

CARRÉ DE MALBERG Y LA “JERARQUÍA NORMATIVA”*

Otto PFERSMANN**

RESUMEN: La llamada “Escuela Francesa de Derecho Público” tiene en el dogma de la primacía de la ley, expresión de la voluntad general, una de sus señas de identidad. Esta singular posición de la ley suponía, de hecho para los defensores de esta escuela, un rechazo del principio de la primacía normativa de la Constitución y de algunas de sus consecuencias. Esta doctrina se ha pretendido fundamentar por algunos autores, como Carré de Malberg, en ciertos datos positivos y, más concretamente, en las “leyes constitucionales” de la Tercera República. En este artículo se intenta demostrar que el sistema de las “leyes constitucionales” de la Tercera República encuentra una explicación más coherente desde los postulados normativistas de la Escuela de Viena que desde los de la Escuela francesa, lo cual lleva a considerar que en tal sistema existía una efectiva distinción entre “Constitución” y “ley” reconociéndose la supremacía de la primera sobre la segunda.

ABSTRACT: One of the identifying signs of the so-called “French School of Public Law” is contained in the dogma of the supremacy of the law as an expression of public will. This singular position of the law in fact represents, for the defenders of this school, a rejection of the principle of the normative supremacy of the Constitution and of some of its consequences. Some authors, such as Carré de Malberg, have attempted to base this doctrine on certain positive data and, more specifically, on the “Constitutional Laws” of the Third Republic. The purpose of this article is to show that a more coherent explanation of the system of “Constitutional Laws” of the Third Republic is to be found in the regulating axioms of the School of Vienna than in those of the French School, in consideration of the fact that an effective distinction exists in this system between “Constitution” and “Law”, in which the supremacy of the former over the latter is recognized.

* Traducción del francés de Carlos Ruiz Miguel, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela. El texto original en francés se publicó en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, París, núm. 31, 1997.

** Profesor de la Universidad de París I, Panteón-Sorbona. El autor desea expresar su agradecimiento al profesor Patrick Wachsmann que ha autorizado la reelaboración de un estudio cuya primera versión se ha publicado en los *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*.

I. INTRODUCCIÓN

En Francia existen opuestas teorías acerca de la “jerarquía normativa”. La teoría mayoritaria se apoya oficialmente en la Escuela de Viena, si bien sostiene una idea totalmente diferente de la que postula ésta; una segunda orientación es de hecho más antigua y nace precisamente del razonado rechazo que formuló Raymond Carré de Malberg a esta escuela vienesa; una tercera aproximación también se construye a partir de una crítica de la posición vienesa para desembocar en una concepción realista.¹ Dejaremos de lado esta tercera aproximación para centrarnos en el estudio de la segunda, lo cual nos permitirá comprender mejor los malentendidos sobre los que descansa la primera.

Cuando la doctrina jurídica dominante² o la jurisprudencia francesa³ hablan de “jerarquía normativa”, lo hacen apoyándose sobre una teoría articulada sobre las siguientes cuatro proposiciones fundamentales:

1) El orden jurídico es jerárquico por cuanto una norma inferior debe ser conforme con la norma superior.⁴

2) La Constitución de 4 de octubre de 1958 introduce una verdadera jerarquía normativa en el derecho francés.⁵

1 Una excelente presentación de la misma se encuentra en Troper, Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, París, Presses Universitaires de France, 1994, collection Léviathan.

2 Las referencias a la misma serían innumerables. Se puede encontrar una bibliografía ampliamente comprensiva de la doctrina francesa, en esta materia, en la obra singularmente profunda de Béchillon, Denys de, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, París, Economica, 1996.

3 La referencia a la “jerarquía normativa en el orden jurídico interno” aparece explícitamente en la jurisprudencia del Consejo Constitucional, por ejemplo: 92-309 DC, 94-338 DC, 92-314 DC y 92-315 DC. Acerca de la génesis de esta fórmula, *cfr.* Favoreu, Louis y Loïc, Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 8a. ed., París, Dalloz, pp. 44 y ss.

4 Esta representación de la teoría de la jerarquía normativa se encuentra ya expuesta con fuerza por Hauriou, Maurice, “Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes”, *Revue de Métaphysique et de Morale*, núm. 35, 1928, pp. 193-207. Es significativo que, de acuerdo con la idea que este autor intenta promover de la teoría vienesa, la determinación de la norma inferior no se hallaría afectada únicamente por el procedimiento de su elaboración, sino también por su contenido; esta teoría sería así contraria a la filosofía de la libertad, única adecuada al derecho. Para un ejemplo reciente de la interpretación “canónica” de esta teoría, *cfr.* Ardant, Philippe, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 7a. ed., París, LGDJ, 1995, p. 93: “Cada norma debe ser conforme o compatible con todas las que le son superiores”.

5 *Cfr.* por ejemplo, Gicquel, Jean, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 12a. ed., París, Montchrestien, 1993, p. 750: “La Constitución de 1958 restituye, en suma, su plena significación a la noción de *jerarquía normativa*, largo tiempo reducida a un simple sortilegio, poniendo fin al *imperio de la ley*”; Debbasch, Charles *et al.*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*,

3) Los fundamentos de la teoría han sido elaborados por Hans Kelsen en la *Teoría pura del derecho*.⁶

4) La jerarquía normativa es una relación lineal, es decir, *cada* norma se encuentra en una relación de inferioridad o de superioridad respecto a una categoría de normas y solamente a una.⁷

Llamamos a esto la “teoría francesa de la jerarquía normativa” (TFJN). Las dos primeras proposiciones implican un presupuesto importante que no se encuentra desarrollado, pero que aparece inmediatamente si se analizan sus consecuencias. En primer lugar, se trataría de que si la Constitución no conllevase esa precisión, no habría jerarquía; no sería éste el caso si una Constitución no implicara la posibilidad de hacer respetar esas relaciones de conformidad.⁸ La jerarquía sería así una propiedad contingente de los ordenamientos jurídicos. En segundo lugar, esta teoría excluye de la “jerarquía” toda propiedad diferente a esa “conformidad” que es considerada así como constitutiva y única. La tercera proposición afecta a la validez y a la genealogía histórica de esta teoría. Se desprende de ello que ésta es considerada válida y definitiva sólo en la formulación que hace de la misma Kelsen en esta obra en 1960.

3a. ed., París, Economica, 1990, p. 513: “Pero la particularidad de la Constitución de 1958 es que define claramente las normas inferiores y su lugar en la jerarquía”. Curiosamente los mismos autores constatan la existencia de normas “fuera de la jerarquía” en esta misma Constitución, lo cual es completamente contradictorio con la argumentación general.

6 La mayor parte de los autores se apoyan en un pasaje de la *Teoría pura del derecho* (como en la traducción al francés hecha por Charles Eisenmann —París, Dalloz, 1962— de la 2a. ed. aparecida en Deuticke, Viena, 1960); *cf.*, por ejemplo, Ardant, *op. cit.*, nota 4, p. 94 y Gicquel, *op. cit.*, nota 5, p. 12.

7 De ahí la necesidad de indicar para toda categoría de normas entre qué otras categorías se encuentra ubicada. Este problema se plantea muy especialmente respecto a la ley orgánica. *Cfr.* la tesis de Car, Jean-Christophe, *Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Aix-en-Provence, 1993, cuya tercera parte lleva el título “El lugar de la ley orgánica en la jerarquía normativa”. En la literatura manualística, *cf.* Debbasch., *op. cit.*, nota 5, p. 513, “... la ley orgánica, precisamente porque tiene por objeto completar la Constitución, se asimila a una norma de valor intermedio entre la Constitución y la ley ordinaria”.

8 Esta es, una vez más, una opinión tomada de Carré de Malberg: *cf.*, por ejemplo, Lavroff, Dimitri Georges, *Le droit constitutionnel de la V République*, París, Dalloz, 1995, pp. 88 y ss.. La atribución originaria de esta idea a Carré es mucho más exacta que aquella que le considera simplemente como una correa de transmisión de las doctrinas de la Escuela de Viena. Pero como se suele asimilar al autor de la *Contribution à la théorie générale de l'État* a la corriente vienesa en tanto ésta pretende promover la idea de jerarquía, la concepción según la cual sólo hay jerarquía después de la Constitución de 1958 se atribuye indirectamente a la teoría pura del derecho.

De entre estas proposiciones, sin duda es la tercera la más asombrosa. Las dos primeras suscitan graves objeciones y es fácil mostrar en qué aspectos expresan una teoría muy discutible. En efecto, basta subrayar que la TFJN exige la existencia de relaciones de conformidad entre el nivel superior y el nivel normativo inferior pero no proporciona ningún criterio que permita identificar exactamente cuál es inferior o cuál superior. Ahora bien, ayuna de tal criterio, la teoría queda desprovista de objeto, con lo que queda reducida a la condición de una pseudo-teoría. Por su parte, el tercer criterio simplemente reenvía a un conjunto doctrinal que apenas es analizado; es más, este reenvío manifiesta el olvido o, en todo caso, la negligencia de la recepción de la teoría original bajo una forma mucho más completa y muy controvertida.

Las primeras menciones críticas respecto a la teoría, hoy llamada de la “jerarquía normativa”, aparecen a principios de los años treinta.⁹ En *La loi, expression de la volonté générale*,¹⁰ Raymond Carré de Malberg se refiere en varias ocasiones a lo que llama la *Stufentheorie*, literalmente la “teoría de los escalones”, habla (sin mencionarlos) de sus “partidarios”,¹¹ pero no da una exposición sistemática de la misma y no cita fuentes al respecto. Esta referencia genérica induce a pensar que tal doctrina era de conocimiento general y que el lector francés de 1931 leía y seguía los textos de la escuela jurídica austríaca escritos en lengua alemana. Sin embargo, este acuerdo sobreentendido con el lector queda desmentido porque el empleo de la teoría es fragmentario cuando es explícito y am-

9 Acerca de la recepción de la Escuela de Viena en Francia, *cf.* Héraud, Guy, “L’influence de Kelsen dans la doctrine française contemporaine”, *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, fasc. 1, 1958, t. IV, pp. 13 y ss.; Kerchove, Michel van de, “Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in Frankreich und Belgien”, *Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, Viena, Schriftenreihe des Hans-Kelsen Instituts, 1978, t. 2, pp. 113-136; versión francesa publicada como apéndice en Kelsen, Hans, *Theorie pure du droit* (trad. de Henri Thevenaz de la primera edición alemana revisada, Viena y Leipzig, 1934), Ginebra, La Baconnière, 1988. Como hemos intentado mostrar (“Das Problem des normativen Empirismus, Aspekte der Rezeption der Reinen Rechtslehre in Frankreich, Aspects de la réception de la Théorie pure du droit en France”, en Koja, Friedrich y Pfersmann, Otto [eds.], *France-Autriche. Analyse des perceptions et influences mutuelles depuis 1918*, Viena-Colonia-Weimar-Böhlau, 1994, pp. 159-181), dichas exposiciones eliminan los aspectos históricos de esta recepción y en particular la ocultación de la teoría vienesa de la jerarquía normativa.

