

LA TEORÍA DE KELSEN DEL SISTEMA JURÍDICO

SUMARIO: 1. *La existencia de un sistema jurídico.* 2. *El criterio de identidad.* 3. *El criterio de identidad —el papel de la norma fundamental—.* 4. *El criterio de identidad —la cadena de validez—.* 5. *La estructura de un sistema jurídico,* a) *Dos principios de individuación alternativos;* b) *La posibilidad de proyectar una clasificación dentro de la otra* y c) *La primacía del principio estático.* 6. *Sobre las normas independientes.*

En el capítulo II el concepto de soberanía de Austin fue el blanco principal de la crítica dirigida a su teoría del sistema jurídico. El concepto de soberanía es la piedra angular de la teoría de Austin del sistema jurídico. Kelsen no usa ningún concepto de soberanía similar al de Austin y, de esta manera, evita muchos de los inconvenientes de la teoría de Austin. Sin embargo, resulta interesante que esto no le impidió adoptar una teoría del sistema jurídico que es similar a la teoría de Austin: Ambas teorías se basan en el principio de eficacia como fundamento de sus soluciones al problema de existencia; ambas fundamentan sus respectivas soluciones al problema de la identidad en el principio de origen y, finalmente, sus soluciones al problema de la estructura del sistema jurídico se basan en el principio de independencia.

En el presente capítulo la explicación de la teoría de Kelsen del sistema jurídico está concebida para enfatizar tanto sus similitudes como sus diferencias con la teoría de Austin. Posteriormente se argumenta que la teoría de Kelsen es inadecuada y que sus inconvenientes se deben al hecho de que se basan en los principios de origen e independencia. La crítica del principio de eficacia es hecha en un otro capítulo. Se habrá de sugerir que cualquier teoría que se base en los principios de eficacia, origen e independencia, está abierta a objeciones similares a las objeciones señaladas en este estudio dirigidas contra las teorías de Austin y Kelsen.

1. *La existencia de un sistema jurídico*^a

El criterio kelseniano de la existencia de un sistema jurídico puede ser formulado como sigue: Un sistema jurídico existe si, y sólo si, éste alcanza un cierto mínimo de eficacia.

La eficacia de un sistema es una función de la eficacia de sus disposiciones jurídicas; sin embargo, Kelsen no dice nada sobre la naturaleza de la conexión ni cómo debe de determinarse el grado de eficacia. La eficacia de una norma puede manifestarse de dos maneras: (a) por la obediencia de aquellos a quienes les es impuesto un deber por dicha norma; (b) por la aplicación de la sanción permitida por la norma.

Por efectividad de una norma jurídica, la cual vincula una sanción a cierto comportamiento y, de esta manera, califica el comportamiento que es la condición de la sanción como ilícito, esto es como "delito", dos hechos pueden ser entendidos: (1) que esta norma es *aplicada* por los órganos jurídicos (particularmente por los tribunales) lo cual significa que la sanción en un caso concreto es ordenada y ejecutada; (2) que esta norma es *obedecida* por los individuos sometidos al orden jurídico, lo cual significa que ellos se comportan de manera a evitar la sanción.¹

Kelsen no da ninguna indicación de cuál debe de ser la relación entre los dos tipos de manifestación de eficacia si la norma debe ser considerada eficaz. Tampoco es claro sobre cómo puede ser medida o de alguna forma determinada la eficacia de una norma.² De acuerdo con Austin, debe recordarse,³ que un sistema jurídico existe si, y sólo si, (a) su legislador supremo es habitualmente obedecido; (b) su legislador supremo no obedece habitualmente a nadie; (c) su legislador supremo es superior a los sujetos jurídicos en relación con toda disposición jurídica. La última condición es omitida por Kelsen. Si el propósito es asegurar que los dientes del derecho puedan morder, entonces, esto es usualmente implicado

^a En la exposición de este tema Joseph Raz no toma en consideración el trabajo de Kelsen específicamente sobre el tema: "Der Begriff der Rechtsordnung" (*Logique et Analyse*, Año 1, Núm. 3, agosto) 1958, pp. 155-167.

¹ *The Pure Theory of Law*, cit., p. 11. Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 11; *Teoría pura del derecho* cit., p. 25 NT).

² Sobre estos problemas véase infra: capítulo IX. Es importante observar que Kelsen parece atribuir igual peso a la violación de un deber y a la no aplicación de una sanción, para determinar la eficacia de una norma. Esto sugiere que la aplicación de una sanción es requerida y no sólo permitida por el derecho.

³ Véase *supra*: inciso 2, capítulo I.

por la eficacia general del sistema jurídico, el cual, a su vez, usualmente significa que las sanciones son efectivamente aplicadas.

Se ha visto que la obediencia al legislador supremo implica obediencia a sus disposiciones jurídicas, mientras que la obediencia a las disposiciones jurídicas no implica obediencia a su legislador. Al hacer depender la existencia de un sistema en la obediencia a un legislador y negando la existencia de disposiciones que se apliquen al legislador supremo, Austin fue forzado a asumir que todo cambio de legislador supremo significa un cambio de sistema jurídico,⁴ aunque, por supuesto, Austin no sostuvo explícitamente esta consecuencia de su teoría. Kelsen se deshace del soberano y, presumiblemente, cada caso de obediencia al derecho es, de acuerdo con Kelsen, relevante para la existencia del sistema jurídico. De esta manera, un cambio de legislador supremo no afecta, por sí mismo, la continua existencia del sistema jurídico. Un nuevo sistema es creado únicamente cuando el cambio de legislador supremo es inconstitucional.

La segunda de las condiciones de Austin —la independencia del legislador supremo— desaparece con el mismo concepto de soberanía y los problemas que crea⁵ son evitados. De esta manera, reemplazando la obediencia personal al soberano por la obediencia a las disposiciones jurídicas y a la aplicación de sanciones, Kelsen está en posibilidad de mejorar el criterio de Austin de la existencia de un sistema jurídico. Pero sus criterios tienen esto en común... Ambos hacen de la eficacia de un sistema jurídico el criterio de su existencia.

2. El criterio de identidad

Austin pensó un sistema jurídico como el conjunto de todas las disposiciones jurídicas legisladas, directa o indirectamente, por un soberano. Kelsen sustituye al soberano de Austin por la norma fundamental y deja el resto de la definición inalterada: un sistema jurídico es el conjunto de todas las disposiciones jurídicas creadas mediante el ejercicio de facultades conferidas, directa o indirectamente, por una norma fundamental. En sus propias palabras: “todas las normas cuya validez pueda ser remontada a una y a la misma norma fundamental, forman un sistema de normas o un orden”.⁶

⁴ Cfr. *supra*: inciso 2, capítulo II.

⁵ Véase *supra*: inciso 5, capítulo II.

⁶ *General Theory of Law and State, cit.*, p. 111 (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, pp. 130-131, NT). Cfr. *The pure Theory of Law, cit.*, p. 195; (*Reine Rechtslehre, cit.*, p. 197; *Teoría pura del derecho, cit.*, p. 202 NT).

El criterio de Austin para la membresía de una disposición jurídica en un sistema es: una disposición jurídica pertenece a un sistema si, y sólo si, fue legislada por el soberano que legisló todas las otras disposiciones de tal sistema. El criterio de Kelsen es: una disposición jurídica pertenece a un sistema si, y sólo si, fue creada mediante el ejercicio de facultades conferidas por la norma fundamental que confirió las facultades por las cuales todas las otras disposiciones jurídicas del sistema fueron creadas. En sus propias palabras: "que una norma pertenece a un cierto sistema de normas... puede verificarse únicamente determinando que ella deriva su validez de la norma fundamental que constituye tal orden".⁷

Kelsen se mantiene leal al principio de origen: la identidad de un sistema jurídico, así como la membresía de una disposición jurídica a un sistema, es determinado únicamente por los hechos de su creación, por su origen. Pero la fuente de la unidad ya no es más un cuerpo legislativo, es una norma que confiere facultades. La norma fundamental reemplaza al soberano, de otra forma nada ha cambiado.

