

## KELSEN Y EL PROBLEMA DEL PODER\*

Norberto Bobbio\*\*

1. Me parece que el problema del poder en la teoría pura del derecho, no ha sido objeto de particular atención por parte de los numerosos estudiosos del pensamiento kelseniano. Es cierto que el problema del poder en general, es un problema secundario para una teoría normativa del derecho que incorpora al estado, tradicionalmente definido en términos de poder, dentro del ordenamiento jurídico; sin embargo no se puede dejar de considerar que el problema del poder jurídico fué asumiendo una importancia cada vez mayor en las fases sucesivas de la obra kelseniana, hasta el libro póstumo, *Allegemeine Theorie der Normen*, en el cual se le dedica, por primera vez y en forma exclusiva, un capítulo completo.

No se me ocultan las dificultades terminológicas que derivan de la falta de correspondencia entre los términos alemanes que se refieren al “poder” y aquellos italianos (y en general de las lenguas latinas). Kelsen usa prevalentemente dos términos, “Gewalt” y “Macht”, que pueden ser traducidos (y lo han sido efectivamente) como “poder” (“power” en los textos ingleses). Sin embargo, “Gewalt” puede también significar “potencia”, y “Macht”, en cambio, “fuerza”. Puede suceder, entonces, que ambos términos alemanes sean traducidos en contextos diversos simplemente como “poder”, o bien como tres términos, en vez de dos: “potencia”, “poder”, “fuerza”. De lo anterior se derivan inevitables confusiones y la necesidad de indicar, vez por vez, el término alemán correspondiente.

El objetivo que me propongo con este trabajo es el de ocuparme particularmente del “poder jurídico”, en el sentido en que esta expresión es usada en la teoría general del derecho, para connotar una “situación jurídica

\*Publicado en RIFD

\*\*Traducción de Gustavo Molina Ramos  
(Colegio Mexiquense)

ca subjetiva” (conjuntamente con derecho subjetivo, facultad, pretensión, etc.), es decir, una situación para la cual, en la última fase del pensamiento kelseniano, es usado el término específico de “Rechtsmatch”; y no me ocuparé del problema de la “fuerza” como característica del ordenamiento jurídico, que aparece en la bien conocida definición del derecho como “organización de la fuerza” (en la cual el término usado es todavía “Match”). Que existe una relación y, cuál sea ésta, entre el derecho como organización de la fuerza y la atribución de un poder jurídico a algunos sujetos para desarrollar ciertas funciones (que veremos), es un problema que no me planteo. Se trata pues de dos problemas diversos, que el mismo Kelsen toca en diferentes partes de sus obras, sin aparente vínculo entre ellos, por lo cual su diversidad no sólo justifica la traducción de la misma palabra “Match” con dos palabras diversas, “poder” y “fuerza”, sino que la vuelve oportuna, dado que evita una posible confusión.

Esta aclaración terminológica sirve para explicar porqué al inicio yo haya dicho que el problema del poder ha sido, hasta ahora, descuidado: no me refiero de hecho al problema del poder como fuerza, que siendo un elemento constitutivo de la definición kelseniana del derecho y del estado, entra necesariamente en cualquier discusión general sobre la teoría pura del derecho como teoría del derecho positivo, sino al problema del poder jurídico en sentido técnico, es decir, en el sentido de la teoría de las situaciones subjetivas (para entendernos, a la Hohfeld). Resulta inútil agregar que el tema de la relación entre derecho y fuerza, es tocado por Kelsen en más lugares estratégicos de su teoría general del derecho y del estado, como por ejemplo:

- a) en la definición misma del derecho como organización de la fuerza;
- b) en la reducción del estado al ordenamiento jurídico, por lo cual yerran quienes hacen del estado una fuerza o un poder por fuera del derecho, cuando que, según la teoría pura del derecho, toda acción imputada al estado es siempre una acción regulada jurídicamente;
- c) en la distinción entre validez y eficiencia, por lo cual “el llamado poder del estado (aquí *Staatsgewalt*) es la validez de un orden jurídico eficaz”<sup>2</sup>;
- d) en el concepto mismo de norma fundamental, cuya función es “transformar el poder en derecho”<sup>2</sup>;
- e) en la distinción entre derecho privado y derecho público, en cuya discusión Kelsen rechaza la teoría que sostiene que sólo el derecho privado es verdadero derecho y que considera al derecho público como expresión del poder estatal (aquí *Staatsmatch*). En cambio, para la teoría del poder jurídico en sentido estricto, el punto de partida es el tratamiento del derecho subjetivo, mismo que en el curso de los años ha sufrido notables ampliaciones. He tomado en consideración cuatro textos: la primera edición

1 *Reine Rechtslehre*, II, ed. Wien, Deuticke, 1960, p. 262 (trad. it Torino, 1966, p. 121. De aquí en adelante RRL2. (trad. Esp. p. 294).

2 RRL<sup>2</sup>, p. 284 (trad. it., p. 314).

de la *Reine Rechtslehre* (1934)<sup>3</sup>, la *General Theory of Law and State* (1945), la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (1960)<sup>4</sup>, y la *Allgemeine Theorie der Normen*, elaborada en los últimos años de la vida de Kelsen (quien murió en 1973), y publicada en 1979, en forma póstuma<sup>5</sup>.

2. En la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen da una definición de derecho subjetivo que permanece punto menos que inalterada en las obras sucesivas, pero que va siendo perfeccionada e integrada poco a poco. Por otro lado, el grandioso edificio de la teoría pura del derecho crece por ampliaciones sucesivas, pero sobre la base de sólidos fundamentos que una vez planteados no fueron modificados. Me refiero sobre todo a la gran dicotomía *Sein-Sollen* que ha constituido hasta el final una perenne fuente de reflexiones y replanteamientos, pero que nunca ha sido abandonada, es más, ha sido defendida acaloradamente y hasta sus últimas consecuencias contra todas las críticas. El derecho subjetivo en sentido técnico es entendido así por Kelsen como el efecto de una autorización (*Berechtigung*) con la cual el ordenamiento jurídico "incluye entre las condiciones de la consecuencia del ilícito, una manifestación de voluntad por parte de quien resulta lesionado en sus intereses, que debe presentarse en la forma de la acción privada o pública"<sup>6</sup>. En esta definición no hay nada particularmente nuevo: se trata de la teoría procesal del derecho subjetivo. Lo que es nuevo a mi juicio, y que constituye el presupuesto de posteriores desarrollos, es la vinculación de esta definición con la teoría de las fuentes del derecho, entendidas kelsenianamente como los diversos modos con los cuales son producidas en un ordenamiento jurídico las normas jurídicas, sea aquellas generales, como las leyes constitucionales y las leyes ordinarias, sea aquellas individuales, como las sentencias y los contratos. Dicha vinculación se realiza de esta manera: el ordenamiento jurídico al autorizar a un individuo para promover la acción para la tutela de su propio interés, asume la voluntad del interesado como parte constitutiva del procedimiento con el cual se produce la norma individual, que es la sentencia del juez. A este punto, en uno de aquellos pasajes audaces que son tan característicos del

3 Parto de la primera edición de la *Reine Rechtslehre* porque es en esta obra que la teoría del derecho subjetivo está presentada en la forma que asumirá en las obras sucesivas, no obstante algunas ampliaciones. Pero es necesario no olvidar que la noción de derecho subjetivo se dedica una parte muy amplia en los *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre*, Tübingen, Mohr, II, ed., 1923, p. 567 y ss. Sobre el tema, F. Weyr, *Die Begriffe der Pflicht und des Rechts*, in AA.VV., *Die Brunner rechtstheroretische Schule*, Wien, Manz Verlag, 1980, pp. 70-88.