10 *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, París, Sirey, 1931 (reimpresión, París, Economica, 1984), pp. 34 y 35, 57, 59, 103 y 152. En un pasaje emplea la expresión “primacía jerárquica” (p. 46) que en el índice aparece asimilada a la *Stufentheorie*.

11 *Ibidem*, p. 34.

pliamente inexacto cuando sólo es implícito. Las referencias a esta teoría son a la vez puntuales y muy vagas. La obra invitaría a pensar que existe entre Carré y la Escuela de Viena una cierta afinidad.¹²

Ahora bien, nada más falsa que esta imagen convencional. En efecto, dos años después¹³ de *La loi, expression de la volonté générale*, Carré de Malberg consagra un libro entero¹⁴ a la teoría de la “jerarquía normativa” que denomina, cuando no habla de *Stufentheorie*, “teoría de la formación gradual del derecho”, traducción bastante precisa de la terminología alemana *Theorie des Stufenbaus der Rechtsordnung*. He aquí la conclusión a la que llega nuestro autor.

En el fondo, los defectos de la *Stufentheorie* o, si se quiere, los excesos que la hacen criticable, provienen de que razona puramente con las reglas, sin tomar en consideración previa los órganos o las autoridades de las que emanan las mismas. Este método no podría, en ningún caso, convenir al derecho francés.¹⁵

Esta condena sin paliativos es inmediatamente seguida por una reacción bajo la forma de un juicio crítico que no resulta menos categórica: “...un ordenamiento jurídico no tiene por misión establecer teorías, pues una teoría científica dada no podría ser invocada ni a favor ni en contra”.¹⁶ Ahora bien, Carré de Malberg pretende justamente confrontar en su libro lo que, por su propia naturaleza, no podría ser confrontado, a saber, un sistema normativo... ¡con una teoría científica!

La múltiple paradoja de esta recepción es, por un lado, que el libro más leído y citado de Carré de Malberg (*i. e.*, *La loi, expression de la volonté générale*), aparte de su *Contribution à la théorie générale de*

12 Esa es al menos la conclusión a la que ciertos autores creen llegar de modo fundado. Así lo presenta Georges Burdeau en su prólogo a la obra de Carré cuando afirma: “Todos estos trabajos (*i. e.* de Carré de Malberg) se sitúan sobre el terreno de la teoría pura del derecho, la *reine Rechtslehre*, donde no debe esperarse ninguna celebridad resonante”; Burdeau, Georges, “Prólogo”, en Carré de Malberg, Raymond, *La loi...*, *cit.*, nota 10, p. VII. En cualquier caso, Burdeau opina que después de la muerte de Carré de Malberg “en la medida en que la doctrina presta interés a la especulación pura, es hacia Kelsen a donde vuelca su atención” (p. VIII).

13 El autor indica que el manuscrito de la obra ha sido terminado en julio de 1932: Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 10, p. 168.

14 Carré de Malberg, Raymond, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les institutions et les idées consacrés par le droit positif français relativement à sa formation*, París, Sirey, 1933.

15 *Ibidem*, p. 165.

16 Weyr, Frantisek, “La *Stufentheorie* de la théorie pure du droit vue par un Français”, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, vol. VIII, 1934, p. 236.

l'État, es aquel en el que sólo se habla de la *Stufentheorie* de modo marginal (aunque haga uso de dicha teoría de forma estratégica) y, por otro lado, que aquél en el que examina en profundidad la citada teoría contiene una condena (hoy olvidada) de la misma, cuando menos desdénada en su verdadero contenido. El autor, considerado a menudo como uno de los más cercanos a la Escuela de Viena, de hecho, había rechazado los elementos constitutivos de la teoría pura del derecho; el único libro *enteramente* consagrado a la teoría de la “jerarquía normativa” constituye una verdadera “excepción perentoria” a la introducción de la misma en la doctrina francesa.¹⁷

Sin embargo, este rechazo es a su vez víctima de otro en la medida en que la *confrontation* no da lugar a una confrontación con el conjunto teórico que intenta presentar, pues el texto hoy invocado como fundador de dicho conjunto (esto es, la *Teoría pura del derecho*) no es objeto de una lectura crítica que lo reubique en su propio contexto. En efecto, mientras la TFJN considera la “jerarquía” como una propiedad contingente de los ordenamientos jurídicos, Kelsen pretende mostrar que todo sistema jurídico se halla necesariamente jerarquizado.¹⁸

Así, curiosamente, esta teoría francesa que oficialmente se considera deudora de la Escuela de Viena, en realidad se halla mucho más próxima a Carré de Malberg (al que, por cierto, apenas dedica atención) puesto que toda su argumentación descansa sobre su idea de que la “jerarquía normativa” no es un dato constitutivo del derecho público¹⁹ francés. Pero, ¿en qué medida la jerarquía podría ser un hecho de experiencia? Un

17 Eisenmann se había inspirado, sin nombrarla y sin aludirla como tal, en la teoría de la jerarquía normativa: Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, París, 1928 (reimpresión, París, Economica, 1986). La exposición en francés hasta hoy más completa de la teoría de Merkl se debe a la pluma de Bonnard, Roger, “La théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolf Merkl”, *Revue du Droit Public*, núm. 45, 1928, pp. 668-696. Marcel Waline considera como fiel la exposición de Carré de Malberg de esta teoría y la confronta de nuevo con el derecho público francés: “Observation sur la gradation des normes juridiques établie par M. Carré de Malberg”, *Revue du Droit Public*, núm. 51, 1934, pp. 521-570.

18 Desde el momento en que sólo otra norma puede ser la razón de validez de una norma y en que la norma que determina las condiciones de validez de otra es “metafóricamente” calificada como “superior”, todo orden jurídico se halla necesariamente jerarquizado. Este es el punto de partida de la “dinámica del derecho” en la *Théorie pure du droit* (pp. 196 y ss.).

19 Si empleamos aquí (*infra*) la expresión “derecho público”, ello no implica en absoluto que reconozcamos implícitamente la existencia de otro derecho que sería “privado”. Se trata de una cuestión de comodidad del lenguaje.

análisis (III) de este “empirismo normativo” exige previamente (II) una breve reconstrucción de la teoría tal cual se la pudo conocer en 1932. Así (IV) se podrá evaluar la positiva contribución de Carré de Malberg a la misma doctrina que rechaza.

II. LA UNIDAD ESTRUCTURADA DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS

El viraje kelseniano nace de la búsqueda de un estatuto autónomo para la ciencia del derecho. Esto conduce en sus *Hauptprobleme*²⁰ a la exclusión de toda contaminación de ésta, ya sea por el derecho natural, ya por la sociología, así como al aislamiento del enunciado jurídico (*Rechtsatz*) como un elemento específicamente jurídico. Pero así Kelsen no considera a estos enunciados en su multiplicidad y en las relaciones que guardan entre sí. Bajo el impulso de los trabajos de sus discípulos Verdross y sobre todo, Merkl,²¹ el fundador de la Escuela de Viena procede a una refundición de su teoría para integrar en ella el aspecto dinámico.²² A partir de este enriquecimiento, nace el conjunto teórico que va a conocer Carré de Malberg y que conlleva tres elementos, de los cuales: 1) el primero afecta a la naturaleza del sistema jurídico; 2) el segundo a la naturaleza de la relación dinámica, y 3) el tercero, la calificación de los defectos.

²⁰ *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz*, Tubinga, 1911 (2a. ed., 1923).

²¹ La teoría de Merkl está expuesta principalmente en los siguientes trabajos: Merkl, Adolf, “Das doppelte Rechtsanlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts”, *Juristische Blätter*, 1918, vol. 47, pp. 425-427, 444-447 y 463-465, reproducido en Klecatsky, Hans *et al.* (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Viena, Europa-Verlag, 1968, vol. 1, pp. 1091 y ss.; *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena-Berlín, 1927; “Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues”, *Gesellschaft, Staat und Recht, Festschrift für Hans Kelsen*, Viena, 1931, pp. 252-294 (reproducido en Klecatsky, vol. 2, pp. 1311 y ss.).

²² Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Julius Springer, 1925; *Reine Rechtslehre*, Leipzig-Viena, Deuticke, 1934. Las ideas de Merkl y de Kelsen están desarrolladas por Walter, Robert, *Der Aufbau der Rechtsordnung*, Viena, Manz, 1964; Öhlinger, Theo, *Der Stufenbau der Rechtsordnung*, Viena, 1975; para una exposición de conjunto, *cfr.* Mayer, Heinz, “Die Theorie des rechtlichen Stufenbaus”, en Walter, Robert (ed.), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Viena, Manz, 1992, pp. 37 y ss.

1. *La necesidad de una estructura jerárquica*

Admitamos como punto de partida la definición más rudimentaria que Kelsen da del sistema jurídico: un orden normativo globalmente eficaz y provisto de sanciones.²³ Tal sistema presenta necesariamente características que lo distinguen de otras estructuras normativas como la moral o las reglas de juego. Un sistema de moral puede estar dado de una vez para siempre, de suerte que desde su introducción queda agotado enteramente su contenido. Un orden jurídico construido de tal modo no podría responder a las exigencias de la definición ofrecida, pues si sólo contuviese reglas directamente relacionadas con las obligaciones de los destinatarios, sería inaplicable.²⁴ Sería igualmente inmodificable puesto que las reglas sólo abarcarían los comportamientos contemplados bajo el aspecto de la obligación o de la prohibición, pero no bajo el aspecto de las modalidades de introducción de nuevas reglas. En esta hipótesis todas las obligaciones se habrían fijado en un sólo momento. Además, sería inaplicable por cuanto sólo contendría normas generales y abstractas, que, por definición, no contemplan ningún caso particular en cuanto tal. Finalmente, la imposición y la ejecución de las sanciones serían imposibles, dado que el sistema del que aquí se trata debe estar provisto de sanciones.

23 Para una discusión de esta definición, *cfr.* Pfersmann, Otto, "Pour une typologie modale des classes de validité normative", en Petit, Jean-Luc (ed.), *La querelle des normes. Hommage à Georg Henrik von Wright. Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen*, 1995, núm. 27, pp. 69-113.