En este momento algo tiene que decirse sobre el contenido de la norma fundamental. Kelsen tiende a sucumbir a la tentación de hacer que toda norma fundamental incluya en su contenido todas las conclusiones de su teoría de las normas. La tentación es natural, considerando que para él las normas fundamentales son normas necesarias y condicionan el entendimiento del derecho.⁸ Todas las conclusiones de la teoría de las normas son necesarias y todas ellas son condiciones para el entendimiento del derecho. La distinción entre un enunciado sobre el contenido de una norma y una verdad general sobre el derecho es oscurecido, en virtud de que tales verdades generales se basan y se reflejan en el contenido de las normas. Que la Suprema Corte Israelita tenga facultades legislativas no es un enunciado sobre el contenido de ninguna disposición jurídica israelita. Pero ésta es una conclusión derivada de una sección de una ley israelita, la cual adopta la doctrina de que los tribunales inferiores se encuentran vinculados por las decisiones de la Corte Suprema. ¿Es una verdad general de que no existe ninguna contradicción entre normas válidas de un sistema las cuales se derivan, de manera similar, de una norma particular del sistema? Obviamente no. La verdad general sobre el derecho se refleja igualmente en las relaciones de cualquier número de normas y no tienen ninguna relación especial a una de ellas.

Kelsen piensa de otra manera. Así, por ejemplo, piensa que es la norma

⁷ *General Theory of Law and State*, cit., p. 111 (Cfr. *Teoría general del derecho del Estado*, cit., p. 131, NT).

⁸ Cfr. *supra*: inciso 3, capítulo III.

fundamental de todo sistema jurídico la que garantiza la coherencia interna del sistema. El principio de no contradicción, dice, “está contenido en la norma fundamental”.⁹ Por razones similares considera a toda norma fundamental estipulando que toda norma establezca una sanción.¹⁰ Kelsen afirma, en general, que toda norma fundamental, aunque no idéntica al derecho, sin embargo contiene la definición del derecho.¹¹

Sin embargo, siguiendo una otra observación hecha por Kelsen, nuestro análisis, de ahora en adelante, se basa en el presupuesto de que “el contenido de la norma fundamental está determinado por los hechos a través de los cuales un orden es creado y aplicado”.¹² Consecuentemente, la definición del derecho y el principio de no contradicción no están considerados como una ‘contenidos’ en las normas fundamentales.

La norma fundamental, dice Kelsen, se formula como sigue: “Los actos coactivos deben ser realizados bajo las condiciones y la manera que la primera constitución histórica y las normas creadas de conformidad con ella, prescriben. En breve: uno debe de comportarse como la constitución prescribe”.¹³ Uno puede dudar si ésta es la mejor formulación posible. Sus méritos serán examinados más adelante. Lo que importa en el presente análisis es el efecto jurídico que intenta la norma fundamental:

la última hipótesis del positivismo es la norma que autoriza al primer legislador histórico. Toda la función de esta norma fundamental es conferir una facultad jurídico creadora al acto del primer legislador y a todos los otros actos que se basan en el primero.¹⁴

El concepto de norma fundamental es uno de los dos conceptos sobre

⁹ *General Theory of Law and State*, cit., p. 406; Cfr. *ibid.*, pp. 401 y ss. (Estas referencias corresponden al apéndice: “Natural Law Doctrine and Legal Positivism”, versión inglesa de *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, cit., el cual no se encuentra incluido en la edición española, NT); *The Pure Theory of Law*, cit., p. 207 (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 211; *Teoría pura del derecho*, pp. 215-216. NT).

¹⁰ Véase, por ejemplo: *General Theory of Law and State*, cit., p. 406. (Corresponde al apéndice; véase *supra* nota 9. NT); *The Pure Theory of Law*, cit., p. 50. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 51; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 63. NT).

¹¹ Cfr. *The Pure Theory of Law*, cit., p. 50 (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 51; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 63. NT).

¹² *General Theory of Law and State*, cit., p. 120. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 141).

¹³ *The Pure Theory of Law*, cit., p. 201 (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 204; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 208).

¹⁴ *General Theory of Law and State*, cit., p. 116. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 136-137. NT).

los cuales se fundamenta el criterio de identidad de Kelsen. El otro es el concepto de cadena de validez, el cual se explica en el siguiente párrafo:

A la cuestión de por qué esta norma individual es válida como parte de un determinado orden jurídico, la respuesta es; porque ha sido creada de conformidad con una ley penal. Esta ley, finalmente, recibe su validez de la constitución, puesto que ha sido establecida por el órgano competente en la forma que la constitución prescribe. Si preguntamos por qué la constitución es válida, quizás lleguemos a una anterior constitución. Por último, llegamos a una constitución que es la primera constitución histórica la cual fue establecida por un usurpador individual o por algún tipo de asamblea... Se postula que uno debe comportarse como el individuo o los individuos, que establecieron la primera constitución, han ordenado. Ésta es la norma fundamental del orden jurídico en consideración.¹⁵

Una cadena de validez es un conjunto de todas aquellas normas tales que (1) cada una de ellas autoriza, precisamente, la creación de una de las otras normas del conjunto, con excepción de cuando menos una, la cual no autoriza la creación de ninguna norma; y (2) la creación de cada una de ellas está autorizada precisamente por una norma de ese conjunto, con excepción de una norma cuya creación no se encuentra autorizada por ninguna norma de la cadena.¹⁶ Una cadena de validez puede ser representada gráficamente como se muestra en la figura 1. Cada línea representa una norma la cual autoriza la creación de la norma represen-

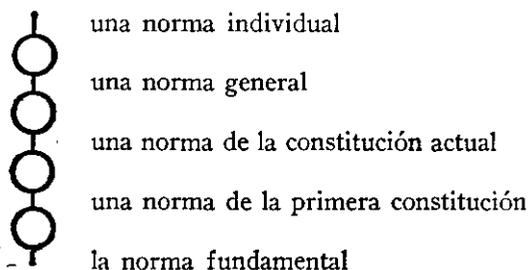


figura 1

¹⁵ *General Theory of Law and State, cit.*, p. 115. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, p. 135. NT).

¹⁶ Es importante observar que el concepto de una cadena de validez es usado en el criterio kelseniano de identidad de un sistema jurídico. Por tanto, no puede ser parte de la definición de una cadena de validez que sólo las normas que pertenezcan a un mismo sistema puedan pertenecer a una misma cadena de validez. Esto es una consecuencia de la definición de cadena de validez y de su uso en el criterio de identidad. No es parte de la definición de una cadena de validez, puesto que esto presupondría un criterio independiente de identidad.

tada por la línea que se encuentra inmediatamente por encima de ella. Los círculos representan las facultades legislativas.¹⁷ Una persona puede tener facultades legislativas derivadas de varias normas.

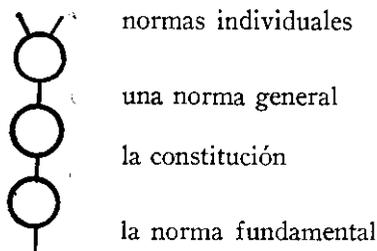


figura 2

Dos cadenas de validez pueden tener en común todas sus normas salvo una. Dos cadenas de este tipo pueden ser representadas en un diagrama:

Otras cadenas pueden diferir en más de una norma. Kelsen insiste, en que: (1) Hay al menos una norma común en dos cadenas de validez cualesquiera que pertenezcan al mismo sistema jurídico. (2) Más aún, existe una norma que es parte de todas las cadenas de validez de un sistema. (3) En todo sistema jurídico la norma que pertenece a todas las cadenas de validez del sistema, es la norma fundamental, la cual es la última norma (esto es, aquella representada por la primera línea de abajo hacia arriba) de toda cadena de validez.

En base a estos argumentos todas las cadenas de validez de un sistema, esto es, el sistema jurídico completo, puede ser representado en el siguiente diagrama:

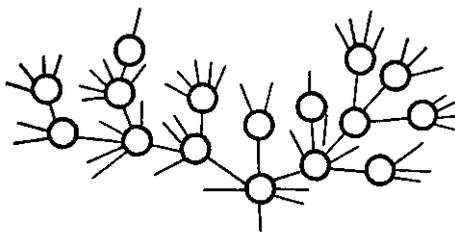


figura 3

Esta arborescencia¹⁸ que representa un sistema jurídico se encuentra, por supuesto, muy simplificada. Los sistemas jurídicos contienen un número

¹⁷ Líneas como círculos, *i.e.* normas como facultades legislativas, serán llamados indistintamente 'eslabones' en la cadena.

