

La interpretación débil de la autoridad en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen**

The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law***

SUMARIO

Introducción. 1. Los inicios de la interpretación débil de la autoridad: la búsqueda kelseniana de la 'forma lingüística *ideal*' de la norma jurídica. 2. La interpretación débil de la autoridad. Continuación: el giro kelseniano hacia la habilitación. 3. La interpretación débil de la autoridad. Continuación: el papel de la *Stufenbaulehre*. 4. La interpretación débil de la autoridad. Continuación: la 'norma jurídica completa'. 5. Sobre la interpretación fuerte de la autoridad en la Teoría Pura de KELSEN. 6. Conclusión: reflexiones acerca de las pretensiones contrapuestas de las interpretaciones débil y fuerte de autoridad en la Teoría Pura del Derecho.

RESUMEN

Autoridad *qua* habilitación es la interpretación débil de la autoridad en los escritos de HANS KELSEN. Por un lado, esta interpretación parece no responder al problema de la autoridad como se conoce en la tradición. Por otro lado, ella se ajusta al positivismo jurídico. ¿Es KELSEN un positivista? No sin reservas. Él defiende la tesis de la normatividad junto con la tesis de la

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. STANLEY L. PAULSON es reconocido internacionalmente como una autoridad en el estudio de la filosofía del derecho europea continental del siglo XX, con especial énfasis en el trabajo de HANS KELSEN. WILLIAM GARDINER HAMMOND Professor of Law and Professor of Philosophy de la Escuela de Derecho de la Universidad de Washington en St. Louis (Estados Unidos), es Mercator-Gastprofessur en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Christian-Albrecht en Kiel (Alemania). Contacto: spaulson@law.uni-kiel.de

** Fecha de recepción junio 11 de 2012. Fecha de aceptación 15 de octubre de 2012.

*** Mi agradecimiento y gratitud a mis anfitriones, BERT VON ROERMUD y HANS LINDAHL, en la conferencia sobre KELSEN que tuvo lugar en Tilburg en diciembre de 1998. Mi agradecimiento también a NEIL MACCORMICK, cuyo cuestionamiento gentil –aunque persistente– me condujo, más temprano, a una reevaluación fundamental de la autoridad *qua* habilitación. Quisiera extender mi agradecimiento a BONNIE LITSCHIEWSKI PAULSON por sus innumerables críticas, y a BRUNO CELANO y ULISES SCHMILL por sus argumentos y cuestionamientos, los cuales me ayudaron, de diversas maneras, a clarificar algunas cuestiones fundamentales.

separación, pero es en todo caso discutible si la tesis de la normatividad obliga a una interpretación más fuerte de la autoridad que aquella modelada sobre la habilitación. En el ensayo, yo ofrezco un argumento *prima facie* en favor de una interpretación más fuerte de la autoridad en KELSEN. Argumento, sin embargo, que la evidencia textual tiene mucho peso en favor de la interpretación débil. Tanto la perspectiva estática como aquella dinámica de las normas son puntos de vista omnipresentes en la Teoría Pura del Derecho, y ambos reflejan diversas especies de habilitación como puntos conclusivos de las reconstrucciones de KELSEN.

PALABRAS CLAVE

Habilitación, normatividad, obligatoriedad, norma jurídica, sanción, estructura jerárquica, validez jurídica, norma fundamental.

ABSTRACT

Authority *qua* empowerment is the weak reading of authority in HANS KELSEN's writings. On the one hand, this reading appears to be unresponsive to the problem of authority as we know it from the tradition. On the other hand, it squares with legal positivism. *Is KELSEN a legal positivist?* Not without qualification. For he defends a normativity thesis along with the separation thesis, and it is at any rate arguable that the normativity thesis mandates a stronger reading of authority than that modelled on empowerment. I offer, in the paper, a *prima facie* case on behalf of a stronger reading of authority in KELSEN. I go on to argue, however, that the textual evidence weighs heavily in favour of the weak reading. Both nomostatics and nomodynamics are pervasive points of view in the Pure Theory of Law, and both reflect species of empowerment as the endpoint of KELSEN's reconstructions.

KEY WORDS

Empowerment, normativity, bindingness, legal norm, sanction, hierarchical structure, legal validity, basic norm.

INTRODUCCIÓN

Muchos de los escritos de HANS KELSEN¹ apoyan una interpretación débil de la autoridad, es decir, la autoridad *qua* habilitación². Desde esta perspectiva,

1 No me ocupo, sin embargo, de la interpretación débil de la autoridad en los escritos de KELSEN posteriores a 1960, en los cuales se expresa la *Spätlehre* o última etapa de su teoría jurídica. Para más detalles sobre las ramificaciones y argumentos formulados en relación al trabajo de KELSEN en esta última fase, ver: EUGENIO BULYGIN, “An Antinomy in KELSEN’s Pure Theory of Law”, en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on KELSENian Themes*, ed. STANLEY L. PAULSON y BONNIE LITSCHESKI PAULSON (Oxford: Clarendon Press, 1998), 297-315; Riccardo GUASTINI, “Normativism or the Normative Theory of Legal Science: Some Epistemological Problems”, *ibíd.*, 317-330; AMEDEO G. CONTE, “HANS KELSEN’s View in the Late Period and a Rejoinder”, *ibíd.*, 343-361. Ver también OTA WEINBERGER, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik* (Berlín: Duncker & Humblot, 1981); BRUNO CELANO, *Dover essere e intenzionalità. Una critica all’ultimo KELSEN* (Turín: G. Giappichelli Editore, 1990).

2 N. del trad.: Un extenso *corpus* de escritos atestigua el uso por parte de KELSEN o bien de la voz germánica ‘*Ermächtigung*’ (ver, p. ej., HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (Wien: FRANZ DEUTICKE, 1960), § 4(d) (15-16), § 6(e) (57-59), § 30(a) (150-151), § 30(c) (156), *et passim*), o bien de su contraparte homóloga inglesa ‘*authorization*’ (ver, p. ej., HANS KELSEN, *General Theory of Law and State*, 2ª impr. (New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 2007, 113). El autor de este ensayo ha preferido el uso de la traducción de la voz germánica descrita al inglés, que corresponde al término ‘*empowerment*’. Para efectos de esta traducción al castellano se ha preferido la palabra ‘habilitación’ sobre otros usos, por las siguientes razones: primera, la voz germánica ‘*Ermächtigung*’ tiene dos contrapartes homólogas en lengua inglesa, que tienen sin embargo un diverso origen latino. Estas voces son ‘*empowerment*’ y ‘*authorization*’. ‘*Empowerment*’ es una sustantivación (en adelante sust.) del infinitivo (en adelante inf.) ‘*to empower*’ –*to give power to*– formado a partir de ‘*em*’-‘*power*’. ‘*Em*’, derivación de ‘*en*’, que corresponde al prefijo latino (en adelante lat.) ‘*in*’. ‘*Power*’ –sust. inf. ‘*to be able*’– que proviene del anglofrancés (en adelante an.) ‘*pouoir*’, ‘*poer*’; sust. lat. ‘*pote est*’ (inf. lat. ‘*posse*’). ‘*Authorization*’, sust. inf. ‘*to authorize*’ –*to give authority for*– an. ‘*autoriser*’; lat. ‘*auctor*’. (*The Oxford Dictionary of English Etymology*, ed. C.T. Onions (Oxford: Clarendon, 1996), 63, 307, 311, 702. *An Etymological Dictionary of the English Language* (Oxford: Clarendon, 1888, 189). El autor de este ensayo ha preferido el uso de la expresión inglesa ‘*empowerment*’ sobre el uso de la voz ‘*authorization*’. Segunda, si bien la terminología que se refiere al fenómeno es variada (ver ROBERT ALEXY, “Alf ROSS’ Begriff der Kompetenz”, en *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert: 15. Mai 1954 bis 21. März 2006*, 2008, 43. Versión en castellano *Revista DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, en imprenta), en relación al mismo es corriente el uso de la palabra ‘competencia’ en su sentido jurídico (en inglés son usuales las expresiones ‘*power*’, ‘*competence*’) –así también KELSEN mismo en relación a la voz homóloga germánica (ver, p. ej., HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (Wien: FRANZ DEUTICKE, 1960), § 30(b) (152-154), § 33(a) 173, § 34(a), 197. HANS KELSEN, “Recht und Kompetenz: Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles”, en HANS KELSEN, *Auseinandersetzen zur Reinen Rechtslehre*, ed. KURT RINGHOFER and ROBERT WALTER (Wien: Springer, 1987, 75)–. No obstante, el autor de este ensayo, se repite, ha preferido el uso de la expresión ‘*empowerment*’. Tercera, expresiones usadas para referirse al fenómeno en traducciones al castellano anteriores, tales como ‘*facultamiento*’ (ver, p. ej., ROBERT WALTER, “Origen y desarrollo del concepto de norma fundamental”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 244 (2005), 285-301, 298) parecen demasiado forzadas en el castellano usual. De manera específica, este término no se encuentra registrado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (*Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22ª ed. [Madrid: Real Academia de la Lengua Española, 2001], versión online: www.rae.es). Cuarta, KELSEN define el término ‘*Ermächtigung*’ como: “*die*

autoridad es simplemente un órgano jurídico –un órgano habilitado para emitir tal o cual especie de norma jurídica–. De esta forma, el concepto de autoridad y el de una autoridad vienen a ser el mismo. En la primera edición de *Reine Rechtslehre* (1934), KELSEN entiende la “autoridad emisora de normas” (*die normsetzende Autorität*)³ como un creador de derecho, como un órgano jurídico habilitado para crear derecho. De manera similar, en la segunda edición de *Reine Rechtslehre* (1960), KELSEN usa ‘autoridad’ en la sección dedicada a la *Stufenbaulehre* o doctrina de la estructura jerárquica, para referirse al órgano jurídico en relación con su capacidad como creador de derecho⁴. Es más, él aclara que donde se encuentre una cadena jerárquicamente ordenada de autoridades jurídicas u órganos jurídicos junto a una cadena jerárquicamente ordenada de normas que otorgan poder, los órganos jurídicos son ordenados por aquellas normas:

Solo una autoridad [*Autorität*] competente puede dictar normas válidas, y tal competencia solo puede estar basada en una norma que habilite a imponer normas⁵.

Fähigkeit, durch ein bestimmtes Verhalten gewisse Rechtswirkungen zu erzielen” (HANS KELSEN, “Recht und Kompetenz: Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles”, en HANS KELSEN, *Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre*, ed. KURT RINGHOFER and ROBERT WALTER [Wien: Springer, 1987, 72] [énfasis mío]). Es decir, como PAULSON resalta a través del uso terminológico de la voz inglesa escogida para este ensayo, KELSEN no se refiere al concepto general de facultad jurídica (*‘legal ability’*) sino a uno especial (*‘empowerment’*). De ahí que parezca inapropiado, en este contexto, el uso de la palabra ‘facultad’ como traducción al castellano de la voz inglesa *‘empowerment’* (ver, p. ej., STANLEY L. PAULSON, “La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica”, en *La Teoría del Derecho de HANS KELSEN*, ed. LAURA CLÉRICO y JAN SIECKMANN [Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, 11-44]). Quinta, como se puede advertir a partir del análisis etimológico del término, *‘empowerment’* es más cercano en castellano a la sustantivación del verbo ‘habilitar’ que a aquella del verbo ‘autorizar’, en la medida en que el primero ha sido definido como “hacer a alguien o algo hábil, apto o capaz para una cosa determinada”, y el segundo como “dar o reconocer a alguien la facultad o el derecho para hacer algo” (*Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22ª ed. [Madrid: Real Academia de la Lengua Española, 2001], versión online: www.rae.es). Sexta, existen usos homólogos de la voz castellana ‘habilitación’ en el contexto jurídico de otras lenguas romances tales como el francés (ver GUILLAUME TOUSSEAU, *Normes d’habilitation* [París: Dalloz, 2006]).

3 HANS KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (en adelante citado como: *Legal Theory*), trad. BONNIE LITSCHIEWSKI PAULSON y STANLEY L. PAULSON (Oxford: Clarendon Press, 1992), § 13(27); este trabajo es una traducción de la primera edición de *Reine Rechtslehre* de KELSEN (Leipzig y Wien: Deuticke, 1934). En castellano: HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960, de la ed. en francés *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit* (Neuchâtel: Éditions de la Baconnière, 1953).

4 Ver HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (Wien: FRANZ DEUTICKE, 1960), § 34 (a)-(d) (197-208). En castellano: HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, 16ª ed. (México: Porrúa, 2009).

5 *Ibid.*, § 34 (a) (197).

Por lo tanto, hablar de autoridad comprende, no solo una autoridad, un órgano jurídico, sino a su vez, una norma que otorga poder, la cual ha conferido poder al órgano jurídico⁶.

Solamente en una sección de la segunda edición de *Reine Rechtslehre*, hasta donde yo puedo avisorar, KELSEN usa 'autoridad' en una forma que sugiere una lectura más amplia y rica:

La suposición de que la doctrina del derecho natural pudiera dar respuesta incondicionada a la pregunta por el fundamento de validez del derecho positivo reposa en un error. Semejante doctrina ve el fundamento de validez del derecho positivo en el derecho natural, es decir, en un orden *instaurado por la autoridad natural* qua *suprema*, puesta por encima del legislador humano⁷.