4 Es contemporáneo el ensayo *What is the Pure Theory of Law*, publicado en "Tulane Law Review", XXXIV, 1960 pp. 269-276, que ahora se puede leer en traducción italiana en el volumen H. Kelsen, *La Teoría política del bolchevismo y otros ensayos*, a cargo de R. Guastini, Milano, Il saggiatore, 1981, pp. 178-188.

5 Sobre la cual véase K. Opalek, *überlegungen zu Hans Kelsen Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz Verlag, 1980 y pp. Portinaro, *La Teoría general de las normas en la obra póstuma de Hans Kelsen*, en "Nuevos estudios políticos", XI, 1981, pp. n. 2 pp. 45-70.

6 *Reine Rechtslehre*, I. ed, Wien, Deuticke, 1934, p. 48 (trad. it. Torino, Einaudi, 1952, p. 84; Esp. 78).

original "constructivismo" kelseniano, la noción de los derechos subjetivos es extendida hasta comprender en ella a los derechos políticos. De hecho, una vez definido el derecho procesal de acción como una forma de participación en la creación del derecho, pueden entrar en esta definición otras situaciones: de forma particular el derecho que algunos ordenamientos reconocen a los ciudadanos para participar en la formación de las leyes, así sea indirectamente, a través de las elecciones de los miembros de las asambleas legislativas. La diferencia entre el derecho de acción y el derecho político se encuentra en el hecho de que al autorizar el primero, el ordenamiento hace participar al individuo en la producción de una norma individual, mientras que al autorizar el segundo, lo hace participar en la formación de una norma general. Nótese que todo el discurso sobre el derecho subjetivo en sentido técnico se desarrolla sin que sea usado el fuerte término de "poder jurídico" (Rechtsmacht), destinado a convertirse en un término clave en las obras sucesivas, y que una vez adoptado provocará la introducción del término "Ermächtigung" para el acto respectivo, que es un término más fuerte que "Berechtigung", usado en esta primera exposición (término que pone en problemas a los traductores italianos que sólo tienen a su disposición una sola palabra: "autorización").

El punto de vista desde el cual Kelsen considera la noción del derecho subjetivo, es fuertemente polémico al inicio. En una teoría general del derecho, como la teoría normativa, en la cual la noción primaria es la de obligación, el derecho subjetivo aparece no sólo como una noción derivada, sino como una institución característica de determinados ordenamientos jurídicos solamente, en particular:

- 1). por un lado en lo que se refiere a los derechos subjetivos privados de los ordenamientos jurídicos capitalistas, los cuales tutelan de manera particular a la propiedad privada, y a su vez atribuyen a los individuos ciertos derechos que otros ordenamientos y parte de él mismo no reconocen;
- 2). por el otro, en lo que se refiere a los derechos subjetivos públicos de los ordenamientos democráticos. Los primeros habitualmente no existen en el derecho penal, en el cual la acción judicial es promovida por los órganos estatales, los segundos no existen en los regímenes despóticos.
3. En la *Teoría General del Derecho y del Estado*, el tema del derecho subjetivo (legal right) es retomado y ampliado, pero no se modifica substancialmente. Permanece la definición del derecho subjetivo en sentido estricto como "técnica jurídica específica", en particular, como "posibilidad jurídica" de poner en movimiento la sanción, en tanto que en determinados casos específicos previstos y regulados "la sanción viene a depender, entre otras condiciones, de que una parte haya promovido una acción, lo cual significa que haya manifestado su voluntad para que sea iniciado el procedimiento respectivo"<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> *General theory of law and State*, Harvard University Press, 1945; p. 82 (trad. it., Milán, Edizione di Comunità, 1952, p. 82). De aquí en adelante GTLS.

Esta posibilidad jurídica es redefinida como “participación en la creación del derecho objetivo” y a ella es equiparada la atribución de los derechos políticos, en cuanto que también ellos son, en forma aún más evidente, una forma de participación en la creación del derecho. También aquí la conclusión es que no existe ninguna diferencia esencial entre un derecho subjetivo privado y un derecho subjetivo público, en lo concerniente a sus respectivas funciones. Tampoco falta la postura polémica respecto de las teorías procedentes del derecho subjetivo, que lo consideran, o bien como un interés protegido, o bien como una manifestación de voluntad que tiene determinados efectos jurídicos; y respecto de la teoría austriana que Kelsen había redescubierto en un reconocido ensayo de 1941. Insistiendo en la definición del derecho subjetivo en sentido estricto y técnico, recalco que la teoría normativa del derecho entiende por derecho subjetivo algo más específico que la situación subjetiva correlativa al deber de otro sujeto: ésta no constituye una situación específica, y naturalmente no quita nada a la tesis del primado del deber. Que exista un derecho procedente al deber, independientemente del deber, es una tesis iusnaturalista que una teoría positivista del derecho, como la teoría pura, no puede aceptar.

Por lo que se refiere a la terminología, para definir el derecho subjetivo en sentido técnico Kelsen usa, en algunas partes, como hemos visto, la palabra “posibilidad”, y en otras “capacidad”, por ejemplo en la frase “tener un derecho significa tener la capacidad jurídica de participar en la creación de una norma individual, etc.”<sup>8</sup>, todavía no utiliza el término “poder”. Con lo anterior no se quiere decir que el término no sea ampliamente utilizado, sino que ello sucede en diversos contextos: en todos aquellos en los cuales se plantea el problema de la relación entre derecho y fuerza (en inglés *right* y *might*). Para encontrar un contexto en el cual el término “poder” es usado en un significado que anticipa el que se le atribuye en las dos últimas obras y que podemos considerar definitivo, es necesario llegar a las páginas dedicadas a la teoría del ordenamiento jurídico como ordenamiento dinámico. Allí se lee que “la norma fundamental pone a una determinada autoridad, la cual a su vez puede muy bien atribuir a cualquier otra autoridad el poder de crear normas” y poco más adelante, “el poder de crear normas es delegado de una autoridad a otra; la primera es la autoridad superior, la segunda, la inferior”<sup>9</sup>. De todos estos pasajes resulta que el área en la cual aparece la noción de “poder”, es la de los conceptos ligados al tema de la creación del derecho. Se trata de la misma área a la cual, como hemos visto, pertenece la teoría del derecho subjetivo en sentido técnico.