¹⁸ Algunos de los comentaristas de la teoría de Kelsen usan la pirámide como modelo de sistemas jurídicos. Yo prefiero la arborescencia toda vez que, por un

mucho mayor de disposiciones jurídicas y de autoridades legislativas. La arborescencia demuestra cómo dos ideas —la de cadena de validez y la de norma fundamental— son combinadas por Kelsen para resolver los problemas de identidad y membrecía dentro de los límites del principio de origen.

El concepto de cadenas de validez, aunque usado por primera vez en forma sistemática con este propósito por Kelsen, no es peculiar a su teoría. Podría aplicarse, por ejemplo a la teoría de Austin. Esto fue hecho por vez primera por Bryce en su teoría modificada de Austin. Bryce escribe:

A un propietario en un cierto municipio se le requiere el pago de una cuota por la pavimentación de la calle, pregunta por qué debe pagarlo y se le señala la resolución de la autoridad municipal que la impone. Entonces pregunta qué autoridad tiene el consejo municipal para establecer la cuota y se le señala una sección de una ley del parlamento de la cual el consejo municipal deriva sus facultades. Si él lleva más allá su curiosidad e inquires sobre qué derecho tiene el parlamento para conferir tales facultades, el recaudador de contribuciones únicamente puede contestar que todos saben que el parlamento inglés crea el derecho y que, jurídicamente, ninguna otra autoridad puede alterar o, de alguna manera, interferir con ninguna de las expresiones de voluntad del parlamento. El parlamento es supremo sobre todas las otras autoridades, en otras palabras, el parlamento es soberano.¹⁹

Adaptando este procedimiento a la teoría original de Austin, es posible representar la imagen Austiniana de un sistema jurídico por una arborescencia:

lado, muestra claramente la organización jerárquica del derecho, la cual constituye el objetivo principal de Kelsen al usar el modelo piramidal, y, por otro, evita algunas implicaciones indeseables con el uso del modelo piramidal. La arborescencia se encuentra libre de la implicación de que una norma no puede autorizar la creación tanto de normas generales como normas individuales o de que una autoridad no puede legislar tanto normas constitucionales como normas individuales. Posiblemente la implicación indeseable más importante que resulta del uso del modelo piramidal es que exista el mismo número de peldaños en la pirámide de todo sistema jurídico.

(En algunos trabajos había representado el orden jurídico en forma de un haz de luz cuyo foco era el primer acto de creación del sistema y en que la luz se dispersa a través de los distintos actos de aplicación [Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando. *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976, p. 96; *Id.* "Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional") en Tamayo y Salmorán, Rolando (Ed). *La interpretación constitucional*, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, p. 142]. Aunque esta representación eliminaba algunos inconvenientes, en un trabajo reciente [*Introducción al estudio de la constitución*, 2ª ed. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985] he adoptado las arborescencias de Raz. NT).

¹⁹ Bryce, James. *Studies in History and Jurisprudence*, cit., t. II, p. 52.

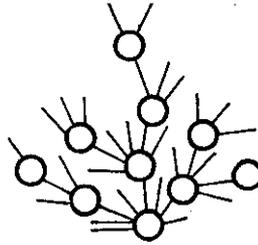


figura 4

De esta forma representado, la solución de Austin al problema de la identidad se ve que descansa en la combinación de dos conceptos: Cadenas de validez y soberanía. Kelsen acepta el primero y, con ello, también, el principio de origen, y rechaza el segundo, sustituyéndolo por su propio principio de norma fundamental. El punto importante, el vínculo de unión, no es un legislador sino una disposición jurídica.

El intento de Austin para resolver el problema de la identidad fracasa por las deficiencias del concepto de soberano. El próximo inciso plantea la cuestión de si el sustituto de Kelsen, el concepto de norma fundamental, es adecuado para el papel que se le asigna en el criterio de identidad de Kelsen. Más adelante, en el inciso cuatro, la contribución del concepto de cadenas de validez a la solución del problema de la identidad es sometido a un riguroso análisis.

3. *El criterio de identidad —el papel de la norma fundamental—*

A la norma fundamental se le asigna un doble papel. Proporciona la respuesta a dos cuestiones separadas: “¿Qué es lo que convierte en un sistema una multitud de normas? ¿Cuándo una norma pertenece a un cierto sistema de normas...? Esta cuestión se encuentra íntimamente conectada con la cuestión sobre la razón de validez de una norma”.²⁰ El segundo de estos papeles: la norma fundamental como razón última de la validez de las otras normas jurídicas, ha sido tocado en el capítulo tercero y será analizado mayormente en el próximo capítulo. Este inciso se ocupa únicamente de la función de la norma fundamental en la solución de los problemas de identidad y membresía.

Kelsen repetidamente afirma que la única función de una norma funda-

²⁰ Kelsen, Hans. *General Theory of Law*, p. 193. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 129; *Reine Rechtslehre*, cit., p. 196; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 201. NT).

mental es autorizar la creación de la primera constitución. Se podría pensar, por tanto, que la primera constitución, así como la norma fundamental, tienen que ser parte de toda cadena de validez de toda norma en un sistema jurídico. Esto significaría que aun si no hubiera ninguna norma fundamental, no habría ninguna dificultad en establecer la identidad de los sistemas jurídicos. Un sistema jurídico en vez de ser definido como una norma fundamental y todas las normas que derivan su validez de ella, sería definido como una primera constitución y todas las normas que derivan su validez de ella.

La falacia en este argumento es que la primera constitución no es necesariamente una norma; puede ser, y frecuentemente lo es, un conjunto de normas las cuales son puestas en vigor mediante el ejercicio de una facultad legislativa, por ejemplo, un acto de legislación. Una primera constitución puede incluir varias normas confiriendo cada una diferentes facultades legislativas a diferentes órganos. Por ejemplo, una norma de la primera constitución puede determinar las facultades legislativas de un parlamento general, mientras otra norma de la constitución determina las facultades de los parlamentos estatales. Aún más, la primera constitución puede contener normas ordinarias, a saber: normas que no confieren facultades legislativas sino que imponen deberes y establecen sanciones para respaldarlos.

El criterio de identidad de Kelsen presupone que existe una norma que pertenece a la cadena de validez de toda norma en un sistema jurídico. La primera constitución puede contener varias normas, algunas que pertenecen a ciertas cadenas de validez, otras que pertenecen a otras cadenas. La norma fundamental es la única norma que pertenece a toda cadena de validez y es, por tanto, esencial para el éxito del criterio de identidad de Kelsen.²¹

Los criterios de identidad y membresía están hechos para proporcionar un método por el cual sea posible determinar para cualquier norma dada si pertenece o no a un determinado sistema jurídico y esto puede ser usado para establecer la membresía total, *i. e.* la identidad del sistema. De acuerdo con Kelsen, la cuestión de si una cierta norma, N_1 , pertenece a un cierto sistema es resuelto al encontrar si el sistema contiene una norma que autorice la creación de N_1 . Si el sistema la contiene — N_1 pertenece a tal sistema—, si no —no.

²¹ Es esencial, por supuesto si uno lo desea —como lo hace Kelsen—, fundamentar el criterio de identidad en una norma que unifica el sistema al pertenecer a todas las cadenas de validez de toda norma en el sistema. *Cfr.* el próximo inciso para otras posibilidades.

Permítasenos suponer que se ha establecido que ninguna norma derivada autoriza la creación de N_1 . De eso se sigue que, o bien N_1 es autorizada por la norma fundamental, o bien no pertenece a dicho sistema. ¿Cómo debe uno descubrir el contenido de la norma fundamental? la respuesta de Kelsen, tal y como ha sido mencionada, es: "... El contenido de una norma fundamental está determinado por los hechos a través de los cuales un orden es creado y aplicado",²² lo cual significa, en efecto, que, una vez que uno sabe qué normas pertenecen a un orden jurídico, y sólo entonces, uno se encuentra en posición de descubrir por qué actos son creados y, de esta manera, descubrir el contenido de la norma fundamental del sistema. No es posible invertir el proceso y descubrir qué normas pertenecen al sistema por referencia a la norma fundamental.