24 Sobre este punto, la construcción más sólida es la de Hart. Muestra directamente que un sistema así no sería reconocible, modificable ni aplicable, si bien no deduce de ello la exigencia de una relación de producción como fundamento de validez: Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, pp. 89 y ss. En la concepción vienesa, el primer punto no es visto así: el sistema sería cognoscible si, y solamente si, su validez está presupuesta; el segundo aspecto debe ser reconducido; y sólo el tercero se halla claramente afirmado. Stanley L. Paulson ha extraído adecuadamente la afinidad entre las dos teorías y ha puesto de manifiesto que la construcción de Merkl exigía igualmente un mínimo de tres estratos: Paulson, Stanley L., "Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre", en Walter, Robert (ed.), *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Ergebnisse einer Internationalen Symposions in Wien [22-23 März 1992]*, Viena, Manz, 1990, pp. 93 y ss. Otros autores igualmente han subrayado la cercanía entre las dos aproximaciones y han intentado evaluar sus méritos respectivos: *cfr.*, por ejemplo, Koller, Peter, "Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert: Hans Kelsens Reine Rechtslehre und Hart, H. L. A., *Concept of Law*", en Weinberger Ota (ed.), *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, Viena-Nueva York, Springer, 1988, pp. 142 y ss.

Un “orden jurídico” que responda a las propiedades de la definición, en consecuencia, debe comprender varios estratos normativos. Como mínimo tres: las normas sobre la producción de normas que permiten determinar y modificar el contenido de las obligaciones, prohibiciones y autorizaciones; las normas generales abstractas, y, finalmente, las normas individuales y concretas.

En tanto que sistema *normativo*, su unidad resultará del hecho de que todo orden jurídico regula su propia producción: sólo una norma del sistema puede regular las condiciones de aparición de otra norma. Suponiendo que la validez del sistema depende en último término de una norma fundamental,²⁵ existirá un conjunto de normas sobre producción de normas (la Constitución en el sentido material kelseniano) que determinarán la validez de otras normas que, por su parte, también determinarán la validez de otras normas hasta llegar a la norma determinante de las modalidades de la ejecución de un acto de coerción.

2. *La relación de producción*

El derecho regula su propia producción. Toda norma es tal porque existe otra norma que le confiere esta cualidad. En consecuencia, existirá *inferioridad* de una norma en relación con otra en el preciso sentido en el que la norma superior determina el conjunto de condiciones cuya realización tendrá por consecuencia la aparición de una nueva norma. Habrá, por tanto, “jerarquía” según la relación de producción. Esta gradación hace intervenir el grado de concreción y la forma jurídica (A). En cambio, esta relación no podrá tener como principio estructurador del orden jurídico ni la “jerarquía de órganos” (B) ni la “jerarquía de funciones” (C).

A. *Concreción y forma jurídica*

Una jerarquía determinada, según la relación de producción, sólo tiene sentido si es determinable o, dicho con otras palabras, si para todas las normas del sistema existe la posibilidad de trazar una relación de per-

²⁵ Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Julius Springer, 1925, pp. 249 y ss.; *id.*, 1960, pp. 196 y ss. Acerca de la evolución de la teoría de la norma fundamental, *cfr.* Walter, Robert, “Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm”, *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Viena, Manz, 1992, pp. 47 y ss.

tenencia llamada “validez”. No es necesario que en un nivel dado sólo esté determinado el nivel inmediatamente inferior. La “Constitución” puede regular la producción de la ley, pero también la del reglamento o la de ciertas normas individuales. Si se considera el orden jurídico bajo la relación de producción, se identificarán dos criterios distintos pero que aparecerán conjugados, según los casos:

a) En primer lugar, se pasará necesariamente de las normas más abstractas y generales a las más concretas y particulares. La jerarquía estructura la concreción del orden jurídico. El objeto de la norma permite determinar el grado de concreción. Respecto al objeto de la norma superior, la inferior será más concreta a menos que no sea una inútil duplicación.

b) En segundo lugar, se observará que toda norma producida en el sistema será parte de una familia o forma jurídica²⁶ determinada por una regla de producción que determine el “rango” de una familia inferior. Cada familia tendrá así una doble cara, a modo de Jano, condicionada y condicionante, con la excepción de la norma fundamental, que es sólo condicionante, y de la última norma sancionatoria, que es sólo condicionada.

Los caracteres de la forma jurídica o familia y los del grado de concreción son estrictamente distintos. Resulta de ello que una familia o forma normativa no será necesariamente homogénea en cuanto al grado de concreción. Así, una Norma N.a de la familia F.x y del grado de concreción C.x, será concretada por una norma N.b de la familia F.x+1 y del grado de concreción C.x+1; pero el grado C.x no está directamente determinado por F.x puesto que resulta primariamente del objeto de N.a. El paso de F.x a F.x+1 entraña igualmente el paso de C.x a C.x+1, pero otra norma N.b perteneciente a la misma familia F.x bien podría tener un grado C.x-1 de generalidad.

En segundo lugar, una familia puede determinar a varias familias inferiores. La Constitución puede habilitar la producción de “leyes”, de “reglamentos” que concreten las leyes, de “reglamentos” que concreten la Constitución, de “decretos”, etcétera. Jurídicamente el “valor” de es-

²⁶ Merkl (1931) introduce aquí el término “forma de enunciado jurídico” (*Rechtsatzform*) para referirse a lo que aquí llamamos “familia”. Los términos son sinónimos. Cada procedimiento define una forma y un conjunto de normas relativas a una forma constituyen una familia.

tas diversas formas no es sino el conjunto de sus condiciones de producción (y, como veremos, *infra* III, de destrucción) respectivas.²⁷

De lo anterior resulta que la jerarquía normativa no constituye, contrariamente a los dogmas de la TFJN, una relación lineal y trivialmente piramidal.

B. No puede haber “jerarquía de órganos”

Una norma es válida en cuanto que sean satisfechas todas las condiciones pertinentes. Esto supone que las personas físicas actúan conforme a habilitaciones. Para las normas de producción de normas, las habilitaciones (eventualmente conjugadas con las obligaciones) constituyen la parte condicional. Un procedimiento de creación no puede ser aplicado si, en última instancia, no acuerda una autorización a personas físicas, por cuanto *toda* norma jurídica hace obligatorio, prohibido o autorizado un cierto comportamiento humano. Se llamará aquí “órgano” a un conjunto de habilitaciones para la creación (o al menos para participar en

27 Denys de Béchillon (*op. cit.*, nota 2, p. 206) objeta que la teoría está condenada al fracaso porque “...en el Derecho positivo, la generalidad nunca ha diferenciado la ley del reglamento, como tampoco la ha distinguido de la sentencia de anulación o de la regla jurisprudencial. Por su parte, la idea de ejecución no ha sido nunca capaz de demostrar que un reglamento ‘autónomo’ no tenga el mismo valor que la Ley, ni que un Decreto tenga que plegarse ante una decisión adversa de los tribunales”. No podemos aceptar este análisis que nos parece que descansa sobre un error. En primer lugar, al igual que Carré de Malberg (*cf.* III), el autor contrapone las normas a una teoría, a pesar de que ésta parte precisamente del principio de autorregulación normativa del sistema. Pero, por otra parte, el argumento nos parece que se apoya sobre una confusión entre la forma jurídica y el grado de generalidad. “Ley”, “reglamento”, etcétera, no son formas en sí mismas, sino formas determinadas por el sistema concretamente considerado (consecuencia del principio de autorregulación). Corresponde así a las normas sobre producción de normas, el determinar eventualmente el grado de concreción y nada impide así a una “ley” ser más concreta que un “reglamento”; pero si tal reglamento interviene, de acuerdo con la regla de producción, como norma inferior a una ley de grado de concreción C.x, entonces su grado de concreción será necesariamente C.x+1 a menos, obviamente, que el reglamento no haga sino repetir lo dicho por la ley. En cuanto a saber si un reglamento “autónomo” tiene el mismo “valor” que una ley, esto depende del significado del término “valor”. *Jurídicamente*, y es el único aspecto que nos interesa, puede tratarse de condiciones de creación o de destrucción. Si ambas son indiscernibles para las dos familias, la distinción queda desprovista de sentido, pero si existe al menos una diferencia en cuanto al modo de creación, el “valor” no será el mismo (en efecto, para tomar un ejemplo del derecho francés, la producción de una “ley” requiere un procedimiento parlamentario, mientras que un reglamento autónomo es dictado por el órgano que ejerce el “poder reglamentario”, es decir, por regla general, el primer ministro (artículo 21 de la Constitución). Ahora bien, esta diferencia no impide una identidad parcial bajo otros aspectos.

la creación) de una forma normativa. Tal habilitación debe permitir la designación del o de los titulares que podrán y/o deberán ejercerla.

En consecuencia, no se puede oponer el órgano a la norma, puesto que el primero es una estructura de habilitación.²⁸ De esta suerte, las normas de producción de normas son constitutivas de órganos. Por otra parte, la actividad de los titulares de las habilitaciones orgánicas no tiene, en cuanto tal, ningún interés jurídico, salvo que trate de la producción normativa. Un elemento de una familia será en efecto el producto de la actividad productiva de uno o de varios órganos en un determinado número de etapas.

El órgano está constituido por una norma de habilitación, no determina las condiciones de validez de otra norma, produce a lo más (si su habilitación se lo permite) una norma que a su vez establecerá las condiciones de validez de otra norma. Ahora bien, no puede haber jerarquía entre habilitaciones, puesto que éstas sólo constituyen la parte condicional de una norma de producción de normas. De lo anterior resulta que si bien existe una jerarquía de normas en el sentido precitado, no hay una “jerarquía de órganos”, en tanto que principio estructurador del orden jurídico.²⁹ Ciertamente, puede suceder que una norma habilite a un órgano a imponer obligaciones o a conferir habilitaciones a otro órgano y se podrá decir en ese sentido que este último se halla subordinado al primero. En este sentido se podría establecer una “jerarquía de órganos” que sólo será un subproducto, por lo demás poco explicativo,³⁰ de la jerarquía de normas; pero no se podrá afirmar lo inverso.

El punto principal es, por tanto, que el órgano no es oponible a la norma (pues aquél sólo consiste en la autorización para dictar ésta) y que es únicamente la norma la que crea las condiciones de validez de otra norma.

²⁸ Evidentemente, el “órgano” no es tal o cual individuo o conjunto de individuos; el *órgano* “presidente de la República”, en Francia, no es sino la habilitación para firmar los decretos y ordenanzas, disolver la Asamblea nacional, ejercer el derecho de gracia, etcétera, conferido a un *titular* designado por elección en sufragio universal directo.

²⁹ Una “jerarquía de órganos” puede evidentemente aparecer sobre otro plano (simbólico, protocolario) en cuanto que un órgano pueda reunir varias habilitaciones totalmente heterogéneas o simplemente parciales.

³⁰ Este extremo ha sido puesto de relieve con finura y humor por Béchillon, Denys de, “Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d’une représentation”, en *Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques*, 1994, p. 34.

C. No puede haber “jerarquía de funciones”

Si se quiere, se pueden introducir “funciones”, pero esto no aporta nada de nuevo y, sobre todo, tampoco permite estructurar el terreno estudiado.