4. Es necesario llegar a la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* para encontrar la denominación poder jurídico (*Rechtsmacht*), es decir, el derecho subjetivo en sentido técnico y, finalmente, una verdadera teoría del poder jurídico definido como “capacidad de crear y aplicar normas jurídi-

<sup>8</sup> GTLS, p. 87 (Trad. it., p. 87).

<sup>9</sup> GTLS, p. 113 (trad. it., p. 114).

cas"<sup>10</sup>. Esta definición permite vincular inmediatamente la teoría del derecho subjetivo en sentido técnico, con el concepto de producción jurídica y con la teoría relativa a ésta última. Estrechamente conectada a la definición del derecho subjetivo en sentido técnico, como poder jurídico, se encuentra la introducción del término "Ermächtigung" para indicar la atribución de una "Rechtsmacht" por parte del ordenamiento jurídico. El Capítulo sobre el derecho subjetivo está intitulado como "*Subjektives Recht: Berechtigung und Ermächtigung*: el parágrafo sobre el derecho subjetivo en sentido estricto: *Das subjektive Recht als Rechtsmacht*"<sup>11</sup>. Dado que con el término "poder jurídico" se indica en general la capacidad atribuida a un sujeto para producir normas jurídicas, no importa si generales o particulares, la definición del derecho subjetivo en sentido técnico, como poder jurídico, hace de la teoría del derecho subjetivo en sentido técnico una sección de la teoría general de la producción jurídica, conocida, tradicionalmente, como teoría de las fuentes del derecho.

Más claramente que en las obras precedentes, Kelsen afronta en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* el tema de los diversos significados de derecho subjetivo, es decir, afronta uno de los temas más tormentosos de la teoría general del derecho; el tema de las situaciones subjetivas, en el cual la expresión "derecho subjetivo" sirve para designar (y por tanto no permite distinguirlas netamente) las varias situaciones subjetivas activas (que son distinguidas de las pasivas). Este tratamiento representa un desarrollo de la teoría pura y constituye ciertamente una de las novedades más notorias de esta última fase del pensamiento kelseniano. Es el mismo Kelsen, habitualmente reacio a mencionar las modificaciones a veces imperceptibles de su pensamiento, quien en este caso advierte de dicho cambio al lector, en una nota de pie de página que amerita ser transcrita íntegramente: "En relación a este 'permitir' (*erlauben* en el sentido de "atribuir un derecho", *berechtigen*) durante un tiempo rechacé la distinción entre derecho imperativo y derecho permisivo (*imperative* y *permissive law*). Esta distinción sin embargo, debe ser conservada en relación, particularmente, al otro significado del término permitir, dado que con él se entiende también autorizar (*ermächtigen*)"<sup>12</sup>. Esta nota aparece en un parágrafo totalmente nuevo respecto de la primera edición, intitulado *Positive und negative Regelung: gebieten, ermächtigen, erlauben* (el tema fue desarrollado posteriormente en la obra póstuma). ¿Qué entienda Kelsen por "reglamentación negativa"? se dice fácilmente: se trata del caso en el cual un comportamiento está permitido únicamente porque no está prohibido (o bien, del permiso en sentido débil). En la reglamentación positiva entran tres situaciones: aquella del comportamiento ordenado (y prohibido); aquella del comportamiento autorizado (de *ermächtigen*); y aquella del comportamiento permitido, cuando el permiso está expresamente previsto (o permitido en sentido fuerte) a fin de limitar el ámbito de validez de una norma prohibitiva

10 RRL<sup>2</sup>, p. 156 (trad. it., p. 175).

11 RRL<sup>2</sup>, p. 139 (trad. it., p. 157).

12 RRL<sup>2</sup>, p. 16 (trad. it., p. 26) se refiere a un pasaje de GTLS, p. 77 (trad. it. p. 77).

(el ejemplo proporcionado es la legítima defensa). Respecto de la autorización, que aquí nos interesa particularmente, aduce dos casos típicos de comportamiento autorizado, el primero respecto de la producción de normas jurídicas, el segundo respecto de su aplicación. A propósito de la autorización para producir normas jurídicas, precisa que ésta comprende también la autorización "para participar en su producción"<sup>13</sup>. Sabemos ya que la participación en la producción de normas jurídicas es la característica del derecho subjetivo en sentido técnico.

Con esta distinción entre el acto de autorizar, con el cual el ordenamiento normativo atribuye un poder, el permitir en sentido positivo, y el permitir en sentido negativo, Kelsen puso las premisas para distinguir los diversos significados del derecho en su sentido subjetivo. Las situaciones en las cuales se habla de derecho en sentido subjetivo son substancialmente las siguientes:

a). La libertad de hacer o de no hacer alguna cosa porque no existe una norma que prohíba aquél determinado comportamiento (se trata del caso de la libertad negativa, o de la libertad como ausencia de impedimento, o de la libertad de hacer todo aquello que la ley no prohíbe, situación que tiene un significado político bien preciso, por otro lado, no evidenciado particularmente por Kelsen);

b). El reflejo del deber de otros, que puede consistir en un hacer, como la restitución de algo debido, o en un simple no hacer o tolerar, como en el caso de una servidumbre de paso;

c). El derecho subjetivo en sentido técnico, que, como hemos visto, consiste en un poder;

d). Los derechos políticos, que son derechos subjetivos en sentido técnico, no privados, sino públicos;

e). El comportamiento positivamente permitido (aquí Kelsen ya no utiliza el ejemplo de la legítima defensa sino, curiosamente, el de la concesión o la licencia para abrir un negocio y para vender determinadas mercancías, por lo cual utiliza el término *Berechtigung*, además del ya usado en el capítulo introductorio de *Erlaubnis*).

Para los fines del presente análisis son de interés los casos de los incisos "c" y "d" antes mencionados, respecto de los cuales Kelsen retoma el tratamiento precedente, ampliando con precisiones y con la introducción de casos nuevos.