El mismo punto puede ser probado por un otro argumento: Si N_1 pertenece a un sistema jurídico dado, entonces o bien ella autoriza la creación de todas las otras normas del sistema, *i. e.* es la totalidad de la primera constitución del sistema, o bien, ha sido creada por el ejercicio de las mismas facultades legislativas por las cuales la primera constitución ha sido creada, en cuyo caso es parte de esa primera constitución. Puesto que si N_1 autoriza la creación del resto del sistema, entonces alguna norma fundamental que la autoriza, autoriza el resto del sistema. Similarmente, si N_1 ha sido creada mediante el ejercicio de las facultades por las cuales la primera constitución ha sido creada, entonces alguna norma fundamental que confiere estas facultades unifica a N_1 y a la primera constitución (con todas las normas autorizadas por ella) en un solo sistema jurídico (N_1 , por ello, se convierte en parte de la primera constitución). Si, por el otro lado, ninguna de estas condiciones son satisfechas, entonces ninguna norma fundamental puede autorizar a N_1 y al resto del sistema. Nada más puede aprenderse sobre la membresía de N_1 en el sistema dado con la teoría Kelsen; sin embargo, es claro que cualquiera de estas condiciones puede ser satisfecha aún si N_1 no pertenece al sistema dado.

Ejemplo I. Supongamos que un país, A , el cual ha sido hasta ahora gobernado por un otro país, B , ha obtenido su independencia. Supóngase además que tal independencia ha sido asumida por una declaración y una nueva constitución adoptada por una asamblea de notables y que

²² *The General Theory of Law and State, cit.*, p. 120. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, p. 141.

sobre la base de dicha constitución ha habido elecciones y han sido promulgadas otras disposiciones jurídicas. Hay un consenso general tanto de legos como profesionales en A de que ellos viven bajo un sistema jurídico dentro de cuyas normas, las de la nueva constitución fueron las primeras que se legislaron. El hecho de que en el país B una disposición jurídica, N_2 , haya sido votado con base a su primera constitución, N_1 , antes de la independencia de A , la cual confería facultades legislativas ilimitadas sobre todos los asuntos que se refieren a la población de A a la asamblea de notables anteriormente señalada, es considerada como teniendo un gran significado político, pero no jurídico para A . Es ampliamente presupuesto en A , aunque la cuestión no ha sido llevada a tribunales que, N_1 y N_2 no son parte del sistema jurídico de A . Esta opinión es completamente justificada, aun si N_1 realmente autoriza todas las normas del sistema jurídico de A y, de esta forma, satisface la primera de las dos condiciones alternativas deducidas anteriormente de la teoría de Kelsen.

Ejemplo II. Supongamos, por otro lado, que no ha habido una transmisión, pacífica de poderes del gobierno de B al estado independiente A y que B , después de una prolongada lucha contra el movimiento de liberación de A , unilateralmente ha abandonado su gobierno sobre A . Una pequeña confusión surge cuando, además de las disposiciones jurídicas emitidas por el comité central del movimiento de liberación, el líder de un grupo separatista, denominado Movimiento Revolucionario de Liberación, intenta tomar el poder absoluto y emite varias pretendidas disposiciones jurídicas y, entre ellas, N_2 es la única que no entra en conflicto con ninguna disposición jurídica dictada por el Comité Central. Después de dos días las cuestiones se resuelven y el líder del movimiento revolucionario de liberación parte en exilio voluntario abandonando su intento de apoderarse del poder. El *status* de sus pretendidas disposiciones jurídicas no ha sido decidido por los tribunales; sin embargo, no existe ninguna duda de que ellas, incluyendo a N_2 , no son parte del sistema jurídico de A . Sin embargo, muchas pretendidas normas fundamentales pueden ser sugeridas las cuales autorizan tanto a N_2 y todas las otras disposiciones jurídicas creadas por las "autoridades legítimas". Por ejemplo: 'todos deben de comportarse en la forma prescrita por el líder de cualquiera de los movimientos de liberación'. Por tanto, N_2 satisface la segunda de las condiciones alternativas de membresía derivadas anteriormente del criterio de membresía de Kelsen.

Los dos ejemplos prueban que la norma fundamental no puede jugar el papel que le asignan los criterios de membresía e identidad de Kelsen y, por tanto, sus criterios no cumplen sus funciones. El concepto de una norma fundamental debe determinar dónde termina toda cadena de validez y cuál es su alcance; sin embargo, no lo logra. De hecho, no contribuye en nada a los criterios de identidad y membresía.

¿Cuál es entonces el significado de la frase de Kelsen en el sentido de que las normas fundamentales son el fundamento de la unidad de los órdenes jurídicos? Podría ayudar recordar la primera parte de la cita con la que esta sección comenzó. En ella Kelsen plantea dos cuestiones: '¿qué es lo que convierte en sistema una multitud de normas? ¿Cuándo pertenece una norma a un cierto sistema de normas?'. La segunda cuestión es el problema de la membresía y de la identidad. Ésta es la cuestión del criterio para determinar cuáles son las normas que constituyen éste o cualquier otro sistema jurídico. La primera cuestión es completamente diferente. Ésta es la cuestión del principio ordenador de los sistemas jurídicos. Este principio presupone que el problema de la identidad ha sido resuelto y que la composición del sistema es conocida. Entonces procede a preguntar: ¿Dado que estas son las normas del sistema, cómo pueden ser ordenadas en un todo sistemático? Éste es, de hecho, un problema muy similar al problema de la estructura del sistema (la única diferencia es que Kelsen no limita su cuestión a la estructura interna del sistema).

Los anteriores argumentos muestran que las normas fundamentales no tienen nada que ver con el problema de la identidad. Que Kelsen haya estado equivocado al creer que la norma fundamental tiene relevancia para el problema de la identidad se debe probablemente, al menos parcialmente, a no haber podido distinguir entre el problema de descubrir qué normas pertenecen a un sistema y el problema de su organización.

En realidad, la norma fundamental, contrariamente la más firme creencia de Kelsen, no tiene verdadera importancia en la organización de las normas de un sistema jurídico. El arreglo y estructura de un sistema jurídico, de acuerdo con Kelsen, es representado por la arborescencia. El principio ordenador de la arborescencia y la clave de la estructura de un sistema jurídico es el concepto de cadena de validez. La arborescencia puede existir aun si la norma fundamental es eliminada. Devendría, en tal caso, una arborescencia Austiniana, con un 'poder (legislativo) fundamental' en vez de una norma fundamental. La estructura y arreglo del sistema jurídico, su unidad, se mantiene virtualmente inalterado con la eliminación de la norma fundamental.

4. *El criterio de identidad —la cadena de validez—*

En la sección anterior se ha argumentado que la norma fundamental no tiene relevancia de ninguna forma con el criterio de identidad (ni con la doctrina de la estructura). Por supuesto, Kelsen sostiene que la norma fundamental es importante por razones que no tienen nada que ver con la identidad ni con la estructura de los sistemas jurídicos, razones derivadas de su teoría general de las normas. Sus argumentos serán examinados críticamente en el próximo capítulo. En el resto de este inciso, sin embargo, la norma fundamental será completamente ignorada y se examinará el establecimiento exitoso de un criterio de identidad, similar al de Kelsen, pero basado únicamente en el concepto de cadenas de validez.

Si eliminamos la norma fundamental de una arborescencia kelseniana, ésta se transforma en una arborescencia del tipo de Austin; en vez de descansar en una norma fundamental la arborescencia descansa en un poder (legislativo). El poder fundamental es el poder que autoriza la primera constitución. El criterio de identidad resulta: un sistema jurídico consiste en la primera constitución y en todas las disposiciones jurídicas creadas, directa o indirectamente, mediante el ejercicio de las facultades conferidas por la primera constitución. Una disposición jurídica pertenece a un sistema dado si, y sólo si, ésta es, o bien, parte de la primera constitución o ha sido creada mediante el ejercicio de facultades conferidas directa o indirectamente por ella.

Una primera constitución puede ser definida como sigue: Una disposición jurídica pertenece a la primera constitución si, y sólo si, su creación no fue autorizada por ninguna otra disposición jurídica. Varias disposiciones jurídicas pertenecen a la primera constitución si, y sólo si, cada una de ellas pertenece a la primera constitución y todas ellas fueron creadas mediante el ejercicio del mismo poder legislativo.

