seguiremos preferentemente la obra de Jean Dabin. Ello por dos razones: Dabin aprovecha todo el material suministrado por los principales tratadistas de la doctrina institucional, Hauriou y Renard especialmente, con lo que su pensamiento representa una etapa bastante avanzada en la maduración de esa teoría; por otra parte, ha logrado despojarse de todo el lastre que significaba la influencia de teorías añejas, lo que no sucede en otros autores, como Hauriou, por ejemplo, en cuya exposición sobre temas de derecho público afloran de vez en cuando reminiscencias liberales. Y si agregamos a esto la completa sistemática que encierra, hay que concluir que la obra de Dabin es la expresión más pura y acabada sobre la teoría del estado, desde el ángulo institucionalista.

85. **Bien público y potestad pública.**— Adentrándonos de inmediato en materia, cabe detenerse primeramente en lo que Dabin llama elementos constitutivos del estado. Los reduce a dos: la noción de bien público, o causa final del estado, y la noción de poder o potestad pública o causa formal del estado. Veamos cada uno de ellos.

Comienza por colocar al estado en el grupo de las sociedades, excluyendo expresamente cualquiera asimilación a la categoría de las fundaciones. Nótese cómo ya en este primer paso, distinción entre fundación y sociedad, explícita lo que por su tendencia habría de ir, de todos modos, implícito en su obra. Agrega, en seguida, siguiendo de cerca a Delos: "cuantas veces se agrupan los hombres con miras a un fin, lo que corresponde al concepto de sociedad propiamente dicha, hay bien común, consistente en ese mismo fin, querido y perseguido en común, así como en todos los medios ordenados a él" (21). De lo dicho se desprende, entonces, que es imposible, para Dabin, hacer abstracción del finalismo al conceptualizar al estado, ya que es precisamente el fin deseado lo que permite singularizarlo entre el complejo de las diversas sociedades que se dan en la realidad histórica.

El bien común, propio del estado, es el bien público temporal, caracterizado porque concierne, de un modo inmediato, a todos los individuos y grupos que integran el estado; como expresa Dabin, "es el bien del público en general, en su diversidad y complejidad, sin acepción de individuos o grupos, comprendiendo en él, además, no sólo a los vivos, sino a las generaciones futuras, pues el público y su bien se despliegan a la vez en el espacio y en el tiempo" (22).

No se crea, sin embargo, que para Dabin el bien público es una adición de los bienes particulares de los individuos. El público no es una simple suma de individuos, es un sujeto ideal; es, a la vez, “todo el mundo en general y nadie en particular. O, por lo menos, si se rechaza como irreal esta noción del público, el bien público corresponde a aquel bien que es el bien de todo el mundo y el bien de nadie, bien cuya existencia o concepto no se podría poner en tela de juicio, puesto que es el fin propio, indispensable e irremplazable del estado” (23). Observemos aquí otra de las notas esenciales de las doctrinas de la institución. Clemens, al precisar la idea de bien común, sostiene que es de calidad distinta del bien particular y que no está formado por la suma de éstos, porque “no se suman sino cantidades, y ver en el bien común una suma es reducir nuevamente la calidad a cantidad” (24).

Dabin admite que es imposible una representación de la idea de bien común, o bien público temporal, independiente de vínculos superiores que la determinen; no se puede, afirma, construir aisladamente la noción antedicha. El bien común, para él, constituye, en efecto, una etapa del bien humano; y el bien humano no puede precisarse sin poseer una concepción clara de la persona humana, "de su naturaleza y de su fin, del lugar que ocupa en el universo creado y con relación a Dios creador" (25). Además, la concepción del hombre es el criterio que hace posible la ordenación de una escala de valores de diferentes clases que corresponden a las distintas actividades humanas. Supone, pues, la formulación de la idea de bien común, plantear y solucionar previamente todos los problemas concernientes al hombre, especialmente, los que emanan de sus relaciones con la sociedad. En la ordenación directa de la persona humana a Dios, como a su fin último

(21) **Dabin Jean:** "Doctrina General del Estado" pág. 45.

(22) **Dabin Jean:** "Doctrina General del Estado" pág. 46.

(23) , , , , , , , 46.

(24) Citado por **Phillipi Julio**: "Naturaleza de las personas morales" pág. 39.

(25) Dabin Jean: Ob. cit. pág. 62.

absoluto, encuentra Dabin la respuesta a estas cuestiones. Siguiendo la línea tomista, piensa que esta “ordenación directa a Dios trasciende todo el bien común creado, bien común de la sociedad política y bien común intrínseco del universo” (26).

El otro elemento constitutivo del estado es, para Dabin, la autoridad. No se extiende en muchas consideraciones para demostrar la necesidad de su existencia en la sociedad estatal. Más bien se limita a señalar sus atributos; doble, manifiesta, es su función: gobernar y administrar. Por razones obvias prescindiremos de la segunda, para concentrar nuestra atención en el concepto de gobierno.

“Gobernar es la acción por la cual una autoridad impone una línea de conducta, un precepto, a individuos humanos” (27). Se identifica, así, la tarea del gobernante con la dictación del derecho positivo en su acepción más amplia. “Afirmar que el gobierno tiene el derecho y el deber de dar órdenes, es lo mismo que decir, en palabras equivalentes, que está en aptitud de crear el derecho positivo” (28).

Esta dirección por vía de mando, que es la esencia de la autoridad, y que se manifiesta a través del derecho, necesita una multitud de datos previos, de técnica política, legislativa, económica, etc., como asimismo de los principios que proporciona la moral social. La autoridad, explica Dabin, especifica y actualiza esos datos y principios, reduciéndolos a preceptos jurídicos.