Entre las precisiones, la más notable es la que se refiere a la diferencia entre derechos subjetivos privados y derechos subjetivos públicos. Aún confirmando la pertenencia de ambos al género poder jurídico, entendido como participación en la producción normativa, el derecho subjetivo privado contiene algo más, en cuanto que su función es la de hacer valer un deber jurídico en relación al titular de un derecho subjetivo, mientras que ello, por regla general, no sucede en el ejercicio del derecho político. "El

13 RRL<sup>2</sup>, p. 15 (trad. it., p. 25).

sujeto del derecho político, por ejemplo, el elector, está autorizado (es decir, tiene el poder jurídico) para cooperar en la producción de normas jurídicas generales; pero este poder jurídico no sirve para hacer valer un deber jurídico de otro sujeto existente en relación al primero"<sup>14</sup>. El poder de expresar el propio voto para contribuir a la formación de una norma jurídica no tiene frente a sí ningún deber jurídico de otro sujeto al cual el titular del poder jurídico puede exigir su cumplimiento. Ciertamente, el ejercicio del poder político puede (pero no debe) ser garantizado por otro individuo, la autoridad electoral, a la cual corresponde recibir los votos con un determinado procedimiento que garantice, por ejemplo, el secreto, el conteo, el juicio sobre su validez, etc., y puede ser sujeto de sanciones en caso de omisión de tal o de cual obligación. Pero si la autoridad que tiene el poder de juzgar sobre estas omisiones lo ejercita sin que sea atribuido al elector el poder de promover la acción, entonces, en el poder de éste no está comprendido también el poder de obtener el cumplimiento de un deber, como en cambio sucede en el derecho subjetivo privado: "A diferencia del poder jurídico representado por el derecho subjetivo privado, [el poder jurídico constituido por el derecho político electoral] no sirve para hacer valer el incumplimiento de un deber jurídico individual, sino más bien, indirectamente, para cooperar en la producción de normas generales, en base a las cuales se estatuyen los deberes jurídicos"<sup>15</sup>.

Respecto de la casuística, la innovación más interesante es la que se refiere a los derechos de libertad, no tanto porque los derechos de libertad sean, por sí mismos, derechos subjetivos en sentido técnico, ya que ellos consisten en la prohibición impuesta a los órganos legislativos de emanar normas que limiten o supriman esta libertad, sino en tanto que implican que el deber de no emanar normas contrarias a los derechos de libertad, impuesto a los órganos legislativos, esté jurídicamente garantizado, mediante el control de la constitucionalidad que permite anular normas contrarias a los derechos de libertad; en el caso en el cual el ordenamiento jurídico atribuya al individuo afectado por una ley inconstitucional el poder de promover el procedimiento que conduce a la abrogación de la ley inconstitucional, se puede hablar legítimamente de un derecho subjetivo de libertad en sentido técnico. Y también este derecho subjetivo, como todos los demás, puede ser definido como un poder de colaborar en la producción del derecho, porque con el propio recurso contra la ley inconstitucional, el ciudadano individual contribuye a la emanación de un acto de una autoridad pública dirigida a abrogar la norma inconstitucional, acto que es, en sí mismo, una norma. Bien entendido, también este derecho subjetivo político se diferencia del derecho subjetivo privado, por la misma razón por la cual se distingue del derecho electoral: contribuye a la producción normativa, pero no sirve para obtener el cumplimiento de un deber. El ciudadano que tiene el poder de promover una acción contra un derecho constitucional no tiene regularmente (y si lo tuviese sería ineficaz) el poder de imponer

<sup>14</sup> RRL<sup>2</sup>, p. 144 (trad. it., p. 163).

<sup>15</sup> RRL<sup>2</sup>, p. 145 (trad. it., p. 163).

al órgano legislativo el deber de emanar normas constitucionalmente correctas. Suponiendo que el órgano legislativo que ha emanado normas constitucionalmente incorreas deba sufrir sanciones por su acto, estas sanciones son imputadas por el ordenamiento jurídico a otros órganos del estado, con la consecuencia de que si el órgano legislativo tiene un deber en el sentido kelseniano de la palabra, lo tiene en relación a este órgano superior y no al ciudadano, que tiene el poder de contribuir a la abrogación de la norma, pero no el de obtener el cumplimiento de un deber, como en cambio, por ejemplo, lo tiene el ciudadano frente a su propio deudor en el caso del derecho subjetivo privado.

5. Hasta aquí se ha visto que el tema del poder jurídico se ha colado a través del tratamiento del derecho subjetivo. Es necesario llegar a la obra póstuma sobre la teoría general de las normas para encontrar el tema de las diversas funciones de la norma jurídica, no desarrollado, pero colocado en su justo lugar, que es el ya presente en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*. Por lo tanto hay que decir que la atribución de diversas funciones a las normas, representa una verdadera innovación respecto del lejano punto de partida de la teoría normativa, según el cual la función prevalente de la norma jurídica es la de prescribir un comportamiento, y cuando mucho, la de atribuir a un sujeto el poder, todavía no individualizado como *Ermächtigung*, de contribuir en la producción de una norma jurídica. Aquí las funciones de las normas se convierten en cuatro: ordenar, permitir, autorizar (*Ermächtigung*), y derogar; y son analizadas con mucha mayor amplitud que en el párrafo correspondiente de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*. El capítulo sobre la *Ermächtigung* se intitula (y el título es por sí mismo significativo, en tanto que representa finalmente la sustracción del tema en el tratamiento del derecho subjetivo): *Ermächtigen: die Macht verleihen, Normen zusetzen und anzuwenden* (Autorizar: atribuir el poder de poner y aplicar normas). Y de inmediato, en el primer párrafo se lee: "Debido a que el derecho regula su propia producción y aplicación, la función normativa de la atribución del poder desempeña una parte particularmente importante en él"<sup>16</sup>.

El tratamiento de esta función normativa se desarrolla sobre todo en la tentativa de precisar la relación entre esta función y la de ordenar, y se hace en tres puntos. En primer lugar, el acto autorizado puede ser ordenado o no, en tanto que el individuo al cual es atribuido un poder puede ser o no obligado a ejercitarlo. Solamente cuando es ordenado, el no ejercicio del poder constituye un ilícito. Kelsen aduce dos ejemplos opuestos: el legislador ordinario que ha recibido de la constitución el poder de emanar normas jurídicas, pero regularmente no está obligado a hacerlo; el juez que ha recibido el poder de emanar normas individuales, y regularmente está obligado a ejercitarlo. En el segundo caso se trata, como todos podemos ver, de la situación denominada usualmente como "poder-deber". En se-

<sup>16</sup> *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz Verlag, 1979, p. 82. De ahora en adelante ATN.

gundo lugar, la autorización puede implicar una orden, siempre que se trate de una autorización para poner normas. La norma que autoriza al padre para ordenar al hijo, ordena al mismo tiempo al hijo obedecer al padre. Lo mismo vale para la constitución que atribuye a los órganos legislativos el poder de emanar normas jurídicas vinculantes para los ciudadanos: ella no sólo atribuye un poder a los órganos, sino también impone una obligación a los ciudadanos de obedecer las leyes impuestas por medio de tal poder. La misma norma, en consecuencia, tiene dos funciones en cuanto que se dirige contemporáneamente a dos sujetos: respectivamente al padre o al legislador, a quienes atribuye un poder; y al hijo o a los ciudadanos a quienes atribuye una obligación. En tercer lugar, mientras la orden se observa o se trasgrede, la autorización (y también el permiso) se aplica. La diferencia está en que una orden puede ser tanto observada como trasgredida, y ambos comportamientos tienen consecuencias jurídicas. El poder (o el permiso) pueden solamente ser aplicados. El no aplicarlos no implica consecuencia jurídica alguna, a menos de que se trate de un poder-deber, en cuyo caso la consecuencia jurídica deriva de la no observancia del deber. A propósito del permiso Kelsen dice más claramente que éste no puede ser ni cumplido ni violado, porque de él sólo puede hacerse uso o no<sup>17</sup>.