Esta solución al problema de la identidad se parece a la solución de Austin en que ésta reconoce la existencia de un legislador que tiene facultades legislativas que no han sido conferidas por el derecho. Al igual que la soberanía de Austin, la autoridad fundamental puede decirse que es ilimitada, en el sentido de que la validez de las disposiciones jurídicas creadas mediante su ejercicio está determinada no por referencia a ninguna norma creadora de normas sino a su eficacia. La autoridad fundamental es el poder jurídico para establecer toda disposición jurídica, poder que se convertirá en el fundamento de un sistema jurídico eficaz.

La diferencia entre el criterio de Austin y esta modificada versión del

criterio de Kelsen es resultado de la distinción capital entre la soberanía de Austin y el poder fundamental. El rasgo más perturbador de la teoría de Austin es su insistencia en la existencia *continuada* del soberano. Un sistema jurídico existe únicamente en tanto hay una autoridad que tiene facultades legislativas ilimitadas que no han sido conferidas por el derecho. El poder fundamental de Kelsen, por otro lado, no necesita ser omnipresente. Un sistema jurídico continúa existiendo aún después que el titular o los titulares de este poder fundamental dejan de existir (*e. g.* el primer monarca absoluto muere o la asamblea constituyente ha sido disuelta).

Kelsen en ocasiones se expresa como si la primera constitución fuera siempre creada por un único acto legislativo, como si fuera creada en una sola ocasión. Las consideraciones avanzadas en las secciones anteriores han demostrado que esto no es siempre el caso. Una asamblea constituyente puede promulgar la primera constitución por partes en diversas ocasiones, cada una de ellas entrando en vigor cuando son promulgadas. Tampoco se requiere que el poder fundamental sea confiado a un solo órgano. Puede haber dos asambleas constituyentes actuando simultánea o sucesivamente (asumiendo, por supuesto, que haya medios establecidos para resolver los posibles conflictos de disposiciones jurídicas que surjan de sus actividades). Pero, aun cuando la presencia continua de un legislador cuya autoridad no deriva de ninguna disposición jurídica es posible, de acuerdo con la versión modificada de la doctrina de Kelsen, esto no es necesario.

Las arborescencias de Austin son diagramas de sistemas jurídicos momentáneos. El hecho de que todas las arborescencias de todos los sistemas momentáneos que pertenezcan a un sistema tengan el mismo soberano en su base significa que el soberano existe tanto como el sistema jurídico exista. Una arborescencia kelseniana modificada, aunque similar al diagrama austiniano en cuanto que tiene un poder (no una norma) en su base, tiene un diferente significado. El diagrama kelseniano representa no un sistema jurídico momentáneo, sino un sistema jurídico continuo (desde su establecimiento hasta un cierto tiempo específico). El poder fundamental representado en él tuvo que haber existido, sin embargo no necesita existir más. La jerarquía de las facultades legislativas en la teoría de Kelsen no es, como la jerarquía de Austin, una jerarquía momentánea vertical, es una jerarquía horizontal extendida sobre un período de tiempo.

La diferencia entre la soberanía y el poder fundamental²³ es la mejora

²³ El concepto de un poder fundamental no es innovación mía. Está implicado en la teoría de Kelsen, aunque, Kelsen asigna no a él, sino a la norma fundamental, el papel clave en sus criterios de identidad y membresía.

principal de Kelsen al criterio de identidad de Austin. Sin embargo, ha sido lograda a un alto precio. La mejora es hecha posible al establecer como una condición para la existencia de un sistema jurídico. La obediencia a las disposiciones jurídicas en vez de obediencia al soberano. Este cambio es deseable con base también a otros fundamentos, sin embargo tiene un resultado desafortunado. Esto incrementa la importancia de concepto de cadenas de validez para el criterio de identidad.

En la teoría de Austin un vínculo común en sus cadenas de validez es una condición necesaria pero no suficiente para que dos disposiciones jurídicas pertenezcan a un sistema. Que N_1 y N_2 tengan un vínculo común no es prueba suficiente de que pertenezcan al mismo sistema. Una otra condición necesaria es que ningún poder soberano es un vínculo en su cadena de validez si está por debajo de una de ellas pero no por debajo de la otra. En otras palabras, dos disposiciones jurídicas pertenecen al mismo sistema únicamente si ellas fueron legisladas, directa o indirectamente, por el mismo soberano. El valor de esta condición se hace claro al considerar meramente el primero de los dos ejemplos expuestos en la sección anterior, el ejemplo de la transmisión pacífica del poder. La norma en N_2 del nuevo sistema jurídico de A y la norma del sistema jurídico de B que confiere facultades a la asamblea de notables (designada como N_2) tiene, como ha sido explicado, vínculos comunes en sus cadenas de validez, estas dos cadenas son representadas por el siguiente diagrama.

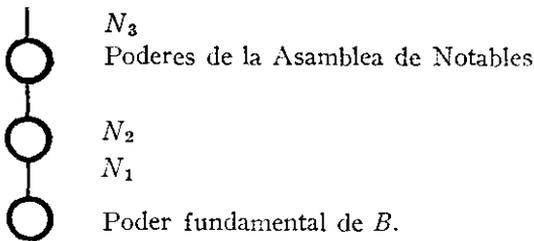


figura 5

Ellas no pertenecen al mismo sistema, de acuerdo con Austin, puesto que el soberano de A (la asamblea de notables) creó N_3 pero no N_2 .

De acuerdo con la modificada versión del criterio de identidad de Kelsen un poder fundamental es reconocido no por ser habitualmente obedecido sino por no haber sido creado por ninguna disposición jurídica. Sin embargo, existe una disposición jurídica, a saber: N_2 , que confiere a la asamblea de notables todas las facultades legislativas que tiene. Por tanto, de conformidad con Kelsen, sus facultades legislativas no constituyen un

poder fundamental y, consecuentemente N_1 , N_2 y N_3 parecen pertenecer en la versión modificada del criterio de identidad de Kelsen, al mismo sistema.

Esta conclusión puede ser evitada únicamente abandonando el principio de origen y considerando N_3 como la primera constitución no porque haya sido creada mediante el ejercicio de un poder fundamental, sino porque así es reconocida por los tribunales. Consideraciones de esta naturaleza serán examinadas en otro capítulo. Kelsen acepta el principio de origen y, por tanto, para evitar los inconvenientes de la teoría de Austin se vio obligado a considerar tener un vínculo común en las cadenas de validez como condición necesaria y suficiente para la membresía de dos disposiciones jurídicas a un mismo sistema, exponiendo su teoría, con ello, a la crítica anteriormente expuesta.

La crítica es prácticamente idéntica al primero de los argumentos hechos en la sección anterior contra el criterio de identidad original de Kelsen. Basar el criterio de identidad en un poder fundamental, en vez de en una norma fundamental, no ayuda a evitar las debilidades del criterio, porque éstas son inherentes al propio principio de origen.

La segunda crítica, hecha en la sección anterior con ayuda del segundo ejemplo, el de los dos movimientos de liberación, se aplica también con igual fuerza a la versión modificada de la doctrina de Kelsen.²⁴ Más aún, existe una tercera crítica que se aplica a ambas versiones del criterio de identidad de Kelsen que aún no ha sido mencionada.

La continua existencia de un sistema jurídico no depende, de acuerdo con Kelsen, de la presencia continuada del primer soberano. Pero depende de la posibilidad de remontar la razón de validez de toda disposición jurídica hasta la primera constitución. Esta concepción es errónea. Un sistema jurídico en el cual los precedentes^b no crean derecho, puede convertirse gradualmente en un sistema en el cual los precedentes creen efectivamente derecho. No hay necesidad de suponer que la facultad de legislar mediante precedentes fue conferido a los tribunales por la primera constitución o por cualquier otra disposición jurídica. En realidad, los tribunales mismos pueden reconocer que ellos poseen esta facultad sólo muchos años después de que la hayan adquirido. En tal caso no hay razón para suponer que un sistema jurídico deja de existir y que un nuevo sistema ha sido creado. Tampoco es completamente claro qué es lo que corresponde a una norma fundamental o a un poder fundamental del 'nuevo sistema'.

²⁴ El criterio de identidad de Austin hubiera salido también indemne de este problema, si se hubiera basado en un concepto adecuado de la individuación del poder soberano.