La razón por la que Kelsen emplea esta expresión es puramente crítica.³¹ En efecto, una teoría tradicional afirma la existencia de ciertos “poderes” que habría que separar. Se trata de una teoría política y no de una teoría explicativa de la estructura de los sistemas jurídicos que por definición no conoce de “poderes”. En la mayor parte de los sistemas jurídicos, siempre es posible identificar (por las reglas de producción) las normas “legislativas”, “administrativas” o “jurisdiccionales” (y aun otras, a tenor de las reglas de producción), es decir, normas producidas por ciertos órganos con arreglo a ciertos procedimientos (por ejemplo, para la creación de normas formalmente “legislativas” haciendo intervenir mayormente al Parlamento, es decir, a un órgano colegial designado principalmente por elección; o para la producción de normas individuales que concreten las normas generales —normas formalmente “jurisdiccionales”— haciendo intervenir a órganos independientes). Al conjunto de las operaciones de producción de una norma de forma F lo llamaremos “función F”, y así, por ejemplo, la “función legislativa” designaría la clase de operaciones de producción de normas legislativas. La “función” sólo es la fórmula abreviada de un conjunto de procedimientos que tienen por resultado una forma normativa determinada por la misma.³² Puede suceder que no añada nada al conjunto de reglas de producción porque se confunde con ellas, o puede ocurrir que no sea normativa en cuanto tal, al ser sólo un conjunto de acciones. Ahora bien, los conjuntos de

31 Kelsen, Hans, *Allgemeine...*, cit., nota 22, pp. 229 y ss.

32 En consecuencia, la función en sentido kelseniano o más generalmente viene a designar una “actividad” salvo que por “actividad” se entienda un conjunto de actos de procedimiento de producción. Pero en este caso volvemos a encontrar la determinación jerárquica por condiciones de validez. Las normas de producción de normas son, como generalmente ocurre con las normas jurídicas, normas condicionales: fijan las condiciones que hacen posible tal o cual obligación, prohibición o autorización: cfr. Pfersmann, Otto, “Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques”, *Revue de la Recherche Juridique*, vol. XIX, 1994, pp. 221-243. Se desprende de esto que, en sentido estricto, no existe jerarquía entre personas, salvo si se entiende por tal que una determinada persona es destinataria de una determinada norma que un determinado órgano le ha dirigido. Por ello, no se podría reprochar a Merkl o a Kelsen el haber sustituido una jerarquía de normas por una jerarquía de funciones (ésta es la tesis de Béchillon, Denys de, *op. cit.*, nota 2, pp. 202 y ss.).

acciones no pueden ser considerados como jerárquicamente estructurados o como estructurantes del orden jurídico en tanto que sistema normativo.³³

3. *Un cálculo de los defectos*

A partir del axioma de la autorregulación se sigue que el derecho, y únicamente él, no sólo determina lo que tiene cualidad de “derecho”, sino también lo que no la tiene. Por la misma razón, también regula la destrucción de normas. Una forma normativa o familia no podrá ser completamente definida si no se completan las normas de producción de normas con aquéllas que regulan la anulación de esas normas. Como regla general, el órgano habilitado para dictar una familia de normas es el que también lo está para anularlas o eventualmente reemplazarlas por otras. Pero esto depende del sistema considerado en cada caso concreto. En algunos casos, la anulación queda confiada a diversos órganos con arreglo a modalidades diferentes. En la mayoría de los casos, la diferenciación orgánica de la anulación es consecuencia de una estructuración jerárquica según la relación de producción que puede parecer incómoda, aunque no tenga nada de defectuoso en sí misma.

De esta estructuración resultan diversas consecuencias. Los sistemas jurídicos establecen una frontera impermeable entre ellos y otros sistemas normativos, aunque coincidan con ellos en otros aspectos. Una norma o es jurídica o no lo es: no hay un *tertius*. El respeto por las condiciones de producción traza esta frontera sin matices: un simple particular no puede pronunciar una sentencia ni firmar un decreto, del mismo modo que la asamblea general de una asociación para el estudio de la jerarquía normativa no puede votar una ley de la república francesa.

Este principio del *tertius* normativo elimina así todos los casos en los que falta al menos una de las condiciones necesarias, aunque también entraña efectos incómodos en cuanto incluye todos los casos en los que se cumplen las condiciones necesarias. Esto significa que no deja ninguna elección al sistema para ponderar las consecuencias de una violación de la regla de producción. El respeto de la misma es necesario y suficiente:

³³ Denys de Béchillon no puede hacer de los conjuntos de acciones un principio estructural para un conjunto normativo, precisamente porque reivindica un análisis funcional que abarque tales conjuntos de acciones.

si se quiere prohibir la producción de una norma con tal o cual propiedad, debe incluirse esta prohibición en la regla de producción. Esto anquilosa considerablemente el sistema sin garantizar la eliminación de toda producción no deseada. Podría suceder que se juzgue importante el respeto de un principio sin que se quiera hacer de ello una condición necesaria de la producción normativa. A la inversa, también podría ocurrir que se quiera eliminar a ciertas normas válidas del sistema mediante procedimientos distintos a los que condicionan su producción. Ahora bien, dadas las condiciones presentes, esto es imposible. Sólo puede llevarse a cabo una modificación, mediante la producción de otra norma según el mismo procedimiento que ha permitido la introducción de la norma que ahora se desea cambiar.

Ciertamente, ninguna garantía es posible. En la situación dada, incluso el respeto de la regla de producción escapa enteramente a los que la dictan, a menos que éstos sean a la vez quienes la aplican y la quieren respetar o que aquellos que la aplican pretendan efectivamente conformarse a la misma. Pero esto último no tiene explicación normativa, sino fáctica.

Resumiendo, la validez de una norma no implica en absoluto su “conformidad” con la norma superior, salvo en el específico sentido de que dicha validez resulte de la conformidad del procedimiento con la norma de producción.

La disconformidad no impide la validez: para que una norma sea válida es suficiente y necesario que las condiciones del procedimiento de producción hayan sido respetadas. Ni siquiera es necesario que otras obligaciones eventualmente contenidas en el conjunto de normas superiores según la relación de producción hayan sido igualmente respetadas. Si el “legislador” ha respetado la regla de producción de la forma normativa “ley”, una norma de “rango” legislativo entrará en vigor incluso aunque esta ley no respete ciertas reglas contenidas en la Constitución (que es precisamente la regla de producción de la ley), como tal o cual derecho fundamental; de la misma forma la sentencia de un tribunal entrará en vigor, será una norma válida, tendrá “fuerza de cosa juzgada” si no ha sido cuestionada en los plazos previstos incluso aunque su contenido se halle en contradicción con la ley, es decir, con una norma que tenga el mismo rango que la norma de producción. Así, la “conformidad”, igual que la “disconformidad”, no es simplemente una caracte-

rística jurídica. Considerando la situación al margen de los demás factores, ni la una ni la otra implican la mínima consecuencia normativa, no constituyen la condición de una obligación, de una prohibición o de una habilitación.³⁴

Que la conformidad o la disconformidad no tengan consecuencias no implica que el fenómeno sea enteramente indiferente. Así ocurre al menos en la medida en que todo sistema jurídico debe resolver qué norma se va a aplicar efectivamente. Es hipotéticamente imposible la aplicación simultánea de dos normas normativamente inconsistentes³⁵ entre sí.

Ahora bien, tomando en cuenta esta situación, la norma que va a ser aplicada es aquella que rodea a su objeto con una mayor aproximación. Una norma únicamente general y abstracta no puede ser aplicada en cuanto tal, puesto que la aplicación exige por definición que la persona y el comportamiento exactamente reclamado sean designados concretamente.

La cadena de habilitaciones se encontrará entonces invertida: la sentencia vendrá antes que la ley, la ley antes que la Constitución, la norma “inferior”, según la relación de producción, prevalecerá sobre aquella que condiciona su validez. Por tanto, es necesario observar cada norma bajo dos aspectos: la jerarquía es siempre anfibológica.

Pero las cosas no son siempre iguales. Pueden existir reglas de destrucción de normas de acuerdo con procedimientos diferentes de los previstos para su modificación. Estos procedimientos en general se hallan

34 De esto no se desprende que toda norma “válida” sea por eso mismo “conforme” (con la superior), como afirma Troper, Michel, “Kelsen et le contrôle de la constitutionnalité”, en Herrera, Carlos-Miguel [ed.], *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, París, L’Harmattan, 1995, p. 167. De lo anterior no se desprende que toda conformidad o disconformidad distinta de la que existe entre el procedimiento de producción y la norma que lo regula carezca de pertinencia jurídica. Esto no excluye otros tipos de pertinencia. Sigue siendo perfectamente lícito (para un observador) preguntarse si la significación del enunciado normativo N.a (de rango x según el orden de producción) está o no en contradicción con la significación del enunciado normativo N.b (de rango x-1 según el orden de producción).

35 Sobre esta noción, *cfr.* Wright, Georg Henrik von, “Is there a Logic of Norms?”, *Ratio Juris*, núm. 4, 1991, pp. 265-283; *id.*, “Gibt es eine Logik der Normen?”, en Aarnio, Auslis *et al.* (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Festschrift für Werner Krawietz*, Berlín, Duncker und Humblot, 1993, pp. 101-126; reimpresso en *id.*, *Normen, Werte und Handlungen*, Suhrkamp, Frankfurt del Meno, 1994, pp. 56-83; traducción francesa en *La querelle des normes. Hommage à Georg Henrik von Wright, Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l’Université de Caen*, núm. 27, 1995.

confiados a órganos distintos de los competentes para la producción de la norma.

El conjunto de estas reglas conforma lo que se llama el *cálculo de los defectos*. Nos permite decir en qué condiciones un órgano se halla habilitado para destruir una norma. Sólo a partir del momento en el que tales reglas existen es cuando la noción de “conformidad” toma un sentido jurídico, puesto que tal autorización se halla generalmente ligada al hecho de que el órgano identifique la norma en cuestión como “disconforme” con las exigencias relativas al procedimiento de producción de las normas de grado superior según el orden de producción. Los “defectos” pueden revestir diferentes grados de gravedad que conllevan diversos tipos de consecuencias, desde la modificación a la anulación parcial o total con un efecto aplazado, inmediato o retroactivo. El cálculo se reduce a una alternativa válido-inválido si el grado cero del cálculo de los defectos es simplemente la disconformidad con las reglas de producción o, de manera equivalente, el hecho de que no se prevea ningún procedimiento de destrucción diferente de la producción de una nueva norma del mismo tipo.

III. EL PROBLEMA DEL EMPIRISMO NORMATIVO

Carré de Malberg presenta lo que llama la *Stufentheorie* de modo sucinto al comienzo de su obra. Este compendio es en parte fiel y en parte inexacto. Carré afirma correctamente que el derecho es concebido como un sistema de normas y que existe una relación jerárquica en cuanto que “una regla no puede adquirir valor jurídico salvo si es emitida de acuerdo con una regla de derecho preexistente que haya dado apertura y legitimidad a su creación”.³⁶ Igualmente, liga este “encadenamiento” con la concreción del orden jurídico desde lo general hasta lo particular³⁷ y cita la expresión kelseniana “relación de producción” (*Erzeugungszusammenhang*).³⁸ Pero esta presentación también comprende elementos que llevan a la confusión: así, la relación de producción es como una “verdadera relación de causalidad”,³⁹ la norma inferior “...no puede con-

36 Carré de Malberg, *Confrontation...*, cit., nota 14, p. 2.

37 *Ibidem*, pp. 3 y ss.