En este punto KELSEN se inclina hacia una interpretación fuerte de la autoridad, aunque con referencia a una teoría que rechaza⁸.

¿La interpretación débil de la autoridad de KELSEN trata el problema de la autoridad como lo conocemos conforme a la tradición política y a la tradición jurídico filosófica? La respuesta, pienso, es claramente negativa. En la tradición, la idea de autoridad implica que las órdenes de quien la ostenta *obligan* a quienes sean sus destinatarios, *en virtud de* la parte dominante de la autoridad. En una obra de referencia sobre teoría política se lee que cuando la autoridad *A* emite la regla cuya aplicación tiene efecto sobre *B*, entonces *B* está obligado en circunstancias adecuadas a obedecer la regla, y esto en virtud de la autoridad de *A*⁹. JOSEPH RAZ, el filósofo jurídico más importante de nuestro tiempo, ha escrito sobre el concepto de autoridad defendiendo una variación sobre el mismo tema¹⁰: si una autoridad política *A* tiene autoridad

6 Ver *ibíd.*, § 6(e) (57, 58), § 28(b) (123-124), § 29(d) (139), § 30(a), (c) (150, 156), *et passim*.

7 *Ibíd.*, § 34 (j) (227) (énfasis mío).

8 Ver también, en este género, HANS KELSEN, "The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *Western Political Quarterly*, 2 (1949), 481-513, 484 *et passim*, repr. en HANS KELSEN, *What Is Justice?* (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1957), 137-173, 384-388 (notas al pie), 140 *et passim*. (En castellano: HANS KELSEN, ¿Qué es justicia? [Barcelona: Ariel, 1992]; HANS KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado* [México, D.F.: Imprenta Universitaria, 1ª impr. 1949, 5ª reimpr. 1995]). Con certeza, en un trabajo anterior KELSEN parece estar hablando de la autoridad en un lenguaje que sugiere una interpretación fuerte: ver HANS KELSEN, *General Theory of Law and State* (Cambridge, MA: Harvard U.P., 1945), 383. Y en una formulación de la norma fundamental parece hablar directamente de una interpretación fuerte: ver n. 111 siguiente. Me dedico a este tema en la sección 5 a continuación.

9 KENNETH MINOGUE, "Authority", en *The Blackwell Encyclopaedia of Political Institutions*, ed. Vernon Bogdanor (Oxford: Basil Blackwell, 1987), 34-36, 34.

10 JOSEPH RAZ, "Authority and Justification", *Philosophy and Public Affairs*, 14 (1985), 3-29, 5, repr. en *Authority*, ed. RAZ (Oxford: Basil Blackwell, 1990), 115-141, 117. Ver también JOSEPH RAZ, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986), 38-69.

legítima¹¹, entonces la pretensión de que los habitantes del territorio están obligados a obedecer a A está justificada.

Este breve vistazo a la autoridad, tal como se entiende en la tradición, sugiere que algo está errado en la interpretación débil de la autoridad que se encuentra en KELSEN. El punto es sencillo. Si se da por sentado que el significado normativo de la autoridad se conecta con la idea de obligatoriedad, es decir, con la idea según la cual los sujetos a A están obligados a obedecer a A, en virtud de la autoridad de A, entonces la interpretación débil de autoridad en el trabajo de KELSEN falla en la apreciación de la cuestión. Pues, como GUSTAV RADBRUCH en una ocasión afirmó, “poder [...] implica tan solo [...] un ‘poder’, en el mejor de los casos una posición para suscitar un ‘tener que’ por parte del destinatario, pero no un ‘deber’”¹². Cuando una autoridad ha sido facultada para imponer una sanción, puede ser provocado el ‘tener que’, del cual habla RADBRUCH, pero en ningún caso dicha habilitación da lugar a un ‘deber’. Este es entonces un primer punto: autoridad *qua* habilitación, la interpretación débil de la autoridad en los escritos de KELSEN parece no responder al problema de la autoridad tal y como lo conocemos en la tradición.

Puedo ir aún más lejos. Algunos argüirán, en efecto, que la interpretación débil de la autoridad falla en capturar los motivos fundamentales de la teoría jurídica de KELSEN, que son, por la misma razón, fundamentales dado el profundo desafío de esta teoría a la tradición jurídico filosófica¹³, y finalmente, que son fundamentales en la teoría normativa de la autoridad jurídica al vincular a esta con la obligatoriedad, como algunos han encontrado en su trabajo¹⁴. Con todo esto en mente, el primer punto que la interpretación débil

11 Según la interpretación de RAZ, la ‘autoridad legítima’ es normativa, fundada en la justificación, y por consiguiente, es claramente distinguible de la perspectiva asociada de manera más prominente a MAX WEBER, según la cual autoridad legítima significa que la autoridad en cuestión es *creída* para ser legítima. Ver MAX WEBER, *The Theory of Social and Economic Organization*, trans. A. M. ANDERSON and TALCOTT PARSONS (New York: Oxford University Press, 1947), 324-363, esp. 328. En castellano: MAX WEBER “Teoría de la organización social y económica”, en *Economía y Sociedad*, T. 1 (México: Fondo de Cultura Económica, 1944).

12 GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, ed. RALF DREIER y STANLEY L. PAULSON (Heidelberg: C.F. MÜLLER, 1999), §10 (p 80). (El tratado de RADBRUCH fue publicado por primera vez en 1932.) *Strictu sensu* RADBRUCH se refiere al poder político, pero su opinión es aplicable de la misma manera a la habilitación jurídica. En castellano: GUSTAV RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, 4ª impr. (Granada: Editorial Comares S.L., 1999).

13 Sobre el desafío de KELSEN ver mi ensayo “The Neo-Kantian Dimension of KELSEN’s Pure Theory of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 12 (1992), 311-332, 313-322.

14 Ver, especialmente, JOSEPH RAZ, “KELSEN’s Theory of the Basic Norm”, en *Normativity and Norms* (n. 1 anterior), 47-67; RAZ, “The Purity of the Pure Theory”, *ibíd.*, 237-252; CARLOS SANTIAGO NINO, “Some Confusions Surrounding KELSEN’s Concept of Validity”, *ibíd.*, 253-261. En relación con críticas a esta perspectiva ver ALF ROSS, “Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law”, *ibíd.*, 147-163, 159-161. En castellano: ALF ROSS, “Validez y el conflicto entre positivismo jurídico y derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, 4ª impr. (México: Fontamara, 2006); Bulygin, “An Antinomy in KELSEN’s Pure Theory of Law” (n. 1 anterior).

de la autoridad no aclara es el problema de la autoridad tal como ha llegado a nosotros conforme a la tradición, y se podría agregar: como resultado de la propia teoría jurídica kelseniana, la interpretación débil es incluso engañosa.

¿Lo es? Un segundo punto, muy diferente del primero, es este. Existe un apoyo masivo en los escritos de KELSEN a la interpretación, que yo he llamado, débil. Por ejemplo, en muchas ocasiones en esta teoría él ofrece explicaciones de *Sollen* o ‘deber’ dentro del marco de estudio de los funcionarios judiciales, y no dentro del marco de estudio de los sujetos de derecho, y estas explicaciones se vinculan con la habilitación más que con las categorías deónticas estándar de obligación y permisión. De manera más general, si se entiende la interpretación débil de autoridad como una reflexión de la reconstrucción kelseniana del “derecho en su sentido objetivo”¹⁵, es decir, su esfuerzo por eliminar el derecho ideológicamente contaminado “en el sentido subjetivo” en favor de su contraparte ‘objetiva’, entonces el soporte textual en favor de la interpretación débil de la autoridad es, como argumentaré, poco menos que abrumadora.

En este punto no exagero. Los *dos puntos de vista* importantes en la teoría jurídica de KELSEN, el estático y el dinámico¹⁶, recalcan el punto. El primero

15 Ver KELSEN, *Legal Theory* (n. 3 anterior), §§ 19-20 (38-40), se cita a continuación (del § 20), ver texto en la n. 84; KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), en el § 29 (a)-(f) (130-149), § 33(a)-(g) (172-195). En relación con toda afirmación anterior sobre el tema ver HANS KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (en adelante: *Hauptprobleme*) (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1991), 2ª impr. con nuevo “Prefacio” (1923), 97-106, 237, 311-312, 567-584, 618-663, *et passim*, citado (de la p. 237) a continuación, ver el texto en la n. 28; y ver KELSEN, “Prefacio” a la 2ª impr. de *Main Problems in the Theory of Public Law*, trad. de *Hauptprobleme*, en *Normativity and Norms* (n. 1 anterior), 3-22, en el § II (6-7).

16 KELSEN primero introduce estos puntos de vista en *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: Springer, 1925): ver el Libro II, 93, titulado “La validez del sistema jurídico estatal (estática jurídica)”, y el Libro III, 227, “La creación del sistema jurídico estatal (dinámica jurídica)”, y ver en general en 93-225, 227-371. En castellano: HANS KELSEN, *Teoría General del Estado* (Barcelona: Editorial Labor S.A., 1934). Afirmaciones posteriores sobre los puntos de vista dinámico y estático incluyen KELSEN, *General Theory of Law and State* (n. 8 anterior), 3-109, 110-162, de manera respectiva; ver también el texto en las notas al pie 68-70 a continuación, y KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), 114-195, 196-282 respectivamente. Las denominaciones ‘nomoestática’ y ‘nomodinámica’ provienen de *General Theory of Law and State* de KELSEN (n. 8 anterior), 3-110. Vale la pena señalar también que, no obstante, puntos de vista (*Betrachtungsweisen, Gesichtspunkte*) diversos a aquellos de la nomoestática y la nomodinámica, son ya evidentes en el temprano trabajo de KELSEN *Hauptprobleme* (n. 15 arriba), ver 4-8 *et passim*. En este trabajo, KELSEN reconoce su deuda con la distinción de WILHELM WINDELBAND entre naturaleza y norma, y con la distinción entre el punto de vista ‘explicativo’ y el punto de vista ‘normativo’ de WINDELBAND (y WILHELM WUNDT). Aplicadas al derecho, estas distinciones marcan los comienzos del normativismo de KELSEN. Desde una perspectiva muy general, ellas marcan también la supervivencia de la distinción entre la razón teórica y la razón práctica, familiar a KANT. En este punto, si bien no en su esbozo de un argumento trascendental dirigido a la ciencia jurídica, el trabajo de KELSEN refleja aspectos de KANT que van más allá de la Analítica Transcendental de la *Crítica de la Razón Pura*, respecto de los cuales, sin embargo, el propio KELSEN rechaza enfáticamente cualquier influencia. Sobre este punto, ver HANS KELSEN, *Philosophical*

se centra en el proceso remedial, el último en el proceso de elaboración del derecho. El primero se refleja en la norma sancionatoria, el último en la habilitación para emitir normas. Los dos puntos de vista, que cubren la mayor parte de las materias tratadas en los principales tratados kelsenianos¹⁷, reflejan a la vez el ambicioso programa reconstructivo de KELSEN, la reafirmación de la totalidad del derecho en su sentido objetivo. Finalmente, ambas perspectivas, aquella estática y aquella dinámica, hacen parte de la interpretación débil de la autoridad¹⁸.

¿Por qué este modo de proceder por parte de KELSEN?, ¿por qué este énfasis extraordinario en la interpretación débil –autoridad *qua* habilitación– proviene de alguien que caracteriza la validez jurídica en términos de ‘obligatoriedad’ o ‘fuerza obligatoria’ *en relación con* el sujeto de derecho¹⁹, y de quien, de manera más general, es celebrado como el campeón del normativismo en la teoría jurídica?²⁰. Aunque no estoy aún en posición de proveer respuestas

Foundations of Natural Law Theory and Legal Positivism (1928), traducido por WOLFGANG H. KRAUS como un apéndice a KELSEN, *General Theory of Law and State* (n. 8 anterior), 389-446, § 40 (444-445) (ha sido cambiada la traducción del título de este trabajo).

17 Ver n. 16 anterior.

18 Es bien conocido que KELSEN usa también el término ‘estático’ en otro contexto; a saber, con el objeto de representar un orden moral, cuya norma fundamental debe ser entendida desde el punto de vista de su contenido moral (todo esto en aras de contrastar el sistema jurídico ‘dinámico’ y su norma fundamental). Ver KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), § 34(b) (198-200). El hecho es que, sin embargo, la interpretación dominante de ‘estático’ en la teoría jurídica de KELSEN es, como sugiero en el texto, *como* punto de vista, nomoestática.