^b *Cfr. supra*: nota i del capítulo III. NT.

Similarmente, en Estados en los cuales el parlamento se encuentra limitado por una constitución puede ocurrir que el parlamento vote una disposición jurídica inconstitucional que será aceptada como disposición jurídica por la población, así como por el gobierno, y será aplicada por los tribunales. Si tal disposición jurídica tiene poca importancia constitucional (*e. g.* si regula la manufactura de cerillas), entonces no hay ninguna razón para pensar, que ésta no es una disposición jurídica en absoluto, o bien, que, al legislarse, el viejo sistema jurídico deja de existir y que uno nuevo ha sido creado. Para concluir, es imposible explicar las condiciones de la existencia continua de un sistema jurídico sobre la base del principio de origen únicamente —otras consideraciones tienen que ser tomadas en cuenta.

5. *La estructura de un sistema jurídico*

Explicación dada hasta aquí de la teoría de Kelsen le atribuye dos tesis incompatibles: primera, que toda norma impone un deber al permitir la aplicación de una sanción y, segunda, que algunas normas no imponen deberes, sin embargo confieren facultades legislativas. Kelsen reconoce que aquí hay una dificultad:

La jurisprudencia analítica,^c tal y como la presenta Austin, considera al derecho como un sistema de reglas completas y listas para su aplicación, sin considerar el proceso de su creación. Ésta es una teoría estática del derecho. La teoría pura del derecho reconoce que un estudio de la estática del derecho tiene que ser complementada por un estudio de su dinámica, el proceso de su creación. Esta necesidad existe porque el derecho... regula su propia creación.²⁵

El “estudio de la estática del derecho” de Kelsen afirma que toda norma impone un deber al estipular una sanción. Kelsen está consciente, sin embargo, de la necesidad de complementar esta idea y reconciliarla con la otra, emitiendo normas que confieren facultades legislativas.

Kelsen intenta realizar esta reconciliación en el siguiente pasaje:

Las normas de la constitución, las cuales regulan la creación de las normas generales que habrán de ser aplicadas por los tribunales y por

^c En el sentido de teoría jurídica analítica. NT.

²⁵ “The Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *cit.*, pp. 278-279 (Cfr. “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”, *cit.*, pp. 227-228. NT).

otros órganos aplicadores del derecho, son, de esta manera, normas no *independientes ni completas*. Son *parte intrínseca* de todas las normas jurídicas que los tribunales y los otros órganos tienen que aplicar. Sobre esta base el derecho constitucional no puede ser citado como un ejemplo de normas jurídicas que no estipulan ninguna sanción. Las normas de la constitución material *son normas únicamente en su concesión orgánica* con aquellas normas que estipulan sanciones las cuales son creadas sobre su base. Lo que *desde un punto de vista dinámico* es creación de una norma general determinada por una *norma superior*, la constitución, *deviene en una representación estática* de derecho, una de las condiciones a las cuales la sanción se vincula como consecuencia en la norma general (lo que, desde el punto de vista dinámico, es una norma inferior en relación con la constitución). *En una representación estática del derecho, las normas superiores de la constitución son, por decirlo así, proyectadas como partes dentro de normas inferiores.*²⁶

Esto debe ser considerado como la explicación general de Kelsen de las normas que confieren facultades legislativas sin estipular sanciones. Esto será explicado en tres pasos, cada uno ligándose al anterior y modificándolo.

a) *Dos principios alternativos de individuación*

En varios lugares Kelsen explica sus conceptos de puntos de vista dinámico y estático,²⁷ pero sus explicaciones poco añaden a lo que está dicho en el pasaje citado anteriormente. Un sistema jurídico, parece decir Kelsen, *i. e.* la totalidad del material jurídico que pertenece a él, puede ser examinado desde dos puntos de vista. Estos puntos de vista difieren uno del otro por la forma por la cual arreglan y dividen el material jurídico; es decir, los dos puntos de vista son dos diferentes principios de individuación. El principio de individuación estático es aquel que se encuentra explicado en el inciso 2 del capítulo IV. De conformidad con él, toda disposición jurídica es una norma que impone un deber al estipular una sanción. El principio dinámico de individuación es menos claro; la única cuestión cierta es que permite normas que confieren facultades legislativas, así como normas que imponen deberes y estipulan sanciones.

Así como el principio estático de individuación se basa en el concepto de sanción coactiva; de la misma manera, el principio dinámico de indivi-

²⁶ *General Theory of Law and State, cit.*, pp. 143-144. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, p. 170. NT).

²⁷ Cfr. *The Pure Theory of Law, cit.*, pp. 70-71 (Cfr. *Reine Rechtslehre, cit.*, pp. 72-73; *Teoría pura del derecho, cit.*, p. 83-84. NT).

duación se base en el concepto de facultad legislativa. Desafortunadamente, la única explicación de Kelsen de las facultades legislativas es dada sobre la base del principio estático de individuación y no puede servir de base para un principio diferente e independiente. En ausencia de esa definición independiente de la facultad legislativa, el punto de vista dinámico de Kelsen nunca equivale a algo más que a un programa para un principio dinámico de individuación. El programa mismo es, sin embargo, muy claro y Kelsen mismo sabe que implica un nuevo criterio de 'disposición jurídica':

Si uno observa el orden jurídico desde el punto de vista dinámico... parece posible definir el concepto de derecho de una forma muy diferente de como hemos tratado de definirlo en esta teoría. Parece especialmente posible ignorar el elemento de coacción al definir el concepto de derecho.²⁸

b) *La posibilidad de proyectar una clasificación dentro de la otra*

Como los principios dinámico y estático de individuación son dos maneras de arreglar y dividir el mismo sistema jurídico, debe ser posible proyectar o confrontar una división contra la otra, porque tiene que existir una relación de una a muchos entre todos los elementos en cualquiera de las divisiones y alguno de los elementos de la otra división. Como Kelsen dice: "En una representación estática del derecho, las normas superiores de la constitución se encuentran como si fueran proyectadas como partes dentro de las normas inferiores".²⁹ Esto significa que una norma estática como: 'si la constitución autoriza al parlamento a legislar disposiciones jurídicas penales y si el parlamento estipula una sanción por el robo, entonces, si una persona comete el robo debe ser castigado' se proyecta dentro de dos normas dinámicas: 'el parlamento está autorizado a legislar disposiciones jurídico penales', 'los funcionarios están autorizados a aplicar sanciones a los ladrones'. Por tanto, toda disposición jurídica estática se proyecta, de esta manera en varias disposiciones jurídicas dinámicas. Invertir el proceso y tratar de proyectar el arreglo dinámico dentro del estático es, por supuesto, también posible. Una norma dinámica será proyectada en varias normas estáticas. Por ejemplo, la disposición jurídica dinámica: 'el parlamento está autorizado a legislar disposiciones

²⁸ *General Theory of Law and State, cit.*, p. 122 (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, p. 144).

²⁹ *General Theory of Law and State, cit.*, p. 144 (Cfr. *Teoría General del derecho y del Estado, cit.*, p. 170. NT).

jurídicas penales' se proyecta en la disposición jurídica estática contra el robo mencionada anteriormente; así, como dentro de la disposición contra el incendio intencional: 'si el parlamento está autorizado a legislar disposiciones jurídicas penales y si el parlamento estipula la aplicación de una sanción contra las personas que intencionalmente produzcan un incendio, entonces si una persona intencionalmente inicia un incendio la sanción debe ser aplicada contra él.

Las facultades legislativas cuando aparecen en una representación estática del derecho son competencias o capacidades, *i. e.* condiciones de la sanción.³⁰ Sin embargo, Kelsen no proporciona ningún criterio para distinguir la competencia para legislar de otros tipos de competencia que no son ni delitos ni derechos subjetivos.^a Por tanto, Kelsen no proporciona, ni siquiera, una definición 'estática' de facultades legislativas.

c) *La primacía del principio estático*

La explicación proporcionada anteriormente demuestra la técnica de proyectar normas estáticas dentro de normas dinámicas y viceversa. No prueba que la proyección pueda siempre hacerse. De hecho, no es siempre posible encontrar partes de normas estáticas que correspondan a normas dinámicas. Si una norma confiere facultades legislativas, y si ningún uso se ha hecho de estas facultades, esto es, si ninguna norma ha sido creada mediante el ejercicio de estos poderes, entonces no existe contraparte en una representación estática de la disposición jurídica. Las facultades legislativas se convierten, de conformidad con el principio estático de individuación, en condiciones para la aplicación de sanciones establecidas por el uso de estas facultades. Si ninguna sanción ha sido establecida, entonces las facultades legislativas no existen, en lo que al principio estático se refiere.