38 *Ibidem*, p. 4.

39 *Idem*.

travenir” a una norma de rango superior, y finalmente, la norma fundamental es considerada como un *hecho* que “genera para (la comunidad) el equivalente de una regla de derecho...”⁴⁰

Carré atribuye a Kelsen y a Merkl haber denunciado tres errores: la “separación de poderes” concebidos como independientes uno de otro,⁴¹ la asimilación de derecho a la sola “ley”,⁴² y finalmente el dualismo legislativo-ejecutivo para el que uno sólo crea el derecho y el otro sólo lo ejecuta.⁴³ Pero su análisis le conducirá a plantearse dos cuestiones: “I. ¿En qué medida es verdadero que los actos estatales de cualquier grado son ejecución de un acto anterior? II. ¿En qué medida es posible decir que los actos de los diversos grados crean una regla con carácter de Derecho nuevo respecto al Derecho creado por los actos superiores?”⁴⁴

El autor cree resolver estos problemas con ayuda de un método que resume en estos términos

...nos parece que una teoría sobre la formación del Derecho en los diversos Estados sólo merece un lugar en el seno en la teoría general del Estado en cuanto extraiga sus materiales o elementos de justificación a partir de los conceptos y de los sistemas del Derecho público que, en una época determinada, se hallan consagrados por las Constituciones y las leyes del conjunto de los Estados.

La teoría de la jerarquía normativa sería así confrontada con los “datos proporcionados por el orden jurídico francés acerca de su formación”.⁴⁵

Carré de Malberg invoca así un criterio de verificación empírica. Una teoría de los sistemas jurídicos sólo es admisible si los datos de los sistemas jurídicos la confirman.⁴⁶ El autor no se apoya en ninguna corriente filosófica y no discute las tesis de la misma. Su empirismo-po-

⁴⁰ *Ibidem*, p. 6.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 8 y ss.

⁴² *Ibidem*, p. 8.

⁴³ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 17.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁶ Carré de Malberg no aborda en el resto de sus obras las cuestiones de metodología de la teoría del derecho. Su empirismo es así enteramente intuitivo. Por esta razón, es interesante subrayar que aborda este problema de modo extremadamente sucinto y únicamente con la intención de responder a los vieneses. La controversia acerca de la teoría de la jerarquía normativa provocaba así una interrogación metodológica: en ella se trata de una simple hipótesis.

sitivismo no se halla desarrollado en cuanto tal. En consecuencia sólo podrá ser reconstruido: 1) a partir de la argumentación misma del propio Carré, lo cual 2) permitirá después extraer los fundamentos de la misma.

1. *Las instituciones y las ideas consagradas por el derecho positivo francés respecto a su formación*

Tratemos en primer lugar acerca de la tesis de la identidad de la teoría de la inferioridad jerárquica y de la ejecución. Carré va a cuestionar sucesivamente: a) el hecho de que exista jerarquía de *normas*; b) el que haya superioridad de la Constitución respecto a la ley, y también que las decisiones individuales sean efectivamente la concreción de reglas generales como da a entender la teoría vienesa.

a) Con el fin de ver si la tesis de la identidad se aplica en derecho positivo francés, es preciso ante todo preguntarse si este derecho instituye relaciones de superioridad y de inferioridad. Carré aborda esta cuestión con ayuda de una teoría sobre el origen y otra sobre el valor o la fuerza de las normas jurídicas. A continuación intentará apuntalar su construcción con un análisis de las Constituciones francesas después de la revolución.

La tesis relativa a la fuerza de las reglas se apoya sobre la relatividad del lugar de las reglas según los sistemas jurídicos: tal norma puede ser constitucional aquí y legislativa o aun reglamentaria allá. Dado que el rango de la regla no depende de su “naturaleza intrínseca”, debe buscarse la razón de su “fuerza” en el “...grado de poder de los órganos o autoridades que dictan la regla, ejercen la función o consuman el acto”.⁴⁷ De ello resulta que no puede haber jerarquía de normas, sino sólo de órganos.⁴⁸

La tesis relativa al origen de las reglas consiste en decir que “las reglas no vienen al mundo solas, hay que tener en cuenta a quienes las hacen”.⁴⁹ Esta segunda tesis nos facilita tanto el contenido de las

⁴⁷ Carré de Malberg, *Confrontation...*, *cit.*, nota 14, p. 27.

⁴⁸ *Ibidem*, *passim*. De hecho la deducción de esta tesis marca el acercamiento de Carré a las teorías de Carl Schmitt, explícitamente invocadas en la p. 29, en nota: “A mayor abundancia, C. Schmitt reconoce... que ‘es gibt —wenn man sich nicht in Metaphern und Allegorien ergehen will— keine Hierarchie der Normen, sondern nur eine Hierarchie konkreter Menschen und Instanzen’; y en esto no se puede sino estar plenamente de acuerdo con él”.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 28.

reglas como la justificación de la primera, pues al estar el derecho elaborado por personas concretas, "...el Estado, aunque suponga un sistema de reglas, esencialmente sigue siendo una formación humana".⁵⁰

Ahora bien, quienes hacen las reglas son precisamente los revolucionarios de 1789 o los constituyentes de 1875 que invocan las enseñanzas de aquéllos, y estas ideas consagran precisamente la teoría de la jerarquía de órganos.⁵¹ Según esta tradición, es el pueblo o sus representantes quienes son soberanos y no una norma que les confiera determinadas atribuciones.⁵²

El análisis jurídico confirma el hecho de que el derecho positivo francés instituye al Parlamento como órgano supremo y soberano, detentador de un poder originario e incondicionado⁵³ consagrado por la definición de la ley como expresión de la voluntad general.⁵⁴

b) No sólo el derecho público francés establece una jerarquía orgánica, sino que incluso elimina cualquier distinción jerárquica entre la Constitución y la ley, a diferencia de la teoría vienesa que afirmaba una diferencia absoluta en este punto. En efecto, la misma Constitución (en realidad, la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*) sitúa a la ley en el rango supremo. Por otra parte, la Constitución de 1875 elimina toda distinción entre ley y Constitución, puesto que una reforma constitucional sólo exige la aprobación de una ley por las dos cámaras reunidas en Asamblea Nacional, a diferencia de lo que ocurre con la ley ordinaria cuya aprobación precisa la aprobación de ambas por sepa-

⁵⁰ *Ibidem*, p. 30.

⁵¹ *Ibidem*, p. 27. "...por graduación o escalonamiento de las reglas debe entenderse una graduación que tiene su causa efectiva en las condiciones orgánicas a las cuales está sometida, según el orden jurídico positivo, la formación del Derecho. Esta es la idea que se desprende, respecto a esta formación, a partir de los conceptos sobre los cuales se ha edificado el Derecho público francés desde la Revolución y sobre los que aún permanece, por razón de sus orígenes revolucionarios... En el sistema de normas establecido después de 1789 en el Estado francés, la distinción entre las diversas reglas y entre los diversos actos, no está fundada sobre la diversidad de funciones contempladas en su propia naturaleza, sino que está determinada por el poder de los órganos": *ibidem*, p. 35.

⁵² "Ahora bien, sólo el soberano es capaz de hacer acto de voluntad originaria, es decir inicial, incondicionada, descansando sólo sobre su propia fuerza y poder; además, toda voluntad enunciada por él extrae de la cualidad soberana en la cual la enuncia una superioridad trascendente... la ley debe este carácter originario y este valor sin par... únicamente a que es obra de un parlamento que ha sido concebido como el órgano específicamente representativo de la nación soberana, un órgano cuyo poder ha sido, por este título, identificado con el del soberano...": *ibidem*, p. 32.

⁵³ *Ibidem*, *passim*, especialmente p. 32.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 32 y *passim*.

rado. Una aprobación de las dos cámaras reunidas es, por tanto, sólo una reiteración de la misma idea y no podría aportar ningún elemento nuevo o dar lugar a un resultado diferente.⁵⁵ Así, la ley no ejecuta la Constitución pues, con el mismo título que ésta, es una fuente soberana y originaria en razón de la dignidad del órgano que la produce.⁵⁶ Y a la inversa, por estas mismas razones, las normas infralegislativas se encuentran desprovistas del carácter soberano de la ley. Aquellas no son obra de la comunidad nacional representada, sino de un poder en particular.⁵⁷

Si no hay identidad entre relación jerárquica y relación de ejecución o de creación, esto muestra que el derecho público francés divide la teoría de la formación del derecho por grados o escalas; y al no saber dar razón ni siquiera de un derecho nacional no puede ser una teoría general. Carré llega a decir que sólo se trata de datos abusivamente generalizados del derecho público austríaco. Al descansar sobre una falsa generalización y al encontrarse contradicha por la realidad del derecho positivo (esto es, con los elementos de la experiencia) esta teoría es doblemente falsa.

2. *La determinación del objeto*

Carré de Malberg no explica exactamente cómo pretende verificar los enunciados de la teoría con los datos del derecho público francés. Nuestro autor no relaciona su propósito ni con el debate sobre el positivismo del que procede la teoría ni con la discusión sobre el empirismo lógico del Círculo de Viena. El empirismo de Carré no descansa sobre una

⁵⁵ *Ibidem*, p. 155: “...conviene hacer prevalecer el fondo de las cosas sobre su apariencia externa. Ahora bien, en cuanto al fondo, la consideración que debe importar mayormente es que las mismas mayorías que son dueñas de hacer las leyes en las Cámaras deliberando separadamente, lo son también para reformar la Constitución constituidas en Asamblea Nacional... En estas condiciones, no parece que la regla legislativa se halle efectivamente dominada y encadenada por las reglas constitucionales. A mayor abundamiento, no es posible decir que aquella actúe en ejecución de éstas”.

⁵⁶ Carré extrae de esto, incluso, un argumento para rechazar la tesis de la Escuela de Viena según la cual toda producción normativa procede de una habilitación: “el hecho de que un órgano estatal posea un poder que le permita hacer cualquier cosa no significa que haya recibido una habilitación general, sino más bien que no tiene en absoluto necesidad de contar con una habilitación”: *ibidem*, p. 166.

⁵⁷ *Ibidem*, esta distinción se encuentra en la página 116 y aplicada en las siguientes hasta la página 152.

teoría de la experiencia como fuente de conocimiento o referente de enunciados de un lenguaje de observación ni tampoco parte de una reflexión sobre el grado en el que la validez de enunciados empíricos depende de una teoría. En este sentido, se trata de un empirismo ingenuo. Pero la afirmación de que un enunciado teórico pueda ser confrontado y eventualmente desmentido por los datos positivos del derecho, a su vez no deja de plantear un verdadero problema: ¿dónde se sitúa exactamente el límite entre la constitución del objeto y su observación?