En este capítulo Kelsen toca también el problema del acto no autorizado, que habría ameritado un mayor desarrollo. La teoría general del derecho conoce bien la diferencia entre el acto prohibido y el acto no autorizado. El primero tiene como consecuencia una sanción, que es a su vez un determinado efecto jurídico; el segundo tiene como consecuencia la nulidad, que es la falta de efecto jurídico. Extrañamente, aquí Kelsen no afronta el problema, que ha provocado tantas discusiones entre los juristas, acerca de si la nulidad debe o no ser considerada como sanción. Se limita a decir que un acto no autorizado ni crea ni aplica derecho, aun cuando subjetivamente sea realizado con esta intención.

Este acto es objetivamente nulo, lo cual quiere decir “jurídicamente no existente” (*rechtlich nicht vorhanden*)<sup>18</sup>. Que sea no autorizado no quiere decir que esté prohibido. Puede haber actos no autorizados que también son prohibidos, como el de un individuo o de un grupo que sin autorización quisiese imponer a los socios la entrega en su favor de una parte de las ganancias, bajo la amenaza de provocarles algún mal; y actos no autorizados que no están prohibidos, como el de quien ordena a sus secuaces abstenerse de tener relaciones sexuales. Un acto de este último género no está jurídicamente prohibido, pero la norma que lo impone no es una norma jurídica ya que quien la ha creado no estaba autorizado para producir normas de este tipo, no había sido investido de un poder jurídico.

Separando el tratamiento del poder jurídico respecto del que se da al derecho subjetivo —separación que se hace por primera vez en la obra póstuma— Kelsen demuestra la gran importancia del derecho subjetivo, aparte de reconocer la importancia que tiene el concepto de poder jurídico

17 ATN, p. 79.

18 ATN, p. 82.

en la globalidad del sistema, ya que, mientras el derecho subjetivo es una institución particular de determinados ordenamientos jurídicos, y por lo tanto una teoría general del ordenamiento jurídico (general en el sentido de que sea válido para cualquier ordenamiento) puede prescindir de él, el concepto de poder jurídico entendido como poder de producción de normas jurídicas, es un concepto esencial para la representación de un ordenamiento jurídico, y por ende, una teoría general del ordenamiento jurídico no sólo no puede dejar de tratarlo, sino que debe ponerlo al centro del sistema, en el mismo nivel que el concepto de norma. Kelsen no llegó hasta el punto de darse cuenta de esta centralidad. Sin embargo, el comentarista que quiere no sólo exponer el pensamiento de Kelsen en sus diversas fases, sino tratar de hacer una reconstrucción de él, debe tomarlo en cuenta, sobre todo sobre la base de la conclusión final.

6. Una vez definido el poder jurídico como el poder de producir (o aplicar) normas jurídicas, los conceptos de norma y poder se entrelazan fuertemente el uno con el otro. El uno no puede estar sin el otro. Considero incluso que se puede decir que la teoría pura del derecho, en tanto teoría del derecho positivo, es conjuntamente una teoría del derecho como norma y del derecho como poder. Me explico. He dicho “en cuanto teoría del derecho positivo”. De hecho, es característico del positivismo jurídico, es decir, de una teoría que considera derecho, en el sentido estricto de la palabra, sólo al derecho positivo, considerar como concepto fundamental de la teoría del derecho al concepto de producción jurídica<sup>19</sup>. Para el positivismo jurídico, el derecho es “producto” del hombre, no existe en la naturaleza. El principio fundamental del positivismo jurídico es “auctoritas non veritas facit legem”. El positivismo jurídico se distingue del iusnaturalismo precisamente por esto: para el iusnaturalismo, el derecho es algo dado y se trata de descubrirlo y de revelarlo; para el positivista, el derecho es un producto artificial, convencional, y se trata de interpretarlo teniendo presente que también la interpretación es, a su vez, una obra de creación y recreación permanente. “A diferencia de las reglas del derecho natural —escribe Kelsen—, las reglas comunes en el ordenamiento natural que gobierna la conducta humana no tienen vigencia porque hayan sido puestas por una determinada autoridad humana, sino porque se originan en Dios, en la naturaleza o en la razón, y por tanto son buenas, rectas y justas. Es aquí que aparece la positividad de un sistema jurídico, a diferencia del derecho natural: el derecho es un producto de la voluntad humana, y éste tiene un fundamento de validez del todo extraño al derecho natural porque éste, como ordenamiento natural, no ha sido creado por el hombre y por definición no puede ser creado por un acto humano”<sup>20</sup>. Sobre la base de esta contraposición, Kelsen ha elaborado, entre otras cosas, una de sus más conocidas teorías: la distinción entre sistemas normati-

<sup>19</sup> Me he ocupado más a fondo de este tema en el artículo *Kelsen et les sources du droit*, de próxima publicación en la “Revue internationale de philosophie.”

<sup>20</sup> *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*, en apéndice a *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. it. di GTLS., p. 398.

vos estáticos y sistemas normativos dinámicos. En los primeros, como los sistemas morales y de derecho natural, las normas se deducen las unas de las otras en base a su contenido. En los segundos, entre los cuales se encuentran los ordenamientos jurídicos, las normas se producen las unas por medio de las otras, y aquéllo que las produce es un acto de poder. Una teoría jurídica rigurosamente positivista no puede dejar de tomar en cuenta el concepto de producción jurídica, y este, a su vez, no puede dejar de tomar en cuenta el concepto de poder. Para que se pueda hablar de un ordenamiento jurídico, es necesario concebirlo como un conjunto de normas *producidas* por la voluntad humana, y para que las normas puedan ser producidas, es necesario que alguien tenga el *poder* de hacerlo. En este sentido, para una teoría positivista del derecho, la noción de la norma no puede ser disociada de la noción de poder. Norma y poder son las dos caras de una misma moneda.