Esto significa que los principios dinámico y estático de individuación se aplican a diferentes materiales jurídicos. El principio estático considera a una ley que confiere facultades legislativas como parte del material jurídico únicamente después de que, cuando menos, una sanción haya sido establecida en virtud del uso de dicha facultad. Kelsen resuelve esta

³⁰ Cfr. Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, cit., p. 90 (Cfr. *General Theory of Law and State*, cit., pp. 105-106. NT). En *The Pure Theory of Law* (p. 146) Kelsen modificó su definición para incluir la aplicación de sanciones como [ejercicio de] competencia (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 150-151; *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 157-158. NT).

^a En el original aparece '*claim rights*'.

6. *Sobre las normas independientes*

La explicación del *status* del punto de vista dinámico, así como la comparación entre los principios de individuación de Bentham y de Kelsen³⁵ ilustra la interdependencia del principio de individuación y la estructura de los sistemas jurídicos. Al preferir el principio de individuación estático al dinámico, Kelsen excluye la posibilidad de una estructura interna basada en relaciones genéticas. Al rechazar el principio de Bentham, Kelsen excluye la posibilidad de relaciones punitivas internas.³⁶

La razón más decisiva para preferir un principio de individuación del cual resulta una rica variedad de relaciones internas a preferir un principio que excluye la posibilidad de relaciones internas es que únicamente dicho principio puede funcionar. Mucho de este inciso se ocupa de probar, justamente, porqué el principio de individuación de Kelsen y otros principios similares no funcionan y no pueden funcionar, porqué no pueden ser la base de una descripción completa y correcta de derecho. Sin embargo, el principio de individuación de Kelsen y otros similares tienen también que ser rechazados sobre la base de otros fundamentos.

Primeramente, el principio de Kelsen individúa disposiciones jurídicas que son muy diferentes de la imagen ordinaria de las disposiciones jurídicas. Toda disposición jurídica es una permisión, toda disposición jurídica es dirigida a funcionarios, toda disposición jurídica es una combinación de derecho constitucional, derecho procesal, así como de derecho sustantivo.³⁷ Tal concepto de disposición jurídica tiene muy poca relación con el concepto de disposición jurídica usada tanto por los legos como por los profesionales del derecho.

Puede sostenerse que explicar el derecho y explicar el concepto de derecho propio al sentido común sean dos cosas completamente diferentes. Sin embargo, dudo si los dos pueden ser completamente separados. Una adecuada explicación del derecho es el mejor punto de partida para la explicación del concepto de derecho propio al sentido común. La concepción de sentido común es esclarecida explicando su desviación del concepto teo-

³⁵ Véase *supra*: inciso e, capítulo IV.

³⁶ *I. e.* la relación entre una disposición jurídica y la disposición jurídica punitiva correspondiente. *Cfr. supra*: inciso 4, capítulo I.

³⁷ Más aún, toda disposición jurídica que crea un delito o un ilícito civil contra la propiedad contiene grandes partes de derecho real, de derecho de sociedades. El enfoque de Kelsen acarrea mucha repetición: muchas disposiciones jurídicas contienen como sus partes los mismos arreglos constitucionales, las mismas partes de derecho real y de derecho procesal. Esta repetición es una razón adicional para rechazar el principio de individuación de Kelsen. *Cfr. infra*: Capítulo VI.

rético. Este enfoque hace del concepto del sentido común un *desideratum* del concepto teórico del derecho que se aproxima al concepto de sentido común.

En segundo lugar, al decidir sobre un principio de individuación dos propósitos opuestos deben tenerse en mente y debe lograrse un apropiado equilibrio entre ellos. El primero consiste en definir unidades pequeñas y manejables del derecho, unidades que podrían ser descubiertas con referencias a porciones pequeñas, y fácilmente identificables, del material jurídico. El otro objetivo consiste en definir unidades que sean relativamente autónomas y autoexplicativas, de forma que cada una contenga una parte significativa del derecho. Naturalmente, mientras más se 'ponga' dentro de una disposición jurídica, más autónoma u autoexplicativa es. Al mismo tiempo, se vuelve más complicada y más difícil de descubrir.

El principio de individuación de Kelsen no pone ninguna atención en la necesidad de la relativa simplicidad. Garantiza el mayor grado de autosuficiencia: Todo aquello relevante para la existencia y aplicación de una disposición jurídica está contenida en ella (la especificación completa de las condiciones bajo las cuales un deber es adquirido, la especificación completa del procedimiento a través del cual es aplicado y la disposición jurídica que autoriza la creación jurídica del resto, son, todas, partes de una norma). Esto hace, por supuesto, normas complejas. Para encontrar el contenido de cualquier norma singular la totalidad del material jurídico debe ser analizado. Tales normas tienen la mayor particularidad que no existe ninguna ocasión para referirse a una norma completa. Cualquiera que sea el propósito por el cual uno pueda referirse al derecho, uno se encuentra, casi siempre, interesado en una mayor o menor parte de una norma kelseniana y, sólo muy raramente en una norma en su totalidad. Esto es una indicación clara de que la complejidad de las normas kelsenianas no sirven a ningún propósito útil, al menos a ninguno de los propósitos que deben determinar la división e individuación de las disposiciones jurídicas.

Estas consideraciones cuantitativas no son, obviamente, las únicas que determinan el principio de individuación. El principio tiene que proporcionar una clasificación y una división racionales de los sistemas jurídicos. Sin embargo, las consideraciones cuantitativas hacen mucho al explicar por qué las disposiciones jurídicas kelsenianas difieren de las disposiciones jurídicas del sentido común y por qué el punto de vista del sentido común tiene mucho que decir.

Se podría pensar que existe una buena oportunidad de superar estas

objeciones identificando una disposición jurídica no con una norma, como lo hace Kelsen, sino con una parte de una norma. Es muy difícil sopesar completamente las ventajas de tal movimiento; sin embargo, Kelsen dice relativamente poco sobre las partes de las normas y sus relaciones y, especialmente, porque no existe una clara indicación de lo que debe contar como 'una parte' de una norma. Pero, es claro que el movimiento tiene que fallar en última instancia porque su éxito depende del presupuesto de que el principio de individuación de Kelsen efectivamente permite una descripción completa, aunque no fuera apropiada, del sistema jurídico. Tres diferentes consideraciones muestran que este presupuesto es erróneo.

Ya ha sido señalado que, de acuerdo con Kelsen, no hay ninguna disposición jurídica que confiera facultades legislativas antes de que algún uso haya sido hecho de las facultades que confiere.³⁸ Éste es un fenómeno y hay muchos similares; todos ellos prueban que Kelsen no explica apropiadamente el concepto de facultades legislativas. Por las mismas razones una disposición jurídica que confiere facultades legislativas deja de existir cuando todas las disposiciones jurídicas creadas, hasta entonces, en su base, dejan de existir, aun cuando la autoridad legislativa todavía tenga la facultad de crear disposiciones jurídicas nuevas.