¿Cuál es entonces la definición de derecho propuesta por Carré? Este asunto no ha sido abordado directamente en su obra. Una definición aparece de manera casi accesoria en los últimos capítulos de su *Contribution à la théorie générale de l'État*: "...el derecho, en el sentido propio del término, sólo es un conjunto de reglas impuestas a los hombres que se hallan sobre un territorio determinado por una autoridad superior capaz de mandar con un poder efectivo de dominación y de coerción irresistible".⁵⁸ Su problema no es la determinación del objeto "derecho", sino la cuestión de la relación entre Constitución y Estado, y así esta definición incidental de derecho permite concluir que "...el derecho propiamente sólo puede concebirse en un Estado ya formado...".⁵⁹ Entonces, la formación del Estado sería la condición factual de la aparición del derecho. Y, en efecto, la constitución del poder estatal es estrictamente factual.⁶⁰ Pero ocurre que, justamente, el Estado siempre está ya jurídicamente organizado y "...sólo aparece como persona a partir del momento en el que se le contempla bajo su aspecto jurídico".⁶¹ De esto resultaría que el Estado, por un lado, es instituido por un hecho de poder y, por otro, regula este mismo poder. Pero entonces, una de dos: o bien constatamos una contradicción inmediata entre la génesis factual del Estado, la imposición del derecho por el Estado y la determinación de la personalidad jurídica del Estado por el derecho; o bien admitimos que la emergencia del Estado, como poder, es un hecho que desemboca en la imposición de reglas y que una vez impuestas estas reglas, independientemente de esta génesis factual y de modo concomitante, existirá el Estado persona

58 Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, París, Sirey, 1922, t. II, p. 490.

59 *Idem*.

60 "...la formación inicial del Estado, como también su primera organización, sólo pueden considerarse como un puro hecho, que no es susceptible de ser clasificado en ninguna categoría jurídica...": *idem*.

61 Carré de Malberg, *Contribution...*, *cit.*, París, Sirey, 1920, t. I, p. 27.

jurídica (y, por tanto, determinado por las reglas) y la determinación de las reglas por el Estado (conjunto organizado).

Un conjunto de estas reglas (el derecho) puede ser fruto de un hecho, pero ¿qué es lo que nos hace reconocer inmediatamente que se trata de reglas y no de simples hechos de poder?, ¿qué es lo que hace que ciertas cosas sean “reglas impuestas por una autoridad superior”? Carré no nos proporciona un criterio directo para resolver estas cuestiones puesto que las reglas no son abordadas en cuanto tales, sino que se desprende que estas reglas son impuestas por poderes que actúan, de esta suerte, precisamente en razón de tales reglas, puesto que si “el Estado está siempre jurídicamente organizado”, lo está por reglas impuestas. Ahora bien, son estas reglas las que organizarán precisamente el Estado en cuanto persona moral. Ciertamente, el derecho no puede constituir el Estado puesto que “...sólo existe (derecho) en el Estado ya constituido y provisto de órganos regulares”,⁶² pero sí puede determinar el modo en el que tales órganos “...proviene esencialmente de la Constitución y... extraen de ella su capacidad”.⁶³

Lo anterior nos obliga a saber qué es lo que según Carré debe entenderse por “órgano”. La definición más desarrollada es la siguiente: “en su acepción precisa y racional, este término deber reservarse para designar sólo ciertas autoridades, a saber, aquellas cuyo concurso le es indispensable al Estado para que pueda ser una persona; en consecuencia, aquellas que son elementos de su personalidad y sin las que esta personalidad se desvanecería”.⁶⁴ Esto puede nuevamente interpretarse como bajo el signo del poder factual (aquello sin lo que no habría efectiva imposición de una voluntad unificada) y bajo el signo del derecho (aquello sin lo que no habría reglas). Por tanto, los órganos en el sentido jurídico del término son las “autoridades” que imponen las reglas jurídicas y cuyo mismo estatuto está definido por reglas jurídicas (en efecto, es la Constitución la que “...realiza la organización y la personalidad del Estado”).⁶⁵

El órgano participa así de la naturaleza del Estado. Esto es lo que Carré subraya al decir que concurre “...a la formación de esta voluntad

62 Carré de Malberg, *Contribution...*, *cit.*, nota 58, p. 499.

63 *Ibidem*, p. 500.

64 *Ibidem*, p. 390.

65 *Idem*.

inicial y de la personalidad (del Estado) que se vincula a ella...”⁶⁶ En consecuencia, para ser calificado como órgano una autoridad deberá articular la voluntad del Estado (como, a la inversa, el Estado sólo puede expresarse por medio de sus órganos) y esto supone que se ejerza “...en la esfera de competencia de sus órganos, una voluntad libre e independiente...”⁶⁷

No es fácil reconstruir el argumento de Carré. La tesis del origen y la de la fuerza de las reglas tienden a confundir el hecho y la norma, lo que implica un uso lógicamente incoherente del término “derecho”. Cada etapa de la reconstrucción exigiría así una eliminación de la opción incompatible con una concepción jurídica del pensamiento del autor.

3. *Convergencia o contradicción*

Una vez planteadas estas premisas, ¿es posible *en el marco de la teoría de Carré de Malberg* que un derecho (un orden jurídico) sea normativamente jerarquizado de tal suerte que todo grado o escalón de ese orden “ejecute” una norma superior y “cree” una norma inferior?

Dos hipótesis pueden formularse. En primer lugar, el hecho de que haya órganos excluye que todas las reglas sean establecidas al mismo tiempo y de una vez por todas; habrá así: bien una producción normativa o (en el lenguaje de Carré) una “imposición de reglas” en etapas sucesivas. En segundo lugar, es imposible decir que los órganos no se someterán al derecho. Carré les asigna una “competencia”. Existirá así un terreno en el que se ejercerá la voluntad de los órganos, pero este terreno no podrá ser libremente modificado a su gusto.

Ahora bien, resulta de lo anterior que el orden jurídico no se puede resumir en una jerarquía de órganos. Si no hay órganos sin derecho, es el derecho el que ante todo jerarquiza los órganos, los cuales a su vez sólo pueden establecer jerarquías imponiendo reglas, es decir (en lenguaje kelseniano) produciendo normas.⁶⁸

⁶⁶ *Ibidem*, p. 394.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 395.

⁶⁸ La diferencia entre Kelsen y Carré es, en esto, simplemente terminológica, de manera que el maestro de Estrasburgo habla de “autoridad” para designar de un modo genérico todo lo que dispone de un poder para querer, mientras el de Viena clasifica como órgano toda determinación de competencia normativa, sea esta importante o débil.

De nuevo nos enfrentamos a un dilema: o bien reconocemos una contradicción en el hecho de que Carré pueda considerar un órgano como algo libre, independiente e incondicionado a la vez, que es algo actuante en la esfera de una competencia, o bien admitimos que la libertad, la independencia, la acción o la voluntad incondicionada sólo pueden ejercerse en el marco de unas reglas, aunque sean relativas, por lo que no existe *stricto sensu* una voluntad libre e independiente o, si se quiere, voluntad propiamente originaria.

Se desprende de todo esto que, en los propios términos de la teoría desarrollada por Carré de Malberg, la jerarquía de órganos no puede oponerse a una jerarquía de normas. Sea cual sea la competencia del Parlamento, nunca será más que una competencia y no cualquier cosa originaria e incondicionada en sentido estricto.

Cualquier otra hipótesis nos obligaría a abandonar alguna de las premisas: si queremos salvar el carácter originario del Parlamento, debemos concebirlo más allá de las normas o las reglas de la Constitución, y si lo concebimos más allá del derecho hacemos de sus actos simples manifestaciones de poder fáctico.

Evidentemente, tenemos que conceder a Carré que el derecho proviene de los hombres y que el derecho público francés ha sido formado por la “tradicón revolucionaria”, pero no se sigue de ello que la reivindicación de una libertad incondicionada para el Parlamento representativo de la voluntad general pueda sustraer este órgano a toda regla relativa a su poder de imponer reglas. En efecto, si la competencia de la representación nacional estuviera más allá de toda regla, sería completamente aleatoria, puesto que se hallaría sometida únicamente a los azares de las relaciones de fuerza y no podría ser algo distinto en cuanto sería imposible interpretarla jurídicamente (esto es, en razón de reglas).

En la hipótesis de la convergencia sobre la definición del objeto, la posición de Carré se encuentra todavía con otras dificultades. En efecto, ¿cómo confrontar los *datos* de un derecho positivo con la *teoría* de la formación escalonada del derecho? Como ha indicado Frantisek Weyr en su estudio acerca de este aspecto, se trata de entidades totalmente heterogéneas: mientras un enunciado teórico puede ser verdadero o falso, una norma no tiene ningún valor de verdad pues sólo hace obligatorio, permisible o prohibido tal o cual comportamiento humano. Si se acepta esta definición de la norma (o de la regla), no se puede al mismo tiempo

interpretar el derecho positivo como si fuese un discurso teórico. Al valerse explícitamente de la distinción entre el hecho y el derecho, Carré no puede transformar los datos del derecho público francés en teoría del derecho. En este punto, el empirismo de Carré descansa sobre una confusión de categorías de objeto, de la cual resulta una confusión entre teoría y doctrina.

Incluso si la Constitución dijese que la ley es superior o igual a la Constitución, de ello no resultaría que en cualquier Constitución del mundo pudiera haber una ley superior a la *Constitución*, si por “Constitución” se entiende precisamente el conjunto de las normas de producción de normas cuya (primera) producción no está a su vez determinada por otro conjunto de normas vigente y cuya validez, por tanto, sólo pueda ser presupuesta: la *Constitución* será siempre superior en esto, por cuanto determina sobre un plano teórico y material⁶⁹ las condiciones de validez de otras normas generales y abstractas a las que podrá llamarse “leyes” y cualquiera que sea el *nombre* que tal o cual sistema quiera dar a estas normas. En consecuencia, el hecho de que el término “ley” se reserve en tal o cual orden jurídico a ciertos actos votados por un Parlamento o a contratos elaborados por los particulares o a actos jurídicos individuales no puede falsificar la definición puramente teórica del término “ley”. El mismo razonamiento se aplica si la “ley”, según un sistema dado, fuese ilimitada en su objeto y no susceptible de control. Por lo mismo que su producción se halla encuadrada en reglas, queda en este sentido condicionada por éstas, de suerte que su aprobación debe ser interpretada como la ejecución de una regla de producción.