19 Ver texto n. 97, 100-101, 104, a continuación.

20 Con certeza, la cuestión acerca del normativismo en la teoría jurídica de KELSEN es una forma de plantear la pregunta, específicamente, acerca del carácter de la teoría de KELSEN. Para una exposición admirablemente clara, ver GUASTINI, “Normativism or the Normative Theory of Legal Science: Some Epistemological Problems” (n. 1 anterior). Contrastar la teoría normativa atribuida a KELSEN por RAZ, “KELSEN’s Theory of the Basic Norm” (n. 14 anterior); RAZ, “The Purity of the Pure Theory” (n. 14 anterior); y por NINO, “Some Confusions Surrounding KELSEN’s Concept of Validity” (n. 14 anterior). El normativismo de la interpretación de GUASTINI y la teoría normativa que surge de las interpretaciones de RAZ y NINO representan distintas interpretaciones de la Teoría Pura del Derecho de KELSEN. El *normativismo* se distingue, sobre todo, por su programa no reductivo. De este modo, las normas son entendidas “como entidades peculiares que habitan el mundo del *Sollen*, el reino del ‘deber ser’”, y, continúa GUASTINI, tal reino “es concebido como un mundo en sí mismo, dotado de una existencia independiente –una suerte de ‘tercer mundo’ en el sentido introducido por KARL POPPER–”. GUASTINI (n. 1 anterior), 318. El ‘tercer mundo’ de POPPER, en *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach* (Oxford: Clarendon Press, 1972), ch. 4 (en castellano: KARL POPPER, *Conocimiento objetivo: un enfoque evolucionista* [Madrid: Editorial Tecnos, 2005]), tiene antecedentes en el trabajo de pensadores en los que KELSEN se inspiró en un momento u otro de su trabajo. Ver e.g. HEINRICH RICKERT, *System der Philosophie*, Pt. I: *Allgemeine Grundlegung der Philosophie* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1921), 264.

La teoría *normativa* atribuida a KELSEN por RAZ y NINO se enfoca en otro aspecto. En nombre de la ‘normatividad justificada’ RAZ entiende una teoría en la cual se “afirma[ba] que un sistema jurídico puede ser considerado como normativo solo por aquellos que lo consideran justo y que aprueban sus normas al aceptarlas como parte de sus propios puntos de vista morales” (n. 14 anterior, 58). RAZ introduce entonces el argumento del ‘hombre de derecho’ con el objeto de

completamente satisfactorias, ofrezco algunas reflexiones sobre este rompecabezas en mis observaciones finales.

En las secciones centrales del ensayo presento una lectura de la interpretación débil de la autoridad. Este aspecto del trabajo de KELSEN es sustancial, en particular, en relación con el concepto de habilitación, y en general, con respecto a la naturaleza del sistema jurídico. El mismo es importante también, como sugeriré más adelante, en relación con las preguntas que plantea con respecto al carácter de la teoría jurídica kelseniana. La sección primera está dedicada a los esfuerzos de KELSEN por arribar a la “forma lingüística *ideal*” de la norma jurídica; en su larga trayectoria con este problema, un problema del todo familiar a la teoría jurídica continental²¹, KELSEN defiende la idea de que la norma jurídica primaria es la norma sancionatoria, entendida como un mandato hipotéticamente formulado. Más tarde, él revisa esta perspectiva –este será el tema central de la sección segunda– y llega a la conclusión de que la norma jurídica primaria es una norma sancionatoria *qua* habilitación formulada de manera hipotética. Además, KELSEN adopta la *Stufenbaulehre* de ADOLF JULIUS MERKL o doctrina de la estructura jerárquica, adquiriendo con ello la maquinaria conceptual necesaria para plantear una segunda especie de norma que concede poder, dirigida a la emisión de normas o creación de derecho. Yo abordo este punto en la sección tercera. Más tarde, en nombre de una, así llamada, ‘norma jurídica completa’ –tema que trato en la sección cuarta– KELSEN aproxima los dos tipos de habilitación²², introduciendo una

explicar la forma particular que la normatividad justificada toma en la teoría de KELSEN. RAZ ha sido criticado por algunos comentaristas por llevar las cosas demasiado lejos. Su evidente pregunta retórica: ¿cómo es posible alcanzar sobre la tierra la ‘normatividad justificada’ de KELSEN?, puede ser, pienso, sin embargo replicada por RAZ. Él puede preguntar acerca de cuál es el *objeto* del normativismo si no se da el siguiente paso, es decir, convertirlo en una teoría normativa. Y siguiendo ‘la regla de no contradicción’ de la interpretación, RAZ da este paso siguiente.

21 Y no solo a ella. Ver e.g. THOMAS HOBBS, *De Cive* (1642), en HOBBS, *Man and Citizen*, ed. BERNARD GERT (Garden City, New York: Anchor, 1872), cap. 14, §§ 7, 23 (en castellano: THOMAS HOBBS, *De Cive: Elementos filosóficos sobre el ciudadano* [Madrid: Alianza Editorial, 2000]); JEREMY BENTHAM, *Of Laws in General* (manuscrito que se remonta a finales del siglo XVIII), ed. H.L.A. HART (London: Athlone Press, 1970), esp. cap. 10 (93-132). Sobre la posición de BENTHAM ver los ensayos de HART “Bentham’s *Of Laws in General*” y “Legal Rights”, en H.L.A. HART, *Essays on BENTHAM* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 105-126, 162-193. Ver también WESLEY NEWCOMB HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions*, ed. WALTER WHEELER COOK (New Haven: Yale U.P., 1919) (en castellano: WESLEY NEWCOMB HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, 3ª impresión [México: Fontamara, 1995]); H.L.A. HART, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), 2ª ed., con Epílogo, ed. PENELOPE BULLOCH y JOSEPH RAZ (1994), cap. 3-6 (en castellano: H.L.A. HART, *El concepto del derecho*, 2ª impr. [Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007]).

22 Las normas complementarias que conceden poder en el trabajo de KELSEN no han sido bien entendidas. Por ejemplo, OTA WEINBERGER sugiere en un ensayo de 1975 que KELSEN considera la “habilitación [como] una forma especial de operador deóntico” junto con otras modalidades deónticas. Ver WEINBERGER, “Die Struktur der rechtlichen Normenordnung”, en *Rechtstheorie und Rechtsinformatik*, ed. Günther Winkler (Wien: Springer, 1975), 110-132, 120. Es correcto

perspectiva *ex ante* con el objeto de plantear una función creadora de derecho y una perspectiva *ex post* con el objeto de plantear una función remedial o de imposición de sanciones.

En la sección quinta de este ensayo abordo el estudio de una versión fuerte de la autoridad en el trabajo kelseniano. Aquí, uno de los puntos focales de estudio es el tema de la obligatoridad, una noción clave en la interpretación fuerte atribuible a KELSEN. Los otros puntos focales que yo considero son la tesis semántica no reductiva, la resolución de los conflictos de normas y una formulación de la norma fundamental de KELSEN que parece aproximar elementos de las interpretaciones débil y fuerte de autoridad. En la corta sección conclusiva presento algunas reflexiones en torno a las críticas contrapuestas a las versiones débil y fuerte de autoridad en la teoría jurídica de KELSEN.

Propongo una tesis primaria, para la cual aduzco argumentos y proveo soporte textual, y una tesis secundaria, de carácter más especulativo. Mi tesis primaria, la cual depende de la interpretación débil de autoridad, es que los desarrollos, reunidos bajo la rúbrica de la interpretación débil, dan lugar a normas complementarias que otorgan poder, y que estas dos construcciones juntas representan la respuesta de KELSEN a la cuestión de la forma lingüística ideal de la norma jurídica. Mi segunda tesis, simplemente esbozada en el texto presente, es que *ambas* interpretaciones de la autoridad, la débil y la fuerte, son plausibles como aspectos del trabajo de KELSEN. Por cierto, dichas interpretaciones no armonizan completamente entre sí. El hecho de que ambas lecturas se encuentren en los escritos de KELSEN refleja, pienso yo, una profunda ambivalencia por parte suya. Por último, aunque la interpretación débil goza de un mayor soporte textual que la fuerte, esta última, desde el punto de vista filosófico, tiene un mayor significado que aquella.

entenderlas en relación a normas jurídicas dependientes o ‘funciones normativas’ (ver n. 58 a continuación). No obstante, las denominadas normas jurídicas dependientes no reflejan la estructura subyacente unitaria de norma de la cual hablo yo en este punto. Me adelanto a añadir que WEINBERGER ha desarrollado un enfoque altamente sugerente en relación al concepto de habilitación en otra parte de su trabajo. Ver *e.g.* OTA WEINBERGER, *Norm and Institution* (Wien: Manz, 1988), 91-93 *et passim*; ver también PETER KOLLER, *Theorie des Rechts*, 2ª ed. (Wien: Böhlau, 1997), 87-89. Ver también las perspectivas de Ulises Schmill, “The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts”, *Law and Philosophy*, 19, 2 (2000), 283-310, y de MICHAEL BAURMANN, *Der Markt der Tugend* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1996), 53-90. La obra de mayor alcance en esta área fue escrita por DICK W.P. RUITER, *Institutional Legal Facts. Legal Powers and Their Effects* (Dordrecht: Kluwer, 1993); para una corta exposición, ver RUITER, “Legal Powers”, en *Normativity and Norms* (n. 1 anterior), 471-491.

1. LOS INICIOS DE LA INTERPRETACIÓN DÉBIL DE LA AUTORIDAD: LA BÚSQUEDA KELSENIANA DE LA ‘FORMA LINGÜÍSTICA IDEAL’ DE LA NORMA JURÍDICA

Constructivismo. En la moderna ciencia jurídica germana, que fue formada en gran parte a partir de la influencia del pandectismo decimonónico, ‘construcción’ representa o bien el proceso o bien el producto de la formación de conceptos. El trabajo analítico kelseniano en su tratado fundamental *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) es una reflexión acerca del constructivismo en la moderna ciencia jurídica germana²³. Conforme a esta perspectiva, KELSEN entiende claramente al sujeto criminal responsable como “una construcción desde un punto de *vista* específicamente *normativo*”²⁴. Y en el curso de su importante discusión acerca de la idea central de la imputación, KELSEN sugiere que el “punto final” o referencia última de la misma “sirve como una construcción”²⁵. En el mismo sentido, KELSEN nota que “un concepto ‘construido’”, en virtud del cual un punto de vista normativo sustituye la desatinada noción de voluntad en su sentido “psíquico”, es una herramienta conceptual, no una ficción²⁶. Como él sostiene, el concepto de estado volitivo no tiene “nada que ver con un hecho psicológico de la voluntad”, más bien, debe ser “exclusivamente visto como el producto de una construcción jurídica, específicamente, una construcción creada para efectos de la imputación”²⁷.

De manera similar, la cuestión de la “forma lingüística *ideal*” de la norma jurídica plantea también un problema de construcción. De hecho, el esfuerzo de KELSEN por construir la forma lingüística ideal de la norma jurídica, que es un esfuerzo por arribar a una adecuada formulación de la norma, es un leitmotiv de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Como su título lo indica, el tratado kelseniano es un estudio de los “principales problemas en la teoría del derecho público”, problemas que son –así su subtítulo: *entwickelt*

23 Ver KELSEN, *Hauptprobleme* (n. 15 anterior), 142, 145, 181-184, 226, 237, 249, 253, 335, 341, 343, 497-498 *et passim*; ver también HANS KELSEN, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1911), 5ª impr. en *Die Wiener rechtstheoretische Schule* (en adelante: *Wiener Schule*), 2 vols., ed. HANS Klecatsky et al. (Wien: Europa Verlag, 1968), vol. I, 3-36, 5. Para una exposición general sobre el constructivismo de KELSEN, ver STANLEY L. PAULSON, “HANS KELSEN’S Earliest Legal Theory: Critical Constructivism”, en *Normativity and Norms* (n. 1 anterior), 23-43. Sobre el constructivismo decimonónico en el derecho público desde una perspectiva general, ver Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3 vols. (München: Beck, 1988-99), vol. II (1992), 330-338 *et passim*; Walter Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1993), 92-167 *et passim*; Christoph Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat* (Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1997, 21-182.

24 KELSEN, *Hauptprobleme* (n. 15 anterior), 142 (énfasis de KELSEN).

25 *Ibid.*, 145 (el énfasis de KELSEN ha sido omitido).

26 *Ibid.*, 181.

27 *Ibid.*, 184.

aus der Lehre vom Rechtssatze— “desarrollados a partir de la doctrina de la norma jurídica”. KELSEN expresa el problema de la forma lingüística ideal de la norma jurídica *qua* problema de construcción de la siguiente manera:

La cuestión de si la norma jurídica debe ser entendida como un juicio imperativo o como uno hipotético es la cuestión de la forma lingüística ideal de la norma jurídica o, de hecho, la cuestión de la esencia del derecho objetivo. La formulación práctica usada en los sistemas jurídicos concretos es irrelevante para la solución del problema. La norma jurídica (en su forma ideal) debe ser construida a partir del contenido de las leyes, pero los componentes necesarios para esta construcción no están a menudo presentes en una y la misma ley, sino que deben ser formados a partir de diversas leyes²⁸.