Una otra clase de disposiciones jurídicas que Kelsen se ve forzado a pasar por alto completamente, son las disposiciones jurídicas que derogan disposiciones jurídicas que confieren facultades legislativas. Éstas, como cualquier otra disposición jurídica derogatoria, no se encuentran representadas en una exposición sistemática del contenido de un sistema jurídico momentáneo, pero tienen efectos al eliminar de la lista de disposiciones jurídicas válidas a la disposición jurídica derogada. No es así, según la teoría de Kelsen. Imagínese que un comité especial, en ejercicio de facultades que le son conferidas por un reglamento municipal, ha ordenado a los propietarios de los departamentos en el municipio fijar una lista de sus ocupantes, con sus nombres y el número del departamento en el pórtico de sus casas, y se ha estipulado que en caso de omisión los infractores se exponen a una multa de 5 libras. Supongamos, además, que el reglamento que autorizó la orden del comité ha sido derogado, pero la orden es aún válida. De conformidad con Kelsen el reglamento fue una de las condiciones de la multa. ¿Ha dejado de ser tal condición?, omitir el reglamento de las condiciones de la multa hace necesario omitir también el acto del parlamento por el cual se autoriza la creación de reglamentos y, con él, desaparecen las disposiciones constitucionales que autorizan el acto

³⁸ *Cfr. supra*: inciso anterior.

del parlamento, creando la impresión de que estas disposiciones jurídicas han sido también derogadas. Si, por el otro lado, el reglamento derogado es aun considerado como una condición de la multa (como verdaderamente tiene que ser: la formulación de Kelsen dice únicamente ‘... si el consejo municipal ha decidido que...’, y lo ha decidido; la última cancelación no altera nada), entonces la disposición derogada no tiene ningún efecto visible. En su representación del derecho, Kelsen simplemente la pasa por alto.

Todas estas anomalías provienen del hecho de que Kelsen no hace justicia a las disposiciones jurídicas que confieren facultades legislativas. Al representarlas como condiciones de sanciones creadas sobre su base, Kelsen asume que su efecto es meramente establecer la validez de disposiciones jurídicas ya existentes; descuida el hecho de que tales disposiciones confieren facultades legislativas que no han sido aún agotadas, que disposiciones jurídicas nuevas pueden aun ser creadas sobre la base de estas facultades. Sin embargo, este aspecto hacia el futuro de estas disposiciones jurídicas es su verdadero significado jurídico: al derogar una disposición jurídica que confiere facultades legislativas las disposiciones jurídicas que han sido ya creadas sobre su base no son afectadas; el único cambio es que no puede ser usado para crear disposiciones jurídicas nuevas.

Kelsen intenta representar cada norma como regulando su propia creación. Esto obliga a llevar a consecuencias aún más paradójicas. “Si el parlamento ha decidido que los ladrones deben ser castigados y si el tribunal competente ha determinado que un cierto individuo ha robado, entonces...”³⁹ Éste es un ejemplo de Kelsen de la forma en que las disposiciones jurídicas constitucionales son incorporadas en las normas. El enunciado transcrito, sin embargo, describe únicamente la disposición constitucional, o parte de ella. Si de acuerdo con el derecho el parlamento tiene el poder de crear disposiciones jurídicas penales, entonces se sigue que si el parlamento ha decidido que los ladrones deban ser castigados y si el tribunal competente ha determinado que un cierto individuo ha robado, entonces...; justamente como se seguiría si el parlamento hubiera decidido que las personas mayores de 50 años que nunca han cometido robo deben ser castigadas, entonces... Si la norma fundamental es agregada a toda norma, cada norma comenzará con la cláusula: ‘si tal o cual han creado la primera constitución en el sentido de que...’. Toda disposición jurí-

³⁹ *General Theory of Law and State, cit.*, p. 143. (Cfr. *Teoría pura del derecho y del Estado, cit.*, p. 170. NT).

dica de este tipo se encuentra lógicamente implicada por la norma fundamental misma y no agrega nada a ella. En vez de incorporar, disposiciones jurídicas constitucionales en las normas ordinarias Kelsen ha desarrollado una descripción del derecho en que de forma inadvertida, afirma la existencia de parte de la norma fundamental o de parte de la primera constitución únicamente y descuida todo el resto del derecho. Kelsen pasa por alto el hecho de que para afirmar la existencia de una disposición jurídica penal contra el robo no es suficiente con decir 'si el parlamento ha decidido que los ladrones deban ser castigados...'; es necesario establecer que el parlamento verdaderamente ha decidido que los ladrones deban ser castigados... Pero, cuando es formulado de esta manera la norma que él señala es vista como realmente es —no una sola norma, sino un grupo de normas distintas: tal y cual tienen facultades para crearla (primera) constitución; ellos crean una disposición jurídica por la que el parlamento tiene facultad para legislar disposiciones jurídicas penales; (el parlamento crea una disposición jurídica por la que) los ladrones deben ser castigados, etcétera. El método de Kelsen de describir el derecho completamente vence su propio propósito.

Finalmente, debe observarse que Kelsen no da a su propio principio la interpretación más rigurosa. Su doctrina de que toda norma estipula una sanción ha sido interpretada anteriormente como significando que toda norma permite la aplicación de una sanción. De acuerdo con esta interpretación, un ejemplo de una norma sería: si el parlamento ha decidido que los ladrones deban ser castigados y si *A* ha sido encontrado culpable de robo y si el tribunal ha decidido que debe purgar un periodo no mayor de 5 años en prisión, entonces el oficial de policía responsable debe de ponerlo en prisión por tal periodo.

Kelsen, sin embargo, adopta una interpretación menos estricta de 'estipular una sanción' y lo toma en el sentido de significar ya sea 'permitir la aplicación de una sanción' o bien 'permitir que se permita la aplicación de una sanción'. Kelsen, por tanto, permite normas como la siguiente: si el parlamento ha decidido que los ladrones deban ser castigados y si *A* ha sido encontrado culpable de robo entonces el tribunal debe decidir que debe purgar un periodo no mayor de 5 años en prisión. El permiso dado en tal norma al tribunal no es de aplicar una sanción, sino de emitir una permisión al oficial de policía para aplicar la sanción.

Uno puede preguntarse por qué, si Kelsen permite normas que eliminan un paso de la aplicación de una sanción (una permisión para una permisión que aplique una sanción), por qué no permite normas que quiten dos o

más pasos de la aplicación de una sanción (un permiso para un permiso para aplicar una sanción, etcétera). Habiéndolo hecho así hubiera podido considerar toda disposición que confiere facultades legislativas no únicamente las disposiciones jurídicas que autorizan a los tribunales a crear disposiciones que permitan la aplicación de sanciones, como normas independientes. Las disposiciones constitucionales que autorizan al parlamento a crear disposiciones jurídicas penales pueden ser consideradas como una permisión al parlamento para que permitan a los tribunales permitir al oficial de policía aplicar sanciones.

Esta interpretación de disposiciones constitucionales puede ser aplicada también a las normas fundamentales, ciertamente la formulación de Kelsen de la norma fundamental: "los actos coactivos deben ser realizados bajo la condición y en la forma que la primera constitución histórica... prescribe",⁴⁰ soporta este enfoque. Puede ser interpretado en el sentido de que los autores de la primera constitución les es permitido permitir la aplicación de sanciones y permitir que se permita la aplicación de sanciones, etcétera.

La teoría de Kelsen de la disposición constitucional es, sin embargo, precisamente uno de los muchos signos de que él no se percata de que sigue una interpretación no rigurosa de 'prever una sanción'. Kelsen declara que la forma estándar de una disposición jurídica es 'si tal y cual condición es satisfecha, entonces tal o cual sanción debe seguir'.⁴¹ Considera que dicha norma es obedecida (o aplicada) únicamente si una sanción es ejecutada.⁴² Su explicación de la estructura y contenido de las disposiciones jurídicas y de la existencia de los sistemas jurídicos se basa completamente sobre esta posición, la cual es compatible únicamente con la interpretación estricta de 'proveer una sanción'.

Es innecesario decir que, aun si la teoría de Kelsen fuera reescrita para encajar en la interpretación no estricta, admitiendo, de esta manera la existencia de relaciones genéticas entre disposiciones jurídicas, evitaría únicamente pocas de las objeciones surgidas en éste y en el anterior inciso. Todas las disposiciones jurídicas aun de esta mejorada teoría serían (1) dirigidas únicamente a funcionarios; (2) otorgando permisiones y únicamente imponiendo deberes de forma indirecta; (3) muy complejas

⁴⁰ *The Pure Theory of Law*, cit., p. 201; (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 203-204; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 208. NT).

⁴¹ *General Theory of Law and State*, cit., p. 45. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 72).

⁴² Cfr. *General Theory of Law and State*, cit., p. 61. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 72).

para identificar y manejar; y (4) repetitivas, en el que grandes partes del derecho de familia, del derecho real, de sociedades, etcétera, son partes de un gran número de disposiciones jurídicas (de todas las disposiciones jurídicas de contratos y de todas las disposiciones jurídicas sobre responsabilidad civil, por ejemplo).