En este momento de su elaboración, aborda de lleno el problema de las relaciones del estado y del derecho. En breves y densos párrafos sintetiza, en una forma magistral, su pensamiento al respecto. “En tanto que el derecho es la ordenación, general o particular, pero concreta, destinada a procurar en las mejores circunstancias el bien público temporal, el derecho es innegablemente creación del estado, en el sentido de que la autoridad pública es soberana apreciadora de los elementos de hecho que condicionan la ordenación, así como de la conveniencia de las soluciones con relación al bien público. Toda la parte prudencial, de prudencia política, y técnica del derecho necesitan de la competencia específica de la autoridad. Pero en tanto que el bien público temporal, medida y fin de la actividad del estado, en el dominio jurídico como en todos los demás, comprende determinadas directivas morales o técnicas dotadas de un valor permanente o universal, la autoridad que crea la ordenación está evidentemente obligada a respetarlas, so pena de crear una ordenación mala, contraria a la naturaleza del hombre, de la sociedad o de las cosas” (29). Es claro, aunque no lo dice expresamente, que esas “directivas morales” están configuradas por el derecho natural. En el párrafo reproducido aparecen nítidamente diferenciados, el derecho natural y el derecho positivo. Aunque Dabin nos habla de derecho dado y derecho construido, preferimos no usar esas expresiones con el objeto de evitar confusiones con la concepción de Géný. Como es sabido, este autor, distingue entre ciencia y técnica del derecho. Esta distinción corresponde a la diferencia entre el dato, lo dado, y lo construido. Según Géný, “el dato formula la regla de derecho tal como resulta de la naturaleza de las cosas. Lo construido hace referencia a un medio de trabajo subjetivo,

(26) **Maritain Jacques:** “La persona y el bien común” pág. 17.

(27) **Dabin Jean:** Ob. cit. pág. 68.

(28) “ ” ” ” ” 69.

(29) “ ” ” ” ” 71 y 72.

artificial, que tiende a erigir la regla jurídica bruta, en precepto susceptible de insertarse en la vida. La ciencia tiene por objeto constatar los datos de la naturaleza y de los hechos. Cometido de la técnica es la construcción jurídica” (30).

86. Soberanía y sumisión al derecho.— Pasa a estudiar Dabin, a continuación, los caracteres del estado, entre ellos, soberanía y sumisión al derecho. La soberanía, para el profesor de Lovaina, significa la supraordinación del poder estatal a todos los grupos e individuos que lo integran. En este sentido, el estado es soberano, desde que sus sistemas y ordenaciones son supremos dentro del grupo social que lo forma. No involucra la existencia de un órgano supremo de autoridad, sino que los órganos del estado son soberanos frente a los otros grupos que viven en el estado, los cuales son sólo soberanos en su medio. Como dice Dabin, “no se inquiere cual pueda ser, en el estado, el órgano soberano de gobierno; se afirma tan sólo el derecho del estado de imponer a los individuos y grupos una norma a la cual están obligados a plegarse, sin posibilidad de apelación a ninguna otra autoridad superior fuera de él y de sus órganos” (31).

El fin del estado sirve a Dabin para demostrar que la soberanía es esencial al estado. Lógicamente, argumenta, la jerarquía de los fines determina la jerarquía del mando, de la autoridad. Siendo el fin del estado el bien común, o bien público temporal, que es supremo, puesto que es de naturaleza superior a los bienes particulares o de grupo, necesita de una autoridad suprema para obtener su objetivo. De la idea de bien común nace, pues, la soberanía. Y el estado, dada su finalidad, está dotado de una competencia de la que deriva su poder soberano.

No significa lo anterior que la soberanía tenga por titular al estado mismo. Con palabras de Renard explica sobre este punto: “la autoridad es intrínseca a la institución. Yo no digo que sea atributo, dotación, gaje de la misma . . . es su condición de existencia, es su manera de ser, es su comportamiento” (32). El estado no tiene un derecho de soberanía del cual es titular; es soberano por naturaleza.

Puede sacarse de lo ya expuesto, y a modo de concreción del pensamiento de Dabin, que la soberanía es un poder de mando supremo inherente a la idea misma de estado, en virtud del fin de éste y, por eso mismo, encuadrada dentro del marco del bien público temporal.

Anotábamos como otro de los caracteres que Dabin descubría en el estado, la sumisión del derecho. Dedicaba laboriosas páginas para refutar la aparente contradicción entre soberanía y sumisión al derecho. Ya habíamos visto cómo la soberanía emanaba directamente de la idea de bien común.

(30) **Henández-Gil, Antonio:** Ob. cit. 210.

(31) **Dabin Jean:** Ob. cit. pág. 124.

(32) **Dabin Jean:** Ob. cit. pág. 129.

Es evidente, entonces, que esta misma noción determina el sentido y los límites de la soberanía. Si ésta abandona la idea de bien común, en las manifestaciones diarias de la vida estatal, no se produce tan sólo una limitación a su acción, sino una ausencia total de ella. Porque si la soberanía proviene y se encamina al bien común, toda autoridad al margen de ese marco no es más poder soberano sino arbitrario.

Puede decirse con propiedad que la obra de Dabin es un juego continuo de los conceptos de derecho natural y bien común, elementos que, por lo demás, son necesarios y suficientes para sentar las bases de una doctrina que persiga solucionar la problemática actual en torno a la legitimidad del poder y su ejercicio.

He aquí someramente bosquejadas las notas más interesantes de uno de los más conspicuos autores institucionalistas. Dado el rol meramente expositivo de esta parte, hemos tratado sucintamente una materia que por el valor que encierra, merecía una atención más amplia.