Esta afirmación programática subraya el interés de KELSEN desde el principio en una reglamentación de la norma jurídica. Este es un asunto, según su perspectiva, que implica imponer una cierta estructura a la norma jurídica —‘estructura’, por su parte, que al ser la forma abreviada de la formulación normativa sería la “forma lingüística *ideal* de la norma jurídica”—. Es más, KELSEN en el texto citado *identifica* la tarea de lograr la forma lingüística ideal de la norma jurídica con su programa reconstructivo general, que reafirma el derecho en su sentido objetivo²⁹. Dado que este último proyecto fue una parte fundamental de la empresa kelseniana desde el principio, el rol jugado en esta teoría por la búsqueda de la forma lingüística ideal de la norma jurídica tiene que ser también fundamental.

A pesar de la ambigüedad entre ‘norma jurídica’ y ‘formulación jurídica de norma’ en algunas de las afirmaciones de KELSEN alrededor del problema³⁰, las líneas generales de sus esfuerzos por arribar a la forma lingüística ideal de la norma jurídica son bastante claras, llegando a ser registrado este esfuerzo en *General Theory of Norms* en su fase tardía y escéptica³¹.

28 *Ibid.*, 237 (énfasis de KELSEN). Otra forma de formular la cuestión de KELSEN en este caso es en términos del problema de la individuación de la norma, y KELSEN de hecho ofrece algunos indicios sobre este problema en las últimas dos frases del pasaje citado. Sobre la individuación de la norma ver JEREMY BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. J.H. BURNS and H.L.A. HART (London: Athlone Press, 1970), 301; JOSEPH RAZ, *The Concept of a Legal System*, 2ª ed. (Oxford: Clarendon Press, 1980), 70-92, 140-147 (en castellano: JOSEPH RAZ, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico* [México: UNAM, 1986]). Sobre ‘juicio’, tal como KELSEN lo usa aquí, ver STANLEY L. PAULSON, “Arriving at a Defensible Periodization of HANS KELSEN’s Legal Theory”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 19 (1999), 351-364, 355-360.

29 Ver referencias en n. 15 anterior.

30 En las n. 44-45 a continuación, yo trato brevemente la ambigüedad.

31 Ver HANS KELSEN, *General Theory of Norms*, trad. MICHAEL HARTNEY (Oxford: Clarendon Press, 1991), caps. 32-41 (133-165), cap. 50 (189-193), caps. 7-60 (211-267), *et passim*. En castellano: HANS KELSEN, *Teoría general de las normas* (México: Trillas, 1994).

No obstante, un malentendido debe ser aclarado. A menudo se ha asumido que algunas de las más importantes inquietudes de KELSEN en torno a la ‘forma lógica’³² subyacen por sí mismas a sus esfuerzos en nombre del constructivismo. No obstante su popularidad, esta opinión carece de fundamento³³. El estándar de KELSEN para lo que puede llamarse como una construcción ‘ideal’ proviene de su objetivo principal, el cual es el de establecer una clara línea divisoria entre el derecho y la moral³⁴, en orden a introducir un mínimo de claridad a la ciencia jurídica. De forma similar a lo expuesto por JEREMY BENTHAM y John Austin cien años antes, KELSEN considera poco menos que escandaloso que la ciencia jurídica contemporánea no esté en condiciones de responder a la más fundamental de las distinciones³⁵.

‘El doble efecto’ y la cuestión de una formulación normativa adecuada. La perspectiva kelseniana según la cual la forma específica de la norma jurídica puede servir para distinguirla de las normas morales aclara de manera evidente que el imperativo no es un candidato adecuado para la forma lingüística ideal de la norma jurídica.

32 Para citar solo el caso más prominente, RUDOLF VON JHERING en su último período habla en esta manera. El derecho aparece en dos diversas formas, a saber, “como la *institución* jurídica, el *concepto* jurídico, y como *normas* jurídicas, los principios *jurídicos*”. El último es el “*modo imperativo*”, “la forma *práctica directa* del mandato o la prohibición”; él provee la “materia prima”. Esta materia es entonces re-constituída, es decir, construida como los elementos y las cualidades de las instituciones jurídicas, las cuales no son meras colecciones de normas jurídicas individuales sino que son, más bien, “cuerpos jurídicos” con sus propiedades distintivas. El resultado del programa constructivista es una “reducción” del derecho “a su forma lógica”. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, 3 vols. (con vol. II publicado en dos partes), 4ª ed. (Leipzig: Breitkopf and Härtel, 1878-88), vol. II, § 41 (358-360, 362-369) (énfasis de la última cita mía, no de JHERING). En castellano: RUDOLPH VON JHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo* (Madrid: Carlos Bailly-Bailliere, 1891).

33 Entre los críticos del Weimar de KELSEN se encuentra en este género HERMANN HELLER. Él habla con abierto desprecio de la “lógica constructiva de las normas” de KELSEN. Ver HELLER, “Die Krisis der Staatslehre”, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 55 (1926), 298-316, 301, repr. en HELLER, *Gesammelte Schriften*, 3 vols., 2ª impr., ed. Christoph Müller (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1992), 3-30, 16. Otro crítico del período de Weimar, GERHARD LEIBHOLZ, escribe que KELSEN está comprometido con una “matematización de los conceptos jurídicos”: LEIBHOLZ, “Zur Begriffsbildung im öffentlichen Recht”, *Blätter für Deutsche Philosophie*, 5 (1931), 175-189, 176, repr. en LEIBHOLZ, *Strukturprobleme der modernen Demokratie* (Karlsruhe: C.F. Müller, 1958), 262-276, 263. También en este género de afirmaciones exageradas atribuidas a KELSEN sobre el rol jugado por la ‘lógica’ en el derecho se cuenta la interpretación de MICHAEL HARTNEY: ver HARTNEY, “Introduction” a KELSEN, *General Theory of Norms* (n. 31 anterior), LIII, en la que él afirma que “[e]n el temprano trabajo [de KELSEN], la lógica da forma a las normas dentro de un sistema consistente de normas idénticamente estructuradas”.

34 Ver KELSEN, *Hauptprobleme* (n. 15 anterior), 235-237 *et passim*.

35 Ver JEREMY BENTHAM, *Of Laws in General* (n. 21 anterior), cap. 1, § 2 (2 n.), cap. 2, § 7 (23n.-25n.), cap. 19, § 8 (243-245), *et passim*; John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 2 vols., 5ª ed., ed. ROBERT CAMPBELL (London: John Murray, 1885), vol. I, 31-39, 79-88, vol. II, 1071-1091. Cfr. KELSEN, *Hauptprobleme* (n. 15 anterior), 3-57.

Debido a que la teoría imperativa no provee criterio alguno que permita jurídicamente distinguir a los funcionarios del estado de los sujetos sobre la base de la norma jurídica, ella debe renunciar a la distinción entre la ‘aplicación’ específica de y la ‘actuación conforme’ a una norma jurídica, una distinción de enorme importancia para el derecho³⁶.

KELSEN expresa claramente en este punto su intuición básica. Debido a que la norma jurídica puede o bien ser “cumplida” o bien ser “aplicada”, ella manifiesta la “posibilidad de doble efecto”³⁷. En un caso, una norma está dirigida al sujeto de derecho *qua* mandato, en el otro, *qua* norma sancionatoria hipotéticamente formulada está dirigida al funcionario estatal.

Una norma jurídica que no es ‘cumplida’ jamás no deja de ser por ello una norma jurídica. Materialmente, la norma jurídica está destinada no solo a ser cumplida. Ella es ‘aplicada’ de hecho en aquellos casos en los cuales *no* ha sido cumplida³⁸.

Todo esto está muy bien. El *leitmotiv* del ‘doble efecto’ o ‘doble institucionalización’, según la elegante expresión de PAUL BOHANNAN³⁹, es familiar a lo dicho por H.L.A. HART acerca de la intersección o “unión de normas primarias y secundarias” que marca el “núcleo de un sistema jurídico”⁴⁰, o en otras palabras, que explica lo que hace que un sistema de normas sea un sistema jurídico.

Sin embargo, incluso aquellos que encuentran este enfoque del derecho adecuado aprecian un problema en la perspectiva kelseniana. Cuando KELSEN sostiene, como en la última frase del texto citado arriba, que “[ella] es ‘aplicada’” en vez de ser “cumplida”, el lector no está completamente seguro acerca de a qué se refiere el término ‘ella’. ¿Existe *una* norma con dos funciones?, y si es así, ¿la función de la norma no cambia de manera instantánea de un modo u otro del ‘cumplimiento del sujeto’ a la ‘aplicación del funcionario’?, o ¿existen acaso *dos* normas genuinas, una el conocido mandato al sujeto, y la otra, la norma sancionatoria hipotéticamente formulada dirigida al funcionario?, si es así, ¿la primera de estas normas no tiende a socavar el principal objetivo propuesto por KELSEN en su investigación, a saber, el establecer una clara línea de demarcación entre el derecho y la

36 *Ibíd.*, 235 (comillas de KELSEN).

37 *Ibíd.*, 36, y ver 40, 42, 43, 49-50, 53, 70, 210-212, 236 *et passim*. Cfr. KELSEN, *General Theory of Law and State* (n. 8 anterior), 30, 39, 47; KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), § 4(c) (10-11).

38 KELSEN, *Hauptprobleme* (n. 15 anterior), 49-50 (comillas y énfasis de KELSEN).

39 PAUL BOHANNAN, “The Differing Realms of the Law”, en *Law and Warfare*, ed. BOHANNAN (Garden City, New York: Natural History Press, 1967), 43-56, 47.

40 HART, *The Concept of Law* (n. 21 anterior), 96, en 2ª ed., 99.

moral?, o ¿existe una base para relacionar aquella primera norma con la segunda?, o –aún otra posibilidad– ¿juega un papel quizás en este punto tan solo la norma sancionatoria hipotéticamente formulada?

KELSEN muestra de hecho una decidida preferencia por la última de estas posibilidades. Existe tan solo *un* tipo de norma, es decir, *una* adecuada formulación normativa, a saber, la formulación hipotética, cuya norma, cuando es aplicada, culmina en la imposición de una sanción. Como él afirma en *Hauptprobleme*:

Junto con las normas dirigidas a los funcionarios del Estado, existen aquellas dirigidas a los sujetos [...]. Estas últimas son, estrictamente hablando, totalmente superfluas, en la medida en que ellas no dicen al sujeto nada distinto de lo que las normas de la primera clase dicen⁴¹.

Este modelo, que persiste aun en los escritos más tardíos de KELSEN, era ya evidente en muchos puntos en *Hauptprobleme*⁴². A la hora de la verdad, KELSEN vuelve *de manera exclusiva* a la norma sancionatoria hipotéticamente formulada, descartando el mandato dirigido al sujeto sobre la base de que este es “superfluo”.

Por ejemplo, en *Allgemeine Staatslehre*, un trabajo de 1925, KELSEN adopta como *norma primaria* el mandato condicional dirigido al funcionario estatal y como *norma secundaria* el mandato dirigido al sujeto. Escribe:

Si alguien celebra un contrato, debe comportarse de acuerdo con sus términos; no obstante, si no lo hace entonces –por petición de la otra parte del contrato– una sanción debe ser impuesta sobre él. Debido únicamente a esta consecuencia específica y final [de la norma primaria], la norma que exige un comportamiento de acuerdo con el contrato es una norma *jurídica*, una *relativamente* independiente norma jurídica *secundaria*. El comportamiento es el contenido de la obligación jurídica solo en la medida en que su opuesto contradictorio sea sujeto a una sanción coercitiva, es decir, sea la condición de un acto coercitivo⁴³.

Las denominaciones respectivas de ‘primarias’ y ‘secundarias’ establecen en principio una relación de orden entre dos tipos de normas. De hecho, como KELSEN escribe, se requiere en todo caso una norma primaria válida para que pueda existir una norma *jurídica* secundaria correspondiente⁴⁴.

41 KELSEN, *Hauptprobleme* (n. 15 anterior), 234.

42 Más sobre el argumento de KELSEN en *Hauptprobleme*, ver el texto en n. 76-78 a continuación.

43 KELSEN, *Allgemeine Staatslehre* (n. 16 anterior), § 10(d) (51) (énfasis de KELSEN).

44 En este punto, la investigación trata de las *normas* que conceden poder; cfr. con el siguiente pasaje citado, en el cual la investigación se centra directamente en las *fomulaciones normativas* de competencia.

La pregunta aún más importante se mantiene sin embargo latente: ¿cuál es exactamente la relación entre las normas primarias y aquellas secundarias? O bien la obligación impuesta por la norma secundaria es entendida como existente, con independencia de la maquinaria sancionatoria impositiva del sistema jurídico, en cuyo caso la norma secundaria no está contenida en la norma primaria correspondiente y la cuestión de la relación entre normas primarias y secundarias persiste, o bien, de manera alternativa, la obligación aparentemente impuesta por la norma secundaria es simplemente otra manera de hablar sobre la importancia de la norma primaria, lo cual es decir que la, así denominada, norma secundaria no puede ser distinguida del todo y de manera fundamental de la norma primaria. Precisamente esto es lo que KELSEN sostiene en otro de sus escritos:

... yo debo o estoy obligado a no robar, o yo debo o estoy obligado a pagar el préstamo recibido, no significa *otra cosa* en el derecho *positivo* que si yo robo, yo debo ser castigado, si yo incumplo el pago de un préstamo recibido, entonces una sanción me debe ser impuesta⁴⁵.