⁶⁹ Carré acusa aquí un profundo malentendido de este aspecto de la teoría al que critica (*Contribution..., cit.*, nota 61, p. 38: “Así pues, es manifiesto que la *Stufentheorie* es inconciliable con el sistema de Derecho público francés en cuanto que tiene como una de sus bases la identificación de la ley con las reglas generales”). El hecho de que una “ley” pueda, en Francia, tener un objeto tanto individual como general no es en absoluto incompatible con la construcción kelseniana. Si en un sentido teórico y material el término *ley* se reserva para las normas generales y abstractas, esto no impide a un sistema jurídico llamar “ley” a todo acto normativo producido de un cierto modo, lo que Kelsen llama “ley en sentido formal”. La distinción entre lo material y lo formal permite justamente examinar en qué medida existen habilitaciones materialmente legislativas más allá de las habilitaciones de la legislación formal. El cálculo de los defectos será diferente según los casos. Carré confunde el nombre propio de una clase de normas determinadas por su modo de aprobación con el concepto de una clase de normas determinadas por su objeto. Todo lo que dice la teoría vienesa es que la relación entre las dos está regulada por el propio sistema, que a su vez es el objeto de un conjunto de normas.

Ahora bien, estas dificultades no agotan el problema planteado por Carré de Malberg; antes bien, permiten redefinirlo por eliminación: la observación de estructuras normativas *por definición* no puede versar ni sobre la determinación del objeto normativo “derecho” ni, en consecuencia, sobre las relaciones de poder que condicionan su aplicación efectiva. La observación de sistemas normativos no puede modificar la percepción de los elementos constitutivos de esta observación en tanto que la determinación del objeto no está como tal en cuestión. Ahora bien, en el plano textual sólo existe la elección entre la convergencia Merkl-Kelsen-Carré y una posición contradictoria que confunde el hecho y el derecho sin proporcionar elementos que permitan repensar esta relación en términos hasta entonces inexplorados. En Carré no hay una teoría de revisión de la teoría, o dicho de otro modo, su empirismo no es una concepción crítica de la naturaleza de la observación jurídica, lo cual es algo que sólo puede llegar a ser, bien de modo residual o accesorio, bien en la medida en que se sitúa en los confines del campo delimitado por la experiencia.

Esto deja abiertas al menos tres cuestiones. En primer lugar, en efecto, ¿cómo interpretar el hecho de que las reglas de un sistema jurídico sean regularmente violadas? ¿es esto compatible con la concepción kelseniana del orden jurídico? En segundo lugar, si todo sistema jurídico se haya jerarquizado, ¿dónde se sitúa el límite mínimo de esta jerarquización? Los vieneses quizás sólo han contemplado hipótesis sencillas que, por lo demás, resultan coincidentes con la situación del derecho positivo austríaco. Esta cuestión puede, en tercer y último lugar, quedar ilustrada por el caso concreto del derecho público francés. Si se admite que, en principio, siempre es posible en un orden jurídico mostrar en qué consiste la superioridad de la Constitución en relación con la ley, ¿cómo es posible que por lo general la ley se halle por encima de la Constitución? La aportación de Carré de Malberg consistirá pues en un análisis político y jurídico de las leyes constitucionales de 1875.

IV. EL ESTATUTO DE LAS LEYES CONSTITUCIONALES DE 1875

El cuestionamiento de la teoría de la formación gradual o escalonada del derecho, a partir del ejemplo constitucional francés de la Tercera

República constituye, ciertamente, una de las contribuciones más pujantes a esta teoría. Pero debe leerse a Carré a través de aquello que nuestro autor, bien a su pesar, concede a los vieneses. Su análisis permite entonces comprender: 1) la concepción singular del parlamentarismo que expresan las leyes constitucionales de 1875, pero también 2) el fracaso de la interpretación jurídica de la ideología subyacente a las mismas.

1. *El parlamentarismo extremo*

La teoría de la formación gradual del derecho permite explicar claramente el caso francés y subrayar sus particularidades. La tesis de Carré era que, contrariamente a esta teoría, la Constitución francesa no se diferenciaba de la ley y, por tanto, no podía ser considerada como superior a ésta. En segundo lugar, se afirmaba que la jerarquía distinguía entre órganos (de entre los cuales, ante todo, al Parlamento) y no entre normas. Esta interpretación de los “datos del derecho público francés” descansa sobre un malentendido.

El *quid pro quo* afecta, en primer lugar, a la distinción entre lo “material” y lo “formal”. Si se habla de “ley” o de “Constitución” en sentido material, se trata de términos teóricos que contemplan estructuras normativas determinadas, independientemente del nombre propio que se les da, es decir, del modo en que estas estructuras son calificadas (en cuanto sean, efectivamente, calificadas) por tal o cual sistema concreto. “Constitución en sentido material” designa el conjunto de las normas de producción de normas generales y abstractas, mientras “Constitución en sentido formal” designa un conjunto de normas elaborado de acuerdo con un procedimiento distinto del que se exige para la aprobación de las “leyes” (en sentido formal) y reforzado por contraste con éste. Pero que haya un derecho constitucional formal presupone que las reglas de producción de este derecho sean parte del derecho constitucional formal, lo cual no es necesariamente el caso de todo derecho materialmente constitucional. Todo orden jurídico tiene necesariamente una Constitución material: siempre es posible identificar la manera (cualquiera que sea su grado de simplificación o complejidad) en la que se producen las normas generales y abstractas de un sistema. Pero no todo orden jurídico posee necesariamente una Constitución formal: el modo de producción de normas generales y abstractas puede ser exactamente el mismo que se emplea para producir las normas que son objeto de las primeras. Por

ello podría sin dificultad extraerse la conclusión de que no hay normas formalmente constitucionales.

Sin embargo, la Francia de la Tercera República no constituye precisamente un ejemplo de este caso extremo. Sin llegar a la hipótesis del nivelamiento formal de la Constitución, encontramos en ella otros ejemplos en los que existe una diferencia muy atenuada. Ante todo, existe una diferencia de denominación: una ley constitucional lleva un título distinto al de una simple ley. Por otra parte, contra lo que afirma Carré, existe una verdadera diferencia de procedimiento: una aprobación de las dos cámaras del Parlamento reunidas en “Asamblea nacional” por mayoría absoluta se añade a aquélla prevista para las cámaras reunidas por separado. El núcleo de las reglas del derecho constitucional material se encuentra así integrado en el derecho constitucional formal.⁷⁰

Hay que conceder a Carré que la diferenciación formal no se halla acentuada muy acusadamente. Resulta de ello, que será un cuerpo compuesto de la misma manera (los miembros del Parlamento) el que actuará, bien separadamente como “legislador”, bien reunido como “constituyente”; que este doble órgano colegial y compuesto (dos cámaras) tendrá un solo nombre, el de “Parlamento” (aunque este nombre no aparezca en las leyes constitucionales de 1875 y ejerza varias competencias), aunque se trate de dos órganos distintos. Esta identidad de composición y de denominación para la producción de las normas más “importantes”

70 Maulin, Eric, “Le principe de contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg”, *RFDC*, 1995, pp. 79-105, cuestiona, siguiendo a Carré, la pertinencia de esta diferencia que, según él, no sería más que “nominal y no jerárquica” (p. 85). De un lado, el Parlamento limitaría el objeto de la revisión, de otro, contribuye a la composición de la Asamblea nacional e impone en todos los casos su voluntad, pues la diferencia de procedimiento “...no permite... distinguir entre el valor jurídico de las diferentes normas...”. A continuación descarta varias objeciones suscitadas por Marcel Waline y Paul Duez contra la tesis de Carré de la indistinción porque las mismas serían ora empíricas, ora resultado del olvido de la diferencia entre una distinción simplemente formal y el hecho de que la misma sea constatada, “...es decir, interpretada por una autoridad habilitada” (p. 87). A este argumento cabría responder que una diferencia incluso nominal sería ya jerárquica, y más aún en este caso porque no es el Parlamento quien limita el objeto de la reforma y el que interviene imponiendo su voluntad, dado que el órgano que interviene desde el comienzo del procedimiento no es el legislador, sino el constituyente. El hecho de que el Parlamento pueda actuar del mismo modo dividido en dos cámaras o reunido en una sola es puramente fáctico. Desde el punto de vista jurídico, una ley constitucional precisa de una decisión separada más una decisión conjunta y una mayoría cualificada. Por lo demás, esta constatación sólo puede precisar o reforzar un cálculo de los defectos si se halla admitida y vinculada a un procedimiento de anulación, si bien su ausencia no elimina la diferencia jerárquica.

(es decir, aquellas de las que todas las demás extraigan a su vez su condición de validez) le confiere una “importancia” capital.

Pero a esta competencia de producir (y por tanto, de modificar o de destruir aplicando el mismo procedimiento) no se opone ninguna competencia de otro órgano de anulación condicional (no hay control del respeto de las reglas superiores según la relación de producción). Los órganos de aplicación de las reglas así producidas van a controlar que la producción responda a las normas que determinan el procedimiento de la misma, pero sólo podrán constatar la validez o invalidez de una norma, y no podrán anular una norma por causa de su disconformidad con una regla que no afecte directamente a su validez. En otras palabras, esta competencia para producir leyes conferida al Parlamento, es también una competencia para violar las reglas acerca del eventual contenido de la ley. La ley no se halla así sometida a un cálculo de los defectos.

En esto reside precisamente la aportación de Carré de Malberg: jurídicamente nos aporta un tipo de parlamentarismo radical que Kelsen no había estudiado. En efecto, para este último la joven Austria republicana constituye el ejemplo arquetípico de una democracia parlamentaria (...*der extreme Typus einer parlamentarischen Republik*).⁷¹ Es evidente que la clasificación implícita en Kelsen es demasiado restrictiva. La Constitución austríaca de 1920 distingue entre varias reglas de procedimiento y esto de manera mucho más acusada de lo que lo hace la ley constitucional francesa de 25 de febrero de 1875 sobre los poderes públicos. En el caso de Austria, la producción de la ley se distingue de la de las leyes constitucionales y de la de las reformas parciales o totales. Las reformas simples exigen una mayoría cualificada de dos tercios del Consejo Nacional y la reforma total precisa además de un referéndum. Es más, la Constitución federal de 1920 introduce un procedimiento de control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos, confiado a un Tribunal Constitucional.⁷² De este modo, la preponderancia del Par-

⁷¹ Kelsen, Hans, *Grundriss des österreichischen Staatsrechts*, 2a. ed., Tubinga, 1923, p. 164: “Objetivamente, la Constitución austríaca establece una república democrática y, ciertamente, del tipo extremo de República parlamentaria”. Esta es hoy una calificación admitida por la doctrina austríaca: *cfr.* Walter, Robert y Mayer, Heinz, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 7a. ed., Viena, 1992, p. 27; también, Adamovich, Ludwig K. y Funck, Bernd-Christian, *Österreichisches Verfassungsrecht*, 3a. ed., 1985, pp. 71 y ss.

⁷² El Tribunal Constitucional tiene el monopolio del control de las normas generales y abstractas y, por ello, se le encomienda también el enjuiciamiento de la legalidad de los reglamentos administrativos. También cuenta con otras atribuciones que no nos interesan en este momento.

lamiento sólo se concibe a partir del hecho de la correlativa debilidad del Ejecutivo.