Dos caras de la misma moneda. Se trata de saber cuál de las dos sea el anverso y cuál el reverso. Para la teoría tradicional del derecho público, que es un objetivo constante de las críticas kelsenianas, el anverso es el poder, en el sentido de que en principio existe la soberanía que es la *summa potestas*, el poder superior a todos los demás y del cual los otros descienden, que en tanto tal, no reconoce por encima de sí mismo ningún otro poder; para la teoría pura, en cambio, el anverso de la moneda es la norma, en el sentido de que en principio existe la norma fundamental, que en cuanto fundamental no deriva de ninguna otra norma y es el fundamento de validez de todas las normas del ordenamiento. Para la teoría tradicional es necesario partir del poder para justificar la existencia del derecho (es decir, de un conjunto de normas vinculantes y hechas valer por la fuerza en caso de inobservancia); para Kelsen es necesario partir de la norma para justificar el poder (se entiende, el poder jurídico). En los dos sistemas el punto de partida es opuesto, pero la lógica del sistema es la misma. Se trata de dos sistemas jerárquicos, es decir, de sistemas jerárquicos, o sea de sistemas en los cuáles los entes que los componen están puestos en un orden que procede, si se le mira de arriba hacia abajo, del ente superior al inferior, y si se le mira de abajo hacia arriba, del inferior al superior. Y bien, en el sistema tradicional, un poder inferior procede de un poder superior hasta que llega necesariamente a un poder por encima del cual no existe ninguno otro; en el sistema kelseniano, una norma inferior procede de una superior hasta que se llega necesariamente a una norma por encima de la cual no existe ninguna otra. La norma fundamental de Kelsen, respecto de la cual se han desarrollado tantas discusiones inútiles, tiene la función de cerrar un sistema de estructura jerárquica de normas, de la misma manera y por la misma exigencia lógica por la cual la *summa potestas superiorem non recognoscens* cierra un sistema jerarquizado de poderes. Aquello que si acaso puede ameritar alguna reflexión, es el por qué Kelsen haya considerado, contrariamente a la tradición del derecho público, poner en el vértice del sistema no al poder supremo del cual obtienen su validez todas las normas del sistema, sino a la norma suprema de la cual obtienen su legitimidad todos los poderes.

A una pregunta de este género puede responderse, antes que nada,

tratando de entender el mecanismo del sistema, y en segundo lugar, tratando de dar una interpretación ideológica a la elección de un punto de partida en vez del otro.

7. Para entender el mecanismo del sistema kelseniano, considero oportuno partir de la tesis según la cual la característica de un ordenamiento jurídico es que regula su propia producción, lo cual significa no sólo que el derecho, en cuanto derecho positivo, es un conjunto de normas producidas por actos de voluntad, sino también que hay otros actos de voluntad que producen normas para regular los actos de voluntad que producen normas.

La consecuencia inmediata a esta tesis, sobre cuya importancia para la teoría general del derecho no tengo necesidad de insistir, es ésta: a fin de que una norma sea jurídica, debe haber sido producida de conformidad con otra norma jurídica. Pero ¿qué acaso la norma que regula la producción de una norma jurídica para ser considerada, a su vez, una jurídica, no deberá ser ella misma regulada por otra norma jurídica?. Basta plantear esta interrogante para darse cuenta de que con la teoría dinámica del derecho se abre uno de aquellos procesos sin fin que sólo puede cerrarse con un principio de autofundación, del tipo del motor inmóvil o de la *causa sui*. En un sistema normativo en el cual se consideran normas del sistema sólo aquellas cuya producción debe ser regulada por otras normas del sistema, el principio de autofundación del sistema no puede ser otro que una norma que sea fundamento de todas las otras normas y que no sea, a su vez, fundada: precisamente la norma fundamental. Kelsen mismo nos ha ofrecido la llave del sistema cuando, con una afirmación aparentemente tautológica, ha dicho que “desde el punto de vista del derecho positivo, sólo puede ser fuente de derecho el propio derecho”<sup>21</sup>. Digo que es una afirmación “aparentemente” tautológica, porque aparece como tal sóloamente para quien la lee prescindiendo completamente de la teoría dinámica del ordenamiento jurídico, según la cual una norma es jurídica sólo cuando es puesta y regulada por otra norma jurídica. Pero es necesario reconocer que la consecuencia lógica de esta afirmación es el planteamiento de una norma que cierre el sistema, o mejor dicho, la clusura del sistema mediante una norma.

No entro en los detalles, por otro lado bien conocidos, de las diversas maneras con las cuales, según Kelsen, el derecho regula su propia producción. Sin embargo, es necesario preguntarse cuál es la razón de la insistencia de Kelsen en la tesis de que la característica del derecho es la de regular la propia producción normativa. La razón se dice pronto: para Kelsen esta característica es la que sirve para distinguir un ordenamiento jurídico del mero ejercicio de un poder de hecho. Hay un tema recurrente en toda la historia de la filosofía del derecho: ¿cómo se distingue la comunidad política de una banda de ladrones? ¿cómo se distingue la norma jurídica de la orden de un asaltante? ¿cómo se distingue la orden del legislador de la intimidación de un bandido: “la bolsa o la vida”? La respuesta es fácil para un iusnaturalista, que considera que una norma para ser jurídica debe ser, además, justa, y para el cual lo que deba entenderse por justicia deriva de

21 RRL<sup>2</sup>, p. 239 (trad. it., p. 263).

un conjunto de principios y de reglas que no dependen del derecho positivo, en suma, para quien, como San Agustín, se pregunta, “remota iustitia”, ¿qué diferencia existe entre Alejandro y el pirata? Pero ¿y para un positivista, es decir, para quien considera que no existe otro derecho que el positivo, el derecho puesto, establecido, porducido por una autoridad que logra hacerlo respetar recurriendo en última instancia a la fuerza? ¿Para una teoría del derecho según la cual el derecho no es ni más ni menos que un ordenamiento coactivo, la organización de la fuerza? ¿Qué acaso una banda de asaltantes no es un ordenamiento coactivo, no es una organización de la fuerza? Recuérdense que el mismo problema había sido planteado al derecho público moderno, en cuanto que siempre, independientemente de cualquier referencia a postulados éticos, han considerado como elemento constitutivo del estado a la Soberanía, entendida como la titularidad y el ejercicio de un poder. No es casual que Jean Bodin, el gran teórico de la soberanía definida como “poder absoluto y perpetuo”, haya sido constreñido a definir al estado como el “gobierno justo” (en la edición francesa *droit*, en la latina *legitimus*) para “fijar la diferencia —como dice inmediatamente después— entre el estado y las bandas de depredadores y de asaltantes”<sup>22</sup>.