Si se lee de una manera más atenta, el modelo es entonces aquel en el cual KELSEN, aparentemente buscando la forma lingüística ideal de la norma jurídica, invariablemente recurre a la norma sancionatoria hipotéticamente formulada.

Menos evidente en este modelo es el carácter del operador en la norma sancionatoria hipotéticamente formulada. ¿Es esta norma, como ha sido asumido por muchos comentaristas⁴⁶, un *mandato* hipotéticamente formulado?, o ¿es el operador meramente una habilitación para imponer sanciones? Aunque KELSEN, en sus escritos tempranos, no explica su posición en relación con este asunto, parece sostener que la norma sancionatoria dirigida al funcionario es un mandato condicional. En los tardíos años treinta, sin embargo, en el curso de un examen detallado de la teoría del derecho público internacional de Georges Scelle⁴⁷, KELSEN ofrece por primera vez una clara posición so-

45 HANS KELSEN, "The Idea of Natural Law" (1928), trad. PETER HEATH, en KELSEN, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ed. OTA WEINBERGER (Dordrecht: Reidel, 1973), 27-60, 32-33 (el énfasis es de KELSEN) (trad. modificada) (en castellano: HANS KELSEN, "La idea del derecho natural", en *La idea del derecho natural y otros ensayos* [Buenos Aires: Editorial Losada, 1946]). En contraste con la cita anterior (texto de la n. 43), la preocupación de KELSEN en la cita presente concierne a las *formulaciones normativas* de competencia y no a las *normas* que conceden poder. Lo que podría parecer en la presente cita una referencia a una segunda norma es, de hecho, una referencia a la formulación normativa preferida. Expresar, como hace KELSEN, que la norma formulada de una manera "no significa *otra cosa* [...] que" la norma formulada de otra forma, es hablar de una sola norma y sus formulaciones competentes.

46 Ver e.g. HART, *The Concept of Law* (n. 21 anterior), 35, en 2ª ed. 35-36.

47 HANS KELSEN, "Recht und Kompetenz: Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles", en KELSEN, *Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre*, ed. KURT RINGHO-

bre este tema: la norma hipotéticamente formulada es una habilitación para imponer sanciones.

2. LA INTERPRETACIÓN DÉBIL DE LA AUTORIDAD. CONTINUACIÓN: EL GIRO KELSENIANO HACIA LA HABILITACIÓN

En primer lugar, es útil un breve vistazo al desarrollo temprano de la obra de KELSEN, que anticipa su giro hacia la habilitación. Tengo en mente la doctrina de KELSEN sobre la imputabilidad, la cual es expuesta en la primera edición de *Reine Rechtslehre* (1934). Central en la reconstrucción kelseniana de norma jurídica es el argumento que sostiene que esta norma se dirige solo de manera indirecta al sujeto de derecho –no en virtud de la imposición de una obligación, sino únicamente en virtud de la representación del sujeto de derecho como susceptible bajo ciertas condiciones a la imposición de una sanción⁴⁸. Esto es decir que un funcionario, bajo esas determinadas condiciones, está habilitado para imponer la sanción. Imputación y habilitación –la susceptibilidad del sujeto de ser sancionado y la facultad del funcionario para imponer dicha sanción– son conceptos correlativos. Así, se aprecia cómo la introducción de KELSEN de la habilitación, *expressis verbis* en el marco del examen de la teoría de Scelle, es el desarrollo natural de una doctrina ya evidente en su obra.

En su estudio sobre la teoría de Scelle, KELSEN define la habilitación como “la capacidad para llevar a cabo ciertos cambios jurídicos por medio del comportamiento”⁴⁹. Él evidencia el amplio espectro de la habilitación, que va desde el derecho público y el privado hasta el derecho internacional público, y explica un concepto relacionado, la inmunidad, que caracteriza en términos de una correlación entre, por ejemplo, la libertad individual de expresión y la incapacidad del Estado para restringir esta libertad. Finalmente, KELSEN introduce en el estudio de Scelle la norma sancionatoria hipotéticamente formulada *como una habilitación* e intenta caracterizar la obligación jurídica en sus términos, a saber, como una mera función de la competencia para imponer sanciones. Existe una posibilidad, escribe,

... de basar el concepto de obligación jurídica [...] en el de competencia, de ras-
trear la obligación jurídica hasta la competencia. A saber, la obligación jurídica
de un individuo de comportarse de cierta manera es reconocida como dada solo
si, en el evento del comportamiento opuesto, otro individuo es habilitado por el

FER and ROBERT WALTER (Wien: Springer, 1987), 1-108. (El estudio reproduce el manuscrito de KELSEN, que data de los tardíos años de la década de 1930).

48 Ver KELSEN, *Legal Theory* (n. 3 anterior), § 11(b) (23-25), § 12(26), § 14(b) (29-30), § 24(a) (43).

49 KELSEN, “Recht und Kompetenz” (n. 47 anterior), 72.

sistema jurídico para imponer una sanción sobre el primer individuo, y, además, si la habilitación para imponer una sanción cuenta como ‘competencia’, entonces la obligación jurídica de un individuo está basada en la competencia sancionatoria del otro⁵⁰.

En este punto las preguntas específicas que consideré más atrás en relación con la afirmación de KELSEN sobre la norma sancionatoria *qua* mandato condicional surgen de nuevo. ¿Existen dos normas –una norma secundaria que impone una obligación a un sujeto y una norma primaria que faculta a un funcionario para imponer una sanción si el sujeto falla en cumplir su obligación–?, o ¿existe tan solo una norma, aunque con distintas funciones?, o, finalmente, ¿está KELSEN defendiendo que ella es, estrictamente hablando, solo la norma primaria? KELSEN ha dejado abiertas estas preguntas en su estudio sobre Scelle; en escritos posteriores, sin embargo, KELSEN se enfoca una vez más solo en las normas primarias –entendidas esta vez como una habilitación–.

En este punto el principal texto es *General Theory of Law and State* (1945), en el cual KELSEN escribe que la norma primaria “es la única norma genuinamente jurídica”⁵¹. Si, para ayudar a la “representación del derecho”, se introduce también una norma secundaria, es importante ver que esta norma “es ciertamente superflua en una exacta exposición” del derecho⁵². Hasta ahora, el mensaje de KELSEN es familiar. Él señala a la norma primaria como la “única norma genuinamente jurídica”, al considerar, estrictamente hablando, a la norma secundaria como “superflua”, simplemente como un medio para facilitar nuestra representación del derecho.

Lo que ha cambiado, en *General Theory of Law and State*, es la interpretación de KELSEN de ‘deber’ en la norma primaria. Como él ahora sostiene, no se requiere que ‘deber’ coincida con el concepto de obligación jurídica. Más bien, ‘deber’ en la norma primaria es simplemente una señal⁵³, para indicar que, bajo ciertas condiciones, una sanción *puede* ser impuesta –es decir, que un funcionario está habilitado para imponer una sanción–, dejando abierta la cuestión de si existe también una obligación de imponerla. Si, además, un funcionario *A* está obligado a imponer la sanción, esto es lo mismo que decir que un funcionario de más alto rango *B* está habilitado para imponer una sanción a

50 *Ibid.*, 75.

51 KELSEN, *General Theory of Law and State* (n. 8 anterior), 61, y ver 62-63.

52 *Ibid.*, 61.

53 En su etapa tardía, KELSEN hace una declaración expresa sobre el mismo asunto, a saber, que ‘deber’ es semejante a una expresión variable, que incluye diversos verbos modales (‘tener que’, ‘poder’, ‘permitir’): ver KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), § 4(b) (4-5), § 18 (81), § 28(b) (124); KELSEN, *General Theory of Norms* (n. 31 anterior), cap. 25, II (97). Ver también H.L.A. HART, “KELSEN’s Doctrine of the Unity of Law”, en *Normativity and Norms* (n. 1 anterior), 553-581, 569-570; JOSEPH RAZ, *The Concept of a Legal System* (n. 28 anterior), 47.

A, si A, bajo las nombradas condiciones, falla en la imposición de la nombrada sanción sobre el sujeto. Así, la ‘obligación’ es simplemente una forma abreviada de expresar la existencia de un par de habilitaciones que se encuentran en niveles adyacentes en la estructura jerárquica del sistema jurídico⁵⁴.

A través de una argumentación que le da el *golpe de gracia* a su antigua perspectiva sobre las normas sancionatorias como un mandato hipotéticamente formulado, KELSEN sostiene que debido a que no hay duda alguna acerca de la existencia de una regresión infinita, es decir, acerca de una cadena de normas sancionatorias que se “extiende indefinidamente”, debe existir una norma que finalice la serie, y el operador de dicha norma terminal no puede ser otro que la habilitación⁵⁵. Así entendida, la habilitación es fundamental. Y la idea de una ‘obligación’ que es impuesta a un funcionario es, repito, nada más que una construcción compuesta por un par de habilitaciones, a saber, la norma sancionatoria *qua* habilitación formulada de manera hipotética, en el caso del funcionario A, y su reflejo, la norma completiva, un poder impositivo sancionatorio que se confiere al funcionario B, el cual debe ser ejercido en la forma anteriormente descrita.

Sin duda, aunque en *General Theory of Law and State* el lenguaje de la habilitación es apenas visible, en la segunda edición de *Reine Rechtslehre* (1960) KELSEN es mucho más abierto. Allí él defiende –expresamente en el lenguaje de la habilitación– la doctrina específica introducida en el estudio de Scelle y refinada en *General Theory of Law and State*. Él escribe:

[Si] un delito especificado por [un cierto] sistema jurídico es cometido, entonces una sanción especificada por aquel sistema jurídico debe ser impuesta; aquí el término ‘deber’ se aplica a ambos casos, tanto a aquel en el cual [el funcionario] está *simplemente habilitado* o [en el cual] le es positivamente permitido imponer la sanción, como aquel en el cual [a él] se le ordena hacerlo⁵⁶.

¿Cuándo es requerida la modalidad de la habilitación? Y, ¿cuándo se convierte en mandato?

La imposición de una sanción que es ordenada tiene el contenido de una obligación jurídica, si su omisión se entiende como la condición de una sanción. *Si este no es el caso puede asumirse solamente que [el funcionario] está habilitado para imponer la sanción, pero ello no le ha sido ordenado*⁵⁷.

54 Ver de manera general STANLEY L. PAULSON, “An Empowerment Theory of Legal Norms”, *Ratio Juris*, 1 (1988), 58-72, 67-70.

55 KELSEN, *General Theory of Law and State* (n. 8 anterior), 60; ver también KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), § 5(a) (26), y también § 28(b) (124n.-125n.), en los cuales KELSEN replica a ALF ROSS, quien había dicho que KELSEN se enfrentaba a una regresión infinita.

56 KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), § 18 (82-83) (énfasis mío).

57 *Ibid.*, § 5(a) (26) (énfasis mío).

Si la ‘omisión’ del funcionario, su fracaso en imponer una sanción, es entendido como la condición de una sanción, entonces esa ‘condición’ se refiere a la norma completiva hipotéticamente formulada, que faculta al funcionario de más alto rango para imponer una sanción.

En resumen, en estas dos primeras secciones hemos visto cómo KELSEN, habiendo tratado inicialmente el problema de la forma lingüística ideal de la norma jurídica en *Hauptprobleme*, arriba más tarde a una defensa de la habilitación. La forma lingüística ideal de la norma jurídica es la norma hipotéticamente formulada que faculta a un funcionario para imponer una sanción bajo ciertas condiciones. La defensa de KELSEN de esta perspectiva no se encuentra sin embargo libre de ambivalencias. Hasta el final, él usa de manera indistinta los términos mandato condicional y, la así llamada, norma secundaria. De hecho, en sus últimos trabajos la, así llamada, norma secundaria adquiere también el nombre de “norma dependiente” o “función normativa”⁵⁸. Si se lee de una manera más atenta, sin embargo –y esto es evidentemente claro en la segunda edición de *Reine Rechtslehre*–, el sentido es invariablemente mantenido por KELSEN: él defiende la norma sancionatoria *qua* habilitación hipotéticamente formulada⁵⁹.

Y aún hay más. La adopción, en su totalidad, de la *Stufenbaulehre* de JULIUS MERKL o doctrina de la estructura jerárquica añade fuerza a la afirmación de que la interpretación débil domina los textos de KELSEN. La doctrina de MERKL, como veremos más adelante, provee a KELSEN de una segunda especie de norma que concede poder.

3. LA INTERPRETACIÓN DÉBIL DE LA AUTORIDAD. CONTINUACIÓN: EL PAPEL DE LA *STUFENBAULEHRE*

En *Hauptprobleme*, KELSEN ha considerado solo normas jurídicas *generales*, arguyendo que los actos jurídicos individuales no requieren atención especial alguna, al haber sido determinados *en abstracto* en las normas generales. No obstante, en el periodo comprendido entre los años 1917 y 1923, KELSEN llega a apreciar, siguiendo el ejemplo de su colega ADOLF JULIUS MERKL, que limitar su atención a las normas jurídicas generales es ignorar no solo los actos jurídicos individuales sino, de hecho, un amplio espectro de normas jurídicas, desde disposiciones legales generales hasta actos jurídicos concretos⁶⁰. La

58 En sus últimos trabajos, KELSEN describe las normas permisivas, obligatorias y aquellas que conceden poder como normas jurídicas, así llamadas dependientes o ‘funciones normativas’. Ver KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), § 4(d) (15-16), § 6(e) (55-59), § 30(a) (152), *et passim*; KELSEN, *General Theory of Norms* (n. 31 anterior), caps. 25-27 (96-105), *et passim*.