El caso francés es un ejemplo de la aplicabilidad de la teoría en cuanto que reduce la que (de otra forma sería más importante) diferencia entre las reglas de producción legislativa y constitucional, reforzada incluso por la ausencia de control de la constitucionalidad, aboliendo todo límite material de la competencia del legislador.

Justamente en cuanto que el procedimiento de producción legislativa “ejecuta” la Constitución, puede válidamente separarse de eventuales preceptos que no afectan directamente a las condiciones de validez. Al disciplinar al legislador imponiéndole sólo reglas sobre la composición del órgano y las modalidades de aprobación, la Constitución hace del “Parlamento” un órgano de competencias normativas extremadamente importantes sin poder abolir en lo más mínimo el hecho de que estas atribuciones permanecen normativamente determinadas, por lo que la jerarquía de los órganos es resultado de la jerarquía de las normas y no a la inversa. Llamamos “interpretación vienesa del derecho público francés” a esta exposición del problema.

Pero entonces, ¿cómo interpretar el aura que, por lo demás, rodea al Parlamento y a la ley?, ¿cómo comprender el hecho de que la concepción dominante del derecho público francés pueda rechazar las conclusiones de la teoría vienesa a la vez que acepta sus premisas?

2. *El paradójico cuestionamiento de la ideología francesa del derecho público*

Según Carré de Malberg, el derecho público francés lleva a la práctica las concepciones revolucionarias francesas de la soberanía nacional y de la representación. La ley no puede ser una ejecución de la Constitución porque es “expresión de la voluntad general”. Releídos a través de la interpretación vienesa del derecho público francés, estos datos se integran en una concepción no jurídica del derecho público, antes que en un análisis jurídico de ese derecho, a lo que llamaremos “la ideología francesa del derecho público”. Esta ideología consagra de forma complementaria la omnipotencia parlamentaria y la “imposibilidad” de un control del legislador.

En 1875 el enunciado “la ley es la expresión de la voluntad general” no forma parte del derecho constitucional positivo. Ninguna norma cons-

titucional de la era que se abre con la caída del Segundo Imperio le otorga tal *status*. Carré argumenta, a partir de la tradición revolucionaria francesa, para hacer del artículo 60. de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* un principio determinante del derecho público francés. Toda su argumentación tiende a demostrar el profundo enraizamiento de este principio en los sistemas de creencias políticas. Por tanto, esto no constituye una regla jurídica.

Admitamos de entrada, con Carré, que este principio se halla efectivamente anclado en la conciencia política colectiva, ¿cuál es su significado? Establece una relación de identidad entre la ley y la “voluntad general”. Admitamos, para simplificar, que esta última expresión se refiere a la voluntad de los ciudadanos, del cuerpo político en su integridad y, por tanto, que sea posible decir mediante el agregado de voluntades individuales en qué consiste esta voluntad.⁷³ Decir que la ley es expresión de la voluntad general significa entonces que el resultado del procedimiento de producción de la forma normativa “ley” es idéntico a la “voluntad” del cuerpo político. Todo depende entonces de lo que se entienda por “ley” y aquí son posibles dos interpretaciones. En primer lugar, se podría leer el principio en el sentido de que exige que la “ley” sea una norma dictada del modo que mejor corresponda a la voluntad del cuerpo político. En segundo lugar, también puede interpretarse como que todo aquello que el derecho llame “ley” será, en cuanto tal, la voluntad del cuerpo político. Ahora bien, este término ley designa en el derecho público francés el acto producido por el “Parlamento”, es decir, por los representantes del pueblo o (según la interpretación) de la nación. Dicho de otro modo, la voluntad de los representantes inferida según las reglas de producción de la “ley” sería efectivamente la voluntad general. Se trata así de la mágica síntesis entre la realidad de la representación y la exigencia de la ratificación, cuando no es posible la confección directa de la “ley” por la totalidad del cuerpo político; es la identificación ficticia entre democracia directa y democracia representativa. Contrariamente a lo que pensaba Carl Schmitt, repre-

⁷³ Descartamos la interpretación que trataría de la voluntad de la entidad abstracta e intemporal “nación” únicamente porque esta concepción nos muestra ya de entrada el carácter ficticio e ideológico de la teoría de la ley como expresión de su voluntad: un conjunto de ciudadanos puede cualquier cosa mientras que una entidad abstracta no puede querer nada en cuanto tal.

sentación e identidad no se oponen, sino que, en el caso de la concepción constitucional francesa, se hallan indisolublemente ligados.

En todo caso, esta concepción elimina por eso mismo toda referencia a una superioridad normativa de la Constitución (que, sin embargo, no es eliminable en el plano de la construcción del propio sistema jurídico) en beneficio de una "jerarquía entre órganos" (o, en términos menos claros, entre los "poderes públicos"). Mediante la formulación de normas, el sistema se inmuniza así contra cualquier análisis de la diferencia entre ideología y realidad.

Pero el principio de identidad es anfibológico. De un lado, evoca la lectura política e ideológica conocida bajo la denominación de "legicentrismo" o "sacralización de la ley". De otro, puede igualmente dar lugar a una interpretación jurídica y, en este sentido, nada impide su inserción en el cuerpo de un texto constitucional: en tal caso, significará simplemente que la "ley" y la voluntad general son la misma cosa, de suerte que el término "ley" reenvía a las normas de producción de este tipo de regla. Sin embargo, en tanto que sólo se trate de un principio político que domine la interpretación de los datos positivos del derecho público francés, ciertas cosas se considerarán "imposibles" aunque sean constitucionalmente (esto es, jurídicamente) factibles. De esta suerte, lo que resulta inconcebible es la negación del complemento del adagio: la introducción de un control de constitucionalidad o el recurso al referéndum. Ahora bien, esto es algo estrictamente fáctico. La persistencia de un dogma político constituye, evidentemente, un dato del contenido de un orden jurídico en el sentido de que podemos concebir una situación contrafáctica en la que las creencias y las normas adoptadas serían igualmente diferentes. En consecuencia, no es la creencia en un dogma político lo que constituye *en cuanto tal* un dato jurídico. Es cierto que la situación descrita por Kelsen y Merkl en general goza sobre el plano constitucional de una sólida articulación y sobre el plano político de una articulación concordante, antagonista o débil: en el primero (concordante) y el tercero (débil) de los casos, las creencias políticas jugarán un papel poco relevante en la interpretación constitucional, mientras que en el segundo caso (antagonista) la condición de eficacia sólo podrá ser satisfecha a largo plazo. En suma, la situación estará siempre zanjada y siempre se podrá distinguir el hecho político y la norma jurídica.

Admitamos, no obstante, la siguiente situación: a un derecho constitucional mínimo se le une un conjunto sólidamente articulado de creencias políticas acerca precisamente del derecho. Si se impone una interpretación que entiende tales principios como reglas jurídicas: ¿se podría relegar a esos principios al rango de simples hechos? Una lectura ingenua de la teoría vienesa podría ver aquí fácilmente una paradoja y una falsificación. De hecho, la cuestión está en saber a partir de cuándo puede decirse que una doctrina ha conseguido imponerse como norma sin que las normas sobre producción de normas lo hayan previsto explícitamente. A partir de un cierto umbral, hay dos interpretaciones posibles: bien el derecho constitucional material ha sido modificado de tal manera que la doctrina o ciertas creencias llegan a tener rango de normas constitucionales (revolución); bien hay que considerar todas las tentativas de convertir las creencias políticas (articuladas por la doctrina) en reglas constitucionales como imposturas en el sentido técnico del término. La dificultad reside en trazar la línea con exactitud. Se podría interpretar la situación francesa de 1932 en este sentido y se podría contemplar la difícil hipótesis de un caso no previsto en las normas en el que la determinación exacta de las reglas sea cada vez más difícil, basculando entre la sucesión aleatoria de las relaciones fácticas de poder. Pero esto no es necesario puesto que un derecho constitucional débil y mínimamente jerarquizado precisamente deja el más amplio margen a los órganos habilitados para interpretar la Constitución. Ahora bien, entonces la interpretación de la ley se confunde con la producción de la ley. El que estos órganos interpretativos se inspiren en tales o cuales creencias políticas no cambia nada de lo anterior mientras los representantes de la doctrina no logren imponer sus puntos de vista *en cuanto tales* como reglas.⁷⁴

74 El problema sería más difícil de solucionar si (hipótesis académica) los tribunales tuvieran encomendado el control de la constitucionalidad según el modelo americano. En tal supuesto, habrían modificado la Constitución sin estar habilitados por ningún título para hacerlo. Podría incluso suceder que el hecho hubiese sido aceptado por los órganos constitucionalmente investidos para proceder a la reforma. Esto sería una revolución, entendiendo por tal la modificación no prevista de la Constitución, aunque se produzca sin violencia en el orden de los hechos. Esta hipótesis no plantea problemas a la teoría de la jerarquía normativa. Tal situación se produjo mucho más tarde, en un cuadro completamente diferente, en 1971. No es imposible (en el plano fáctico) que las interpretaciones de las leyes constitucionales de la Tercera República hayan preparado el terreno para la aceptación de esta revolución.

Podría haberse intentado la calificación de sistema jurídico para un sistema así en el que las reglas quedan reducidas a un débil mínimo, dando a los órganos investidos para ello un máximo de poder discrecional, lo cual supondría el riesgo de dejar en evidencia tal construcción como débil y sustentada en ficciones. Sin embargo, Carré de Malberg, al pretender dar una dignidad jurídica a las creencias políticas, no ha proporcionado una interpretación jurídica del orden constitucional francés, sino que al contrario, oponiéndose a la validez de la teoría de la formación gradual o escalonada del derecho, ha puesto en duda el carácter normativo de una gran parte del derecho público francés. El derecho comienza así por debajo de la ley y no por encima de ella. El paradójico resultado del intento de mostrar la particularidad del *derecho* público francés estriba en la negación de su carácter jurídico. Cuanto más se subraya mediante la formulación de las normas el carácter soberano del pueblo o de la nación (la distinción no importa aquí) representado y soberano o soberano en cuanto representado e ilimitado en cuanto libre de todo control, tanto más la idea de jerarquía normativa aparecerá como algo contradictorio con los principios del derecho positivo. Ahora bien, en opinión del propio Carré, el concepto de derecho positivo sólo es concebible como un conjunto de reglas establecidas que disciplinan la competencia de los órganos. La postulación de un derecho no jerarquizado conduce entonces, en detrimento del análisis estructural y crítico del derecho positivo, al reforzamiento de la ideología francesa del derecho público, es decir, de la creencia en la mágica identidad de la voluntad general (cifra mágica, a su vez, de la democracia ideal) y de la realidad de la representación parlamentaria. El resultado es más paradójico ya que es precisamente esta ideología la que Carré de Malberg pretende denunciar. 