En un párrafo de la *Teoría General del Derecho y del Estado*, Kelsen aduce otros argumentos en favor de la reducción del estado al derecho, del estado como organización política a ordenamiento jurídico, entre ellos el de que el poder del estado no es un poder cualquiera, no es el poder de quien logra inducir a otro a un comportamiento deseado, sino un poder autorizado, y -este es posible “solamente sobre la base de un ordenamiento en virtud del cual uno está autorizado a mandar y otro está obligado a obedecer”. Y aún mas: “El poder social siempre es un poder organizado, en una manera o en otra. El poder del estado es el poder organizado por el derecho positivo, es el poder del derecho, es decir, la eficacia del derecho positivo”<sup>23</sup>. Aún mas claramente, también a propósito de la reducción del estado al derecho, en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, se expresa así: “Casi no necesita explicación el hecho de que el así llamado poder del estado (*Staatsgewalt*) ejercido por un gobierno sobre una población al interior de un territorio, no es simplemente aquél poder que todo hombre tiene efectivamente en relación a otro, cuando está en grado de inducirlo a un comportamiento deseado. . . El elemento que diferencia la relación definida como poder estatal de las otras relaciones de poder, es el estar regulado jurídicamente; es decir, consiste en el hecho de que los hombres que ejercitan el poder como gobierno del estado están autorizados por un ordenamiento jurídico para ejercitar el poder, produciendo y aplicando normas jurídicas, es decir, en el hecho de que el poder estatal tiene carácter

22 Se trata de las primeras palabras del *De la République*: “Republique est un droit gouvernement de plusieurs meunages et de ce qui leur est commun avec puissance souveraine”. Poco después el autor prosigue afirmando que es necesario explicar esta definición para fijar la diferencia que hay entre los estados y las bandas de depredadores y asaltantes.

23 GTLS, p. 190 (trad. it., pp. 194-195).

normativo”<sup>24</sup>. También aquí sigue inmediatamente después la afirmación de que aquello que se llama poder estatal es la validez de un efectivo ordenamiento jurídico estatal. Finalmente, en la obra póstuma, el pasaje análogo se encuentra más adecuadamente en el capítulo dedicado a la teoría del acto que pone las normas (*der normsetzende Akt*), en un párrafo que conviene transcribir completo: “Quien pone una norma, y por tanto manda a determinado comportamiento, *quiere* que un hombre (o más hombres) deba o deban comportarse de una determinada manera. Este es también el sentido del acto de voluntad que se designa con la palabra ‘orden’. Pero no toda orden es, según el uso lingüístico, una orden (*Gebot*), una prescripción, una norma. Cuando un bandido me ordena darle mi dinero, es cierto que el sentido de su acto de voluntad es que yo deba dárselo, pero su orden no es interpretada como una orden, una prescripción, una norma. Como norma vale solamente un acto de mandato calificado en un cierto sentido, es decir, un acto de mandato *autorizado* por la norma de un ordenamiento positivo, moral o jurídico”<sup>25</sup>. Sigue en el párrafo sucesivo una interpretación de esta diferencia: la orden no autorizada solamente tiene el sentido subjetivo del acto de mandato en cuanto es una orden sólo para aquel que lo emana y no para aquél a quien se le dirige. Solo la orden autorizada tiene también el sentido objetivo del acto de mandato, lo cual significa que “sólo la orden autorizada es una norma viculante para los destinatarios. . . Sólo así se puede distinguir la orden de un bandido de la orden de una autoridad moral o jurídica”<sup>26</sup>.

8. Es tan evidente, que no viene el caso subrayar el cúmulo de problemas que plantean estas afirmaciones. Pero para nuestros fines importa fijar una vez más la atención sobre la importancia que debe atribuirse a la noción de poder jurídico (*Rechtmatch*) o, lo que es lo mismo, de poder autorizado (*ermächtigte Match*), y consecuentemente, sobre el acto de la autorización (*Ermächtigung*), en una teoría del derecho positivo que se plantea el problema (y no puede dejar de plantearse) de distinguir, sin recurrir a postulados éticos, una norma jurídica (o moral) de la orden de un bandido. ¿Qué cosa es un poder autorizado, si no un poder regulado por una norma jurídica? ¿Cómo puede ser jurídica la norma que atribuye este poder sí, a su vez, no está ella misma regulada por una norma jurídica superior? Como se ve, apenas se plantea el problema del carácter distintivo del ordenamiento jurídico, que es el problema tradicional del concepto de derecho, salta la cuestión de la teoría dinámica del ordenamiento, la definición del ordenamiento jurídico como “nexo de producción” (*Erzeugungszusammenhang*)<sup>27</sup> en otras palabras, la tesis de que el ordenamiento jurídico es un ordenamiento normativo que regula su propia producción de normas.

Este conjunto de conceptos, cada uno ligado estrechamente al otro, resulta plenamente confirmado en un capítulo, que no tiene precedentes,

24 RRL<sup>2</sup>, p. 292 (trad. it., p. 321).

25 ATN, p. 21.

26 ATN, p. 22.

27 RRL<sup>2</sup>, p. 228 (trad. it., p. 252). También ATN, p. 207.

dedicado, expresamente al problema de la diferencia entre una comunidad jurídica y una banda de asaltantes, con un reclamo explícito a San Agustín. Después de haber distinguido el sentido subjetivo de un acto de mandato, de su sentido objetivo, y de haber distinguido la amenaza del bandido, del establecimiento de una sanción por parte del órgano de un ordenamiento jurídico en base a este criterio, Kelsen se plantea posteriormente el problema de porqué en un caso el acto tiene, además, el sentido subjetivo junto con el sentido objetivo y en el otro no. El se lo plantea con esta pregunta: “¿Porqué suponemos que, de ambos actos que tienen el sentido subjetivo de un deber ser, solo uno produce objetivamente una norma válida, es decir, vinculante?”<sup>28</sup>

La respuesta a esta pregunta es la enésima exposición del tema del ordenamiento jurídico como sistema dinámico, según el cual una norma inferior se vincula a una norma superior, hasta llegar a la norma fundamental. Es como decir que, a diferencia de la orden de un bandido, la juridicidad de una orden y del poder del cual deriva (no hay orden sin poder), está asegurada en última instancia por la presuposición (porque de una presuposición se trata) de la norma fundamental. Se entiende que el problema cambia si se confronta la orden jurídica con la orden de un bandido perteneciente a una banda organizada y no con la orden aislada de un asaltante, ya que el bandido individual miembro de una banda, al intimidar al pasante para que le de el dinero bajo la amenaza de la vida, obedece una norma de organización, por lo cual puede decirse, evidentemente, que también su poder, como el poder de un órgano del estado, es un poder autorizado. A este respecto, es otro el criterio para distinguir la orden jurídica de la orden no jurídica. No es ya la pertenencia al ordenamiento cuya validez reposa en la norma fundamental, sino la validez misma del sistema. Conocemos bien la solución que Kelsen ha dado a este rompecabezas: un ordenamiento jurídico es válido sólo si es también eficaz, es decir, si las normas que él produce son a grandes rasgos (*im grossenund ganzen*) observadas. Lo que falta a la banda de asaltantes, suponiendo que sus actos sean habitualmente sancionados por el ordenamiento estatal como ilícitos, es la efectividad. Y entonces plantea la pregunta de por qué no se presupone que la organización de la banda tenga una norma fundamental, a lo que responde: “Ella no es presupuesta *porque*, o más exactamente, *si* este ordenamiento no tiene eficacia continua, sin la cual no se presupone ninguna norma fundamental que a él se refiera y funde su validez objetiva”<sup>29</sup>. Bien visto entonces, el término último de la confrontación es la eficacia, es más, la eficacia *continua*, más exactamente, cual de las dos sea más continua. Se concluye que el ordenamiento de la banda de asaltantes no es considerado en el mismo nivel que el ordenamiento jurídico, únicamente porque éste “es más eficaz que el ordenamiento coercitivo sobre el cual se funda la banda de asaltantes”<sup>30</sup>.