59 Ver KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), § 5(a) (26), § 6(d)(e) (51-52, 58), § 18(82-83), § 28(b) (123-124), § 29(f) (144), § 41(b) (304-305), *et passim*.

60 Ver la propia exposición de KELSEN acerca del cambio en KELSEN, “Prefacio” a la 2ª impr. de *Main Problems in the Theory of Public Law* (n. 15 anterior), § V (11-14).

única forma de poner las cosas en su sitio, afirma KELSEN, es introducir un esquema escalonado que exhiba todos los niveles de las normas jurídicas dentro del sistema jurídico, desde la norma constitucional y legislativa más general hasta el más concreto y específico de los actos jurídicos. A esta tarea responde la *Stufenbaulehre* o doctrina de la estructura jerárquica⁶¹.

KELSEN ya había mostrado sus intenciones en *Das Problem der Souveränität* (1920)⁶², al identificar estrechamente su doctrina con aquella de MERKL. A partir de ahí, KELSEN da un corto paso más al incorporar la totalidad de dicha doctrina en su propia teoría. La primera y más o menos completa exposición de la *Stufenbaulehre* por parte de KELSEN se encuentra en un largo ensayo de 1923, en el cual KELSEN dedica cerca de treinta páginas a esta doctrina⁶³. Dos años más tarde, en *Allgemeine Staatslehre*, KELSEN reproduce de manera literal el texto anterior⁶⁴. En la primera edición de *Reine Rechtslehre* de KELSEN (1934), la doctrina encuentra la que es quizá su exposición más elegante⁶⁵, y aquí KELSEN también emplea la doctrina como parte de su polémica contra la teoría tradicional de la interpretación jurídica⁶⁶.

La idea general detrás de la doctrina de MERKL es que el derecho gobierna su propia creación. En particular, una norma jurídica gobierna el procedimiento mediante el cual otras normas jurídicas son emitidas. Así, la doctrina de MERKL sirve para introducir las normas que otorgan poder dentro del contexto de la emisión de las normas jurídicas o la creación del derecho. Las sutilezas de su doctrina pueden ser apreciadas en términos de “[la] relación entre la norma que determina la creación de otra norma, y la norma creada de acuerdo con esta determinación”, un esquema, entonces, que representa “un

61 ADOLF JULIUS MERKL, “Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues”, en *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, ed. ALFRED VERDROSS (Wien: Springer, 1931), 252-294, repr. en *Wiener Schule* (n. 23 anterior), vol. II, 1311-1361. Una temprana exposición en MERKL, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung* (Hanover: Helwing, 1917), repr. en *Wiener Schule* (n. 23 anterior), vol. I, 1167-1201; una versión más larga de este trabajo, cuya entrega inicial se dio bajo el título “Das Recht im Spiegel seiner Auslegung”, apareció en formato de artículo en la *Deutsche Richterzeitung*, 8 (1916), 584-592, ibíd., 9 (1917), 162-176, 394-398, 443-450, ibíd., 11 (1919), 290-298, repr. En MERKL, *Gesammelte Schriften*, ed. DOROTHEA MAYER-MALY et al., 3 vols. (dividido cada vol. en 2 partes) (Berlin: Duncker & Humblot, 1993-), vol. I.1, 84-146.

62 Ver HANS KELSEN, *Das Problem der Souveränität* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1920), § 29 (119n.), en el cual él llama la atención y hace suya la doctrina esbozada en *Das Recht im Lichte seiner Anwendung* de MERKL (n. 61 anterior).

63 KELSEN, “Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates”, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 17 (1923-24), 374-408, repr. en *Wiener Schule* (n. 23 anterior), vol. II, 1625-1660.

64 KELSEN, *Allgemeine Staatslehre* (n. 16 anterior), §§ 32-36 (229-255).

65 Ver KELSEN, *Legal Theory* (n. 3 anterior), §§ 27-31(h) (55-75).

66 Ver ibíd., §§ 32-39 (77-84), y ver en general STANLEY L. PAULSON, “KELSEN on Legal Interpretation”, *Legal Studies*, 10 (1991), 136-152.

nivel más alto y un nivel más bajo de orden normativo”⁶⁷. Una norma *B* de un nivel jerárquico más alto es la norma ‘condicionante’ *en relación con* una norma de un nivel jerárquico más bajo, por ejemplo *C*, la cual es, entonces, la norma ‘condicionada’. Si la norma *B* pertenece a un nivel jerárquico inferior *respecto de* una norma *A* que pertenece entonces a un nivel jerárquico superior, entonces en este par de normas *B* es la norma ‘condicionada’ y *A* la norma ‘condicionante’. Esta relación de condicionalidad, establecida en términos de pares ordenados de normas que cubre toda la jerarquía normativa, admite solo dos tipos de excepción: la norma fundamental kelseniana en el ápice del sistema, condicionante mas no condicionada, y los actos jurídicos concretos que encuentran aplicación en la base del sistema, y que son condicionados mas no condicionantes. Un poco forzada cuando se expresa en inglés, la figura de la condicionalidad es no obstante útil, ya que pone de relieve la idea fundamental de la doctrina de la estructura jerárquica de las normas de MERKL, a saber, que las normas jurídicas reconstruidas a partir de la jerarquía son habilitaciones.

En resumen, en la construcción de la teoría de KELSEN, la habilitación para la imposición de sanciones surge a partir de sus esfuerzos por arribar a una construcción satisfactoria de la forma lingüística ideal de la norma jurídica, y la habilitación para emitir normas surge a partir de la doctrina de MERKL, la cual KELSEN adopta *in toto*. En este punto surge la pregunta: ¿cómo deben ser entendidas las habilitaciones complementarias en relación con las demás normas? La respuesta a esta cuestión se encuentra en la ‘norma jurídica completa’.

4. LA INTERPRETACIÓN DÉBIL DE LA AUTORIDAD. CONTINUACIÓN: LA ‘NORMA JURÍDICA COMPLETA’

En la recepción adicional del trabajo de MERKL, KELSEN, en *General Theory of Law and State*, usa lo ‘dinámico’ y lo ‘estático’ con el objeto de caracterizar el concepto del derecho desde una nueva perspectiva. Es decir, él parte de su concepto tradicional de derecho, un concepto “definido”, como él sostiene, en términos de la coerción asociada a las normas sancionatorias hipotéticamente formuladas, presentando ahora una segunda posibilidad:

Si se observa el [sistema] jurídico desde un punto de vista dinámico [...] parece posible definir el concepto de derecho de una manera muy distinta a aquella según la cual lo he definido [hasta ahora]. [En particular, parece] posible ignorar el elemento de la coerción en la definición del concepto de derecho⁶⁸.

67 KELSEN, *Legal Theory* (n. 3 anterior), § 31(a) (64).

68 KELSEN, *General Theory of Law and State* (n. 8 anterior), 122.

De acuerdo con esta perspectiva, KELSEN continúa,

... el derecho es aquello que se produce de acuerdo a la forma prescrita en la constitución para la creación del derecho [...]. [Por ejemplo, una] etapa importante del proceso de creación del derecho es el procedimiento por medio del cual las normas generales son creadas, es decir el [proceso] de legislación⁶⁹.

Así, KELSEN sugiere que se preste atención a una perspectiva *ex ante*, a un enfoque anterior a la emisión de las normas jurídicas, que enfatiza por lo tanto el proceso de creación del derecho.

Continuando con un punto de vista complementario, KELSEN aborda una perspectiva *ex post*, en virtud de la cual el centro de interés se encuentra en la norma jurídica propiamente dicha. Una vez más el texto es *General Theory of Law and State*:

Lo que, desde un punto de vista dinámico, es [...] una norma [de nivel jerárquico] superior [en particular, una norma constitucional que otorga poder y] que determina la creación de una norma general [...], en una presentación estática del derecho se convierte en una de las condiciones de la norma general. [...] En una presentación estática del derecho, las normas de nivel jerárquico superior de la constitución son, por decirlo así, proyectadas como partes dentro de las normas de nivel jerárquico inferior⁷⁰.

Una explicación acerca de las gradaciones de la norma jurídica se facilita al recurrir a dos nociones del trabajo de KELSEN: primero, la visión familiar jurídico positivista de la validez jurídica como pertenencia, y segundo, como ya se señaló, las perspectivas *ex ante* y *ex post* o ‘antes de la emisión’ y ‘después de la emisión’ de la norma jurídica. En consecuencia, una norma jurídica será válida solo si pertenece al sistema jurídico, y la pertenencia al sistema jurídico se manifiesta solo si la norma en cuestión puede ser rastreada hasta la norma jurídica de un nivel jerárquico superior que le es aplicable. Esta norma jurídica de un nivel jerárquico superior, que es dirigida, antes de la emisión de la norma en cuestión, a normas de aquella clase, es una norma que concede poder; después del hecho de la emisión, la norma que concede poder sirve –*en relación con* la norma emitida– como un criterio para identificar esta norma como jurídicamente válida⁷¹. Por consiguiente,

69 Ibid., 122, 123.

70 Ibid., 144.

71 Ver e.g. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), § 34(b)(c) (198-204). Se entiende aquí que las limitaciones concernientes al posible contenido de las normas jurídicas –las limitaciones que se derivan, p. ej., de la declaración constitucional de derechos fundamentales– pueden ser incorporadas a las normas que conceden poder, reduciendo su alcance. Esto es

el criterio para la validez es una imagen refleja del medio de la emisión; este es de todos modos el caso, si se considera la cuestión de manera abstracta⁷². Donde una norma que pertenece a un nivel jerárquico superior *E* sirve, después del hecho de la emisión, como el criterio para la validez de la norma que se encuentra en entredicho, y una norma *F* que otorga poder, que pertenece a un nivel jerárquico incluso superior a *E* sirve, después del hecho de la emisión, como criterio de validez de *E*, y de esta forma de manera sucesiva en la cadena de normas que otorgan poder –donde todas estas se proyectan como partes de la norma que es objeto de evaluación–. El resultado es la, así llamada, *norma jurídica completa*, la norma sancionatoria *qua* habilitación formulada de manera hipotética junto con todas sus partes, las cuales son extraídas de normas aplicables al proceso de creación, que se encuentran en los diversos niveles del *Stufenbau* y que sirven como condiciones para la norma jurídica completa.

De este modo, la estructura de la norma jurídica completa hipotéticamente formulada de Kelsen manifiesta dos especies de habilitación. *Primero*, la modalidad de la norma jurídica completa es aquella de la habilitación, a saber, la habilitación de los funcionarios para imponer una sanción bajo ciertas condiciones. Estas condiciones sancionatorio impositivas son especificadas en una cláusula antecedente de la norma hipotéticamente formulada. *Segundo*, las cláusulas adicionales antecedentes se dan por sentadas en el curso normal de los acontecimientos y están completamente especificadas en la norma jurídica completa. Estas cláusulas adicionales disponen formulaciones *ex post* de las normas que otorgan poder, que juegan o bien un papel directo, o bien uno indirecto en la emisión de la norma en cuestión –un papel directo, si el centro de atención se encuentra en los poderes ejercidos en la emisión de la norma; y un papel indirecto, si, más allá de esta norma, el centro de atención se encuentra en los poderes mismos ejercidos en la emisión de la norma que concede poder, y *su* norma que concede poder, y así de manera sucesiva–. De esta forma, la llamada norma jurídica completa es un dispositivo para hacer explícito lo que se encuentra implícito en el curso normal de los casos –el

especialmente evidente cuando, como se ha esbozado en el texto, la norma que concede poder es usada en el contexto *ex post* como criterio de validez; en ese contexto, ella es construida de una manera tal que refleja los diversos criterios de validez referidos a la norma en cuestión.

72 Es bien sabido que en el derecho positivo las demandas por criterios de validez pueden ser y son normalmente debilitadas al calificar la estricta simetría entre las perspectivas *ex ante* y *ex post*. En la Escuela de Teoría Jurídica vienesa, fue MERKL quien institucionalizó este debilitamiento de los estándares; su doctrina es conocida como un ‘cálculo de los errores’. Ver ADOLF JULIUS MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft* (Leipzig & Wien: Deuticke, 1923), 293-302; MERKL, “Justizirrtum und Rechtswahrheit”, *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften*, 45 (1925), 452-465, repr. *Wiener Schule* (n. 23 anterior), vol. I, 195-208. Ver también HART, *The Concept of Law* (n. 21 anterior), 29-31, en 2ª ed., 29-31; JOSÉ JUAN MORESO, “Verfassungswidrige Normen”, *Rechtstheorie*, 25 (1994), 417-449.

conjunto completo de normas que otorgan poder que figura en la emisión y validez de la norma jurídica en cuestión—. Estos desarrollos, que conducen a las normas complementarias que conceden poder, que se reúnen a su vez en la norma jurídica completa, marcan un hito en el esfuerzo de KELSEN por lograr una estructura normativa unitaria.