28 RRL<sup>2</sup>, pp. 46-47 (trad. it., p. 58).

29 RRL<sup>2</sup>, p. 49 (trad. it. p. 61).

30 RRL<sup>2</sup>, eodem.

9. Sin embargo, una vez aclarado que para resolver el problema decisivo de toda teoría positivista del derecho —el verdadero meollo del positivismo jurídico—, el problema de la relación entre derecho y fuerza, “si es la fuerza la que en última instancia funda el derecho de ordenar, o si es el derecho de ordenar el que justifica el empleo de la fuerza”, tan bien ejemplificado por la difícil búsqueda de un criterio que permita distinguir el poder del soberano del poder del jefe de una banda, Kelsen está obligado a recurrir al criterio de la efectividad, entendida como generalidad y continuidad de la obediencia, y por ello no se puede evitar la pregunta: ¿la norma fundamental no termina por ser una solución ficticia? Como es sabido, la norma fundamental ha sido el objetivo de muchas críticas. De todas ellas, la que me parece más pertinente, es aquella que la considera un instrumento ingenioso pero totalmente inútil. De hecho no se entiende, si no es por la estricta corrección formal, por qué razón sea necesario cerrar el ordenamiento jurídico con una norma última, en vez de con un poder último, cuando además, lo que permite finalmente identificar un ordenamiento como jurídico no es la validez de las normas sino su eficacia, lo cual quiere decir que lo que cierra el sistema no es una norma sino un poder. Desde un punto de vista puramente formal es perfectamente indiferente y legítimo en un sistema de grados, si se procede de la norma inferior hacia una norma superior, llegar a la norma de las normas, y si se procede del poder inferior, llegar al poder de los poderes. Pero luego, cuando llegados a la norma de las normas ésta reenvía al poder de los poderes (en el sentido de que un ordenamiento jurídico es tal, sólo si es más eficaz que la banda de asaltantes, o que el partido armado que trata de tomar el poder pero no lo logra), es necesario reconocer que lo que cierra el sistema no es la norma sino el poder.

Es verdad que el fundamento de validez de una norma inferior no puede ser más que una norma superior, como Kelsen no se cansa de repetir cada vez que tiene la ocasión, y por tanto, si no se quiere remitir al infinito es necesario presuponer una norma que no está fundada en ninguna otra; pero es también cierto que el fundamento de efectividad de un poder inferior no puede ser más que un poder superior, y también en este caso, si no se quiere remitir al infinito, es necesario presuponer un poder no derivado de ninguno otro. El problema, si llegamos a la norma fundamental, es determinar si allí puede uno detenerse. Es el mismo Kelsen quien afirma que se puede hablar de un ordenamiento jurídico (distinto de la banda de asaltantes) sólomente si éste es efectivo globalmente, pero no aduce argumento alguno en favor de la tesis de que este poder último recibe su eficacia de ser autorizado, como todos los otros poderes inferiores. Al contrario, si su legitimidad deriva de su efectividad, el presuponer una norma que realiza la función de norma legitimante, es una operación superflua. Puede ser considerado como una “elegancia juris”, pero es de dudosa utilidad. Si es cierto que los entes no se multiplican, la norma fundamental, siendo uno de estos entes, puede ser omitida sin que la construcción sufra. La norma fundamental habría tenido su función si hubiese estado en grado de evitar el escollo de toda teoría positivista del derecho, que es la derivación del derecho respecto del hecho. Pero una teoría como la kelseniana que resuel-

ve la validez de un ordenamiento jurídico en su efectividad, no sólo no evita este escollo, sino que se sirve de él para encontrar un sólido punto de llegada. La teoría normativa del derecho es la comprobación histórica más convincente de que, una vez descartada la solución iusnaturalista, según la cual es derecho aquello que es justo, no hay otra solución que aquella según la cual es derecho lo que de hecho es habitualmente observado (que es la vieja tesis de Austin): *ex facto oritur ius*. En suma, la norma fundamental tendría la función de transformar al poder en derecho. Pero ¿existe un derecho sin poder? Y si no existe derecho sin poder, ¿la norma fundamental es la que transforma el poder en derecho, o es la efectividad del poder la que lo hace?.

10. Además de satisfacer una exigencia de corrección formal, probablemente la norma fundamental refleja una preferencia práctica. Por más que Kelsen haya afirmado insistentemente el carácter científico de la teoría pura del derecho y rechazado toda interpretación ideológica, no se puede renunciar del todo a tratar de captar el sentido de su construcción y de entender el por qué de ciertas tesis, a través de sus elecciones políticas. Considero correcto que bajo la teoría pura del derecho se encuentra la ideología del estado burgués, no obstante que los marxistas impertérritos hayan continuado a repetirlo. Diría sin embargo que detrás de la tesis del primado del derecho sobre el poder, que se manifiesta en la suposición de la norma fundamental, hay, si bien inconsciente y también expresamente desmentido, el ideal del estado de derecho<sup>31</sup>, es decir, del estado en el cual, para expresarse con una fórmula tradicional usada durante siglos por los legistas, "lex facit regem" y no "rex facit legem". Sé bien que esta fórmula es iusnaturalista, pero en una teoría positivista del derecho la norma fundamental es la alternativa funcional posible a esta fórmula tradicional. Por otro lado, si la norma fundamental es teóricamente débil, no es menos débil el principio según el cual la ley es la que hace al rey y no el rey quien hace la ley. Los reyes han hecho y deshecho las leyes como han querido, al menos mientras han tenido la fuerza de hacerlas respetar, es decir, mientras que su poder fue efectivo, aún cuando no era ni legítimo ni legal.

31 Me parece poder vincularme con la tesis sostenida por M. Reale, *Law and Power: their correlation*, en *Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York, Bobbs-Merrill Company, 1962, pp. 238-270, el cual observa que la reducción del poder al derecho (y el referimiento a Kelsen es explícito) representa una confusión entre el esquema deontológico, según el cual el poder *debe* ser sometido al derecho, y los esquemas sociológicos y ontológicos, y concluye: "La identificación del derecho con el poder es... el fin último al cual tienden todos los esfuerzos y los continuos sacrificios de la humanidad" (p. 252).