Es más, las normas complementarias que conceden poder de KELSEN reflejan el punto de vista del cual son derivadas —la norma sancionatoria es la noción fundamental en la nomoestática, la habilitación para la emisión de normas es de la misma forma fundamental en la nomodinámica—. Dominantes en los escritos de KELSEN, ambos puntos de vista reflejan la interpretación débil de la autoridad, por lo que no es ninguna sorpresa que, al menos desde el punto de vista textual, prevalezca sobre la interpretación fuerte.

Sin embargo, como he sugerido al principio, subestimaríamos a KELSEN si sostuviésemos que la interpretación débil de la autoridad es todo lo que él tiene para decirnos. ¿Cómo es la lectura fuerte de la autoridad en la teoría de KELSEN? Una respuesta se encuentra en la interpretación de JOSEPH RAZ de KELSEN, en la cual se reconoce un argumento a favor de la existencia del sujeto de derecho obligado por el derecho en términos de normatividad justificada, como RAZ mismo la denomina. Esta sugestiva perspectiva presupone que el sujeto de derecho es una parte propiamente dicha de la teoría jurídica. Yo comienzo con este punto, mucho más modesto. En efecto, mediante el empleo del sujeto de derecho como vehículo para la selección y para el examen de las diversas doctrinas en los escritos de KELSEN en las cuales su rol es prominente, puedo aproximar en nombre del sujeto de derecho aquellas doctrinas que parecen estar a favor de una lectura fuerte de la autoridad. Primero, no obstante, preparo el terreno volviendo de nuevo a la lectura débil, en la cual el sujeto de derecho brilla por su ausencia.

5. SOBRE LA INTERPRETACIÓN FUERTE DE LA AUTORIDAD EN LA TEORÍA PURA DE KELSEN

Como hemos visto, KELSEN se enfrenta en *Hauptprobleme* con el problema del ‘destinatario de la norma’. Según la opinión de KARL BINDING, uno de los teóricos jurídicos a quien KELSEN responde en *Hauptprobleme*, la “tarea principal” de la norma jurídica es la de establecer “las obligaciones personales de las personas físicas para realizar o abstenerse de realizar [este o aquel acto]”⁷³. La norma jurídica, al establecer los “*deberes de obediencia o*

73 KARL BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4 vols. (con el vol. II en dos partes), 2ª impr. (Leipzig: Felix Meiner, 1890-1919), vol. I (1890): *Normen und Strafgesetze*, 96 (vol. I que fue publicado en 1872). Sobre la discusión de KELSEN con BINDING, ver *Hauptprobleme* (n. 15 anterior), 249, 270-299, 305n. KARL BINDING (1841-1920) tuvo una larga carrera académica, con posiciones académicas en Basilea, Friburgo, Estrasburgo y Leipzig. El cuarto volumen de su

*sujeción*⁷⁴, se dirige al sujeto de derecho. No puede ser de otra forma, argumenta BINDING, no se puede decir que un transgresor de la ley ha violado una norma jurídica a menos que la “norma prescriba [cierto] comportamiento”⁷⁵. KELSEN sostiene que BINDING apela, en efecto, al uso común al argumentar a favor del sujeto de derecho *qua* destinatario de la norma, una táctica que BINDING encuentra necesaria ya que la norma supuestamente dirigida al sujeto de derecho no se encuentra presente en ninguna ley (donde, por el contrario, se encuentra algo parecido a la norma sancionatoria dirigida al funcionario estatal). Sin embargo, KELSEN continúa, este recurso no es de ninguna ayuda. “[E]n ninguna disciplina es más peligroso apelar al uso común que en la jurisprudencia”⁷⁶. ¿Qué significa decir que un sujeto de derecho ‘viola’ una norma? KELSEN afirma que tanto esta como otras expresiones comparables son metáforas que apuntan quizás a un estado actual de cosas, es decir, a la socavación del propósito asociado con una disposición legal, pero que dejan completamente abierta la cuestión jurídico científica acerca del destinatario de la norma⁷⁷. KELSEN está convencido de que la norma sancionatoria *qua* mandato hipotéticamente formulado es la norma primaria⁷⁸. Y, como hemos visto, la doctrina de MERKL proporciona a KELSEN una segunda especie de norma que concede poder, a saber, la habilitación para emitir normas, para la creación del derecho. Sin excepción, en estos desarrollos –y ahí está el *quid*–, el destinatario de la norma es el funcionario estatal.

En la lectura débil de la autoridad en la teoría de KELSEN, el sujeto de derecho ha casi desaparecido⁷⁹. En otras partes de la teoría de KELSEN, sin embargo, en lo que parece ser una perspectiva considerablemente distinta del derecho, el sujeto de derecho permanece aún vivo. El punto puede ser ilustrado a partir del examen de cuatro doctrinas de KELSEN, las cuales, podría decirse, parten de una lectura fuerte de la autoridad en su teoría jurídica: la tesis semántica no reductiva, la resolución de los conflictos normativos, la validez jurídica *qua* obligatoriedad y la norma fundamental en una de sus muchas formulaciones. En todas estas cuatro doctrinas el sujeto de derecho juega un papel central. No obstante, el estatus, en la teoría jurídica de KEL-

tratado al cual me refiero ocupó su atención por 50 años y fue bien conocido en su tiempo, tanto en el campo del derecho penal –campo de estudio de BINDING– como en el de la teoría jurídica.

74 BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I (n. 73 anterior), 96 (énfasis de BINDING).

75 *Ibíd.*, 7, citado en KELSEN, *Hauptprobleme* (n. 15 anterior), 273.

76 *Ibíd.*, 271.

77 *Ibíd.*

78 La norma sancionatoria *como* mandato hipotéticamente formulado es un planteamiento adecuado en cuanto concierne a *Hauptprobleme* de KELSEN; más tarde, como hemos visto, KELSEN cambia de opinión.

79 Afirmo que “casi”, porque el sujeto de derecho es evidente en una interpretación débil de la autoridad, cuando se trata de ser susceptible a la imposición de una sanción; ver texto en n. 48 anterior.

SEN, de muchas de estas doctrinas –e igualmente, el estatus del sujeto de derecho– se encuentra en duda, como veremos, provocando que, después de todo, se planteen preguntas acerca del sustento textual de la lectura fuerte de la autoridad.

La tesis semántica no reductiva. En un hermoso pasaje, que se encuentra tanto en la primera como en la segunda edición de *Reine Rechtslehre*, KELSEN critica la teoría predictiva del derecho, al argüir que ella “priva a la norma o al ‘deber’ de significado”. Por lo tanto, apoyar la teoría predictiva es decir que

... carece [...] de sentido afirmar que esto está jurídicamente permitido, o que aquello está jurídicamente prohibido; que esto me pertenece a mí, o que aquello a ti; que X tiene derecho a ello, y que Y está obligado a hacer aquello, etcétera. En suma, los miles de enunciados en los cuales la vida jurídica se exterioriza diariamente, serían sinsentidos. Porque una cosa es decir que A está jurídicamente obligado a entregar 1.000 táleros a B, y otra cosa es afirmar que hay cierta probabilidad de que A entregue de hecho 1.000 táleros a B⁸⁰.

Sin duda, esta se considera como una declaración propia de KELSEN acerca de lo que llamaré, siguiendo a JOSEPH RAZ, la tesis semántica no reductiva⁸¹. La tesis es de especial importancia en relación con una lectura fuerte de la autoridad, debido a que KELSEN argumenta que los conceptos jurídicos *están dirigidos al sujeto de derecho*. Esto se apoya en la contundencia de sus ejemplos cuando él escribe que “esto me pertenece a mí, o que aquello a ti”. Lo mismo sucede con los demás derechos y obligaciones del sujeto de derecho, los cuales representan “la vida jurídica [que] se exterioriza diariamente”. En parte el lenguaje de KELSEN refleja aquí los derechos reales, un punto sobre el cual volveré más adelante.

No obstante, primero quiero destacar la importancia de la tesis semántica no reductiva con un ejemplo extraído del espectáculo que tuvo lugar en mi país hace algún tiempo, la investigación del fiscal especial del presidente Clinton y sus consecuencias. Se ha dicho con razón que un fiscal especial, en este caso el célebre Kenneth W. Starr, tuvo la obligación jurídica en relación con el sujeto de derecho de proteger la confidencialidad de los procedimientos del jurado. ‘Obligación’ no significa aquí una predicción acerca de si el señor Starr preservará la confidencialidad o bien incurrirá en una filtración de información en virtud de la cual le sea impuesta una sanción por haber errado. No, la confidencialidad es en sí misma la cuestión principal. El derecho a la confidencialidad no puede ser quebrantado. Él solo puede ser efectivo si la

80 KELSEN, *Legal Theory* (n. 3 anterior), § 16 (33); cfr. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), § 26 (110).

81 El nombre es una adaptación mía de uno usado por JOSEPH RAZ: ver RAZ, “The Purity of the Pure Theory” (n. 14 anterior), 239-240.

parte obligada a preservar la confidencialidad hace precisamente eso. Tal y como sostiene KELSEN, el esquema reduccionista es menos que convincente, y como mi ejemplo ilustra, la cuestión no es meramente académica.

Sin embargo, no es clara la forma como es empleado el estatus de lo que yo llamo la tesis semántica no reductiva en la teoría jurídica de KELSEN. Ciertamente no hay nada en el lenguaje de la cita anterior que plantee dudas. No obstante, los cuestionamientos acerca del estatus de la tesis surgen tan pronto como se presta atención al gran programa reconstructivo de KELSEN, a saber, la eliminación de conceptos que surjan del ‘derecho en un sentido subjetivo’, en favor de aquellos que reflejan el ‘derecho en un sentido objetivo’⁸². Con el objeto de analizar el carácter verdaderamente radical del programa reconstructivo, es bueno dejar que KELSEN hable por sí mismo. En la primera edición de *Reine Rechtslehre*, él aborda el derecho subjetivo (o el derecho jurídico individual)⁸³, al sostener que es “algo totalmente diferente al derecho objetivo y por lo tanto [que] es imposible subsumir bajo un mismo concepto común a ambos”⁸⁴. Y continúa:

En estrecha relación con el concepto de derecho subjetivo –de hecho, en el fondo simplemente una variación sobre el mismo tema– se encuentra el concepto de sujeto de derecho o ‘persona’ *qua* titular del derecho subjetivo, un concepto que corresponde esencialmente al modelo del propietario. Aquí, también, la noción de entidad jurídica independiente del sistema jurídico es decisiva. Es la noción de una subjetividad jurídica que encuentra, por así decirlo, en el individuo o en ciertos colectivos el derecho subjetivo existente, una subjetividad jurídica que tiene solamente que reconocer el derecho subjetivo –y, de hecho, debe necesariamente reconocerlo para que el derecho subjetivo no pierda su carácter de ‘derecho’–. La oposición entre derecho (en el sentido objetivo) y la subjetividad jurídica, una contradicción lógica en la teoría, si esta sostiene la existencia de ambas al mismo tiempo, es expresada con mayor rigor en la siguiente forma: el significado del derecho objetivo como una norma heterónoma es el vínculo, es de hecho coacción, mientras la esencia de la personalidad jurídica es entendida precisamente como la negación de todo vínculo, a saber, libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía⁸⁵.

82 Ver referencias en n. 15 anterior.

83 A pesar del hecho de que constituye apenas un aspecto de su uso en inglés, yo uso el adjetivo ‘subjetivo’ en aquellas construcciones en las cuales KELSEN ha hablado sobre derecho (siguiendo así la expresión alemana *subjektives Recht*), esto con el objeto de preservar las connotaciones de la expresión ‘subjetividad legal’, evidentes en los escritos de KELSEN y fundamentales en su argumentación. Para ver ejemplos de este uso, ver KELSEN, *Legal Theory* (n. 3 anterior), §§ 18-26 (37-53) *et pasim*, citado (desde § 20) en el texto de la n. 84 a continuación.

84 KELSEN, *Legal Theory* (n. 3 anterior), § 19 (38).

85 *Ibíd.*, § 20 (39-40); sobre ‘persona’ en el texto citado, ver *ibíd.*, § 20 (39 n. 36).

Este programa reconstructivo sugiere que el lenguaje que KELSEN emplea bajo el marco de la tesis semántica no reductiva no es definitivo. Más bien, él emplea tal lenguaje simplemente en aras de la exposición de contraejemplos en su argumentación aducida contra la teoría predictiva del derecho. Cuando su propia teoría está en juego, los conceptos en cuestión, asociados como lo están a la ‘subjetividad jurídica’, pierden espacio en relación con el giro ‘objetivo’ de su programa reconstructivo.

Como una interpretación del texto de KELSEN, esta conclusión parece convincente. Su contundencia se acentúa si se considera que KELSEN se refiere a los derechos reales, con su carga ideológica, como uno de los villanos en la pieza conocida como la ‘subjetividad jurídica’, no obstante, utiliza un lenguaje en la cita elaborado a partir de ese mismo acervo jurídico que yo asocio con la tesis semántica no reductiva. La yuxtaposición sugiere que KELSEN, a su debido tiempo, reconstruirá los conceptos ‘subjetivos’ de la tesis semántica no reductiva en términos ‘objetivos’.

No obstante, si es así, entonces lo que he denominado como la tesis semántica no reductiva deja abierta la cuestión acerca del estatus del sujeto de derecho en la teoría de KELSEN. Para los defensores de una interpretación fuerte de la autoridad en la teoría jurídica de KELSEN, una segunda doctrina, la resolución de los conflictos normativos, parecer ser aún más prometedora con el objeto de fundamentar aquella perspectiva que sostiene que el sujeto de hecho juega un papel central en la teoría de KELSEN.

La resolución de los conflictos normativos. KELSEN se ocupa en particular del conflicto normativo expreso, de acuerdo con el cual el sujeto de derecho en el cumplimiento de una norma *eo ipso* viola una segunda⁸⁶. En su esfuerzo por resolver tales conflictos, KELSEN no sugiere ni por un momento una reconstrucción de conceptos ‘subjetivos’ en términos de sus contrapartes ‘objetivas’. Por el contrario, él enfrenta los conflictos normativos en la misma forma en que ellos surgen en relación con el sujeto de derecho –a saber, una directriz conforme a la cual el sujeto está obligado a realizar o abstenerse de realizar cierto acto, junto con una segunda, que expresamente se encuentra en conflicto con aquella–. Esta aproximación se encuentra de manera evidente en el trabajo de KELSEN desde el principio. Por ejemplo, en sus ensayos de 1913 y 1914, él aborda la situación anómala que surgiría en el caso en el que el sujeto de derecho estuviese enfrentado a un conflicto normativo expreso sin perspectivas de solución. Precisamente, esta anomalía surgirá, afirma KELSEN, a menos que el principio de no contradicción sea entendido como directamente aplicable a las normas jurídicas. Ya en 1911, KELSEN hace alusión a la aplicación del principio de no contradicción a las

86 Para ver la breve formulación del propio KELSEN, ver en el texto que corresponde a la n. 91 a continuación.

normas jurídicas⁸⁷, y dos años más tarde, en un ensayo aún más importante sobre la doctrina del *acte juridique* en el *derecho* público⁸⁸, él afirma dicho requerimiento de manera enfática:

No se debe olvidar que el sistema jurídico, como la suma de todas las normas jurídicas, debe ser un sistema lógicamente cerrado –esto es, no contradictorio– dado que dos normas jurídicas con contenidos irreconciliables no pueden existir de manera simultánea⁸⁹.

Sin la aplicación de los principios de la lógica a las normas jurídicas, sostiene KELSEN, el sistema jurídico no sería “racional”⁹⁰, esto es, el sujeto de derecho, frente a las normas del ordenamiento jurídico, no sería “capaz de cumplir cada una de ellas sin violar otra norma del mismo sistema”⁹¹. Pero no hay nada de qué preocuparse, KELSEN asegura que: el principio de no contradicción se aplica directamente a las normas legales, resolviendo el conflicto⁹².

Una primera conclusión es, entonces, que KELSEN, en efecto, confronta los conflictos normativos en la forma en la cual el sujeto de derecho se enfrenta con ellos. Esto es evidente no solo en los primeros ensayos sino también 45 años más tarde, en la segunda edición de *Reine Rechtslehre*⁹³.

87 Ver KELSEN, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (n. 23 anterior), 57-58, repr. en *Wiener Schule* (n. 23 anterior), vol. I, 3-36, 33.

88 HANS KELSEN, “Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 31 (1913), 53-98, 190-249.

89 *Ibid.*, 200.

90 HANS KELSEN, “Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32 (1914), 202-245, 390-438, 207.

91 *Ibid.*

92 No es claro qué tan seria es la afirmación de KELSEN acerca de la aplicación del principio de no contradicción a las normas jurídicas. Mucho más tarde, en *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), KELSEN se enfrenta con el mismo problema. Debido a que él entiende ahora que la respuesta es una aplicación indirecta del principio de no contradicción (ver n. 93 a continuación), sugiere, *inter alia*, que la cuestión acerca de cuál norma claudica puede estar ‘sujeta a elección’ por parte del funcionario estatal: ver *ibid.*, § 34(e) (211). No obstante, esta sugerencia no está precisamente de acuerdo con la idea acerca de que el principio de no contradicción aplica directamente al conflicto. Se puede comparar la situación en el discurso ordinario, en el cual no actuamos como si tuviésemos la posibilidad de elegir acerca de cuál de los dos enunciados es falso. Tal enigma irresoluto pudo haber jugado un rol en el cambio de KELSEN hacia una perspectiva escéptica acerca de estos asuntos en la así llamada *Spätlehre*.

93 Ver *ibid.*, § 5(a) (26-27), § 16 (76-77), y § 34(e) (209-212). En este punto hay algunos detalles diferenciales; KELSEN no es ya más defensor de la aplicación ‘directa’ del principio de no contradicción a las normas jurídicas sino que más bien defiende ahora una aplicación ‘indirecta’ o *per analogiam* de las proposiciones jurídicas correspondientes a las normas en conflicto. Sobre este asunto y otros relacionados, ver Celano, “Norm Conflicts: KELSEN’s View in the Late Period and Rejoinder” (n. 1 anterior). El cambio aquí no afecta, sin embargo, el punto en cuestión. Continúa siendo el caso que la resolución de KELSEN de los conflictos normativos implica que él se enfrenta con las normas jurídicas en la forma en que ellas se encuentran dirigidas al sujeto de derecho.

Yo creo que incluso una segunda conclusión aún más fuerte se encuentra justificada. KELSEN *debe* confrontar los conflictos normativos en esta forma. Debido a que él reconstruye las normas conflictivas como normas sancionatorias hipotéticamente formuladas, entonces, aun cuando el conflicto desaparece en cuanto concierne a la lógica de las normas reconstruidas, no existe solución alguna a la dificultad en la que se encuentra el sujeto de derecho cuando él se enfrenta a un conflicto normativo. Para ilustrar el punto compararé las normas de un conflicto normativo expreso con sus normas homólogas ‘reconstruidas’. Primero, el conflicto normativo expreso:

Norma 1. Se debe realizar el acto *a*.

Norma 2. Se debe abstener de realizar el acto *a*.

El conflicto normativo es ‘expreso’ en el sentido descrito. Esto ocurre cuando las dos normas de hecho se aplican a uno y el mismo sujeto de derecho y, en un momento dado, el sujeto inevitablemente viola una o la otra norma.

La reconstrucción de estas normas, que se encuentran expresamente en conflicto, en términos correspondientes a normas sancionatorias hipotéticamente formuladas da como resultado las siguientes:

Norma 1’. Si el acto *a* no es realizado, el funcionario debe/puede imponer una sanción.

Norma 2’. Si el acto *a* es realizado, el funcionado debe/puede imponer una sanción.

El resultado de la reconstrucción es claro. Dado que las condiciones especificadas previamente en 1’ y 2’ cubren todas las posibilidades, se obtendrá una u otra condición. Así, en cuanto concierne a la lógica de las normas reconstruidas, el conflicto desaparece⁹⁴ –pero, como se ha señalado, sin ningún tipo de solución a la dificultad en la que se encuentra el sujeto de derecho–.

El tratamiento dado por KELSEN, que examina los conflictos normativos en la forma en que ellos se presentan al sujeto de derecho, es apropiado. Pero, ¿qué significa para su teoría jurídica? Después de todo, su trabajo sobre conflictos normativos sugiere que el sujeto de derecho es una parte propiamente dicha de su teoría jurídica. Toda duda al respecto es fácilmente resuelta con una mirada a la solución que KELSEN da en relación con los conflictos normativos en el contexto de los múltiples sistemas jurídicos. El problema de los conflictos normativos en este contexto impulsa a KELSEN a desarrollar la doctrina del monismo jurídico⁹⁵, la cual, según la opinión general, es una

94 Ver KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), § 5(a) (26-27), sobre la afirmación de KELSEN acerca de este punto.

95 Ver, principalmente KELSEN, *Das Problem der Souveränität* (n. 62 anterior), la cual sigue siendo el *locus classicus* sobre este asunto. KELSEN reiteró su posición en muchos escritos

parte muy importante de su teoría jurídica y proporciona expresamente un rol al sujeto de derecho⁹⁶.

En lo que concierne al sujeto de derecho, estas dos doctrinas, la tesis semántica no reductiva y la solución de KELSEN a los conflictos normativos, parecen apuntar entonces hacia direcciones opuestas. La primera doctrina cede ante el programa reconstructivo de KELSEN, lo cual es decir que la norma dirigida al sujeto de derecho claudica en relación con la norma sancionatoria dirigida al funcionario estatal, eliminando de hecho al sujeto de derecho como parte propiamente dicha de la teoría jurídica de KELSEN. La segunda doctrina, sin embargo, provee un rol al sujeto de derecho dentro de la propia teoría jurídica kelseniana.

No obstante, si la cuestión es la de defender una lectura fuerte de autoridad, esta segunda doctrina es menos útil de lo que se podría pensar. Efectivamente surge la pregunta acerca de la viabilidad del programa reconstructivo de KELSEN; el trabajo sistemático de KELSEN acerca de los conflictos normativos va en contra del mandato acerca de la reformulación del derecho en términos objetivos. Sin embargo, el hecho de que la doctrina plantee esta cuestión no es en sí mismo un argumento a favor de la lectura fuerte de autoridad. Ella deja esta cuestión completamente abierta.

Una tercera doctrina, la validez jurídica *qua* obligatoriedad, es de especial interés en relación con la lectura fuerte de la autoridad, ya que su motivo básico, la idea de obligatoriedad o fuerza obligatoria, es también el núcleo de la idea de autoridad.

La validez jurídica qua obligatoriedad. La convergencia de estos temas en esta tercera doctrina –validez jurídica *qua* obligatoriedad dirigida al sujeto de derecho, y obligatoriedad en tanto núcleo de la idea de autoridad– sugiere que bien puede existir un argumento *prima facie* a favor de una lectura fuerte de la autoridad en la teoría jurídica de KELSEN. KELSEN escribe en *General Theory of Law and State*, que decir “una norma es válida es decir que [...] ella tiene ‘fuerza vinculante’ para aquellos cuya conducta regula”⁹⁷, y aquellos regulados son sujetos de derecho.

La importancia de la doctrina de la validez jurídica *como* obligatoriedad no se ha perdido en los escritos que argumentan a favor de una lectura fuerte de la autoridad en la teoría jurídica de KELSEN⁹⁸. RAZ, en particular, toma esta doctrina como su punto de partida de una argumentación a favor de la

posteriores. Por última vez en “Sovereignty”, que fue traducido para la edición de *Normativity and Norms* (n. 1 anterior), 525-536.

96 Sobre una breve exposición acerca de esta problemática y la solución propuesta por KELSEN, ver STANLEY L. PAULSON, “Introduction” a *Normativity and Norms* (n. 1 anterior), XXIII-LIII, parte VI (L-LIII).

97 KELSEN, *General Theory of Law and State* (n. 8 anterior), 30, citado en NINO, “Some Confusions Surrounding KELSEN’s Concept of Validity” (n. 14 anterior), 255.

98 Ver referencias en la n. 13 anterior.

Teoría Pura del Derecho *qua* teoría de la *normatividad justificada*⁹⁹. Mientras que “[l]os conceptos de la normatividad del derecho y de la obligación de obedecerlo” están vinculados solo de manera contingente en lo que RAZ llama normatividad social, atribuida a H.L.A. HART, ellos están vinculados de manera analítica en lo que RAZ llama normatividad justificada, la perspectiva que él atribuye a KELSEN¹⁰⁰. Pasajes de KELSEN tales como el siguiente, citados e interpretados por RAZ, son especialmente sugestivos:

Se entiende por ‘validez’, la fuerza vinculante de la ley –la idea de que la ley debe ser obedecida por la gente cuyo comportamiento regula–¹⁰¹.

KELSEN de nuevo:

[Que una] norma que se refiere a un comportamiento de los seres humanos sea ‘válida’, significa que es vinculante –que un individuo debe comportarse de la manera determinada por la norma–¹⁰².

Son bien conocidos los detalles de la reconstrucción de RAZ, incluida su interpretación de la norma fundamental en términos del “hombre de derecho”, por lo que no creo necesario repetirlos acá¹⁰³. Es suficiente, para mis propósitos, resaltar la dificultad que surge en tanto se leen con atención los textos de KELSEN.

La dificultad es familiar de aquella de la primera doctrina. Allí vimos que KELSEN se propone reconstruir los conceptos ‘subjetivos’ asociados al sujeto de derecho en términos de conceptos homólogos ‘objetivos’. En el contexto actual, esta propuesta merece un análisis más detallado. Si los pasajes que examinaré en este punto son representativos y mi interpretación de ellos es correcta, entonces todo lo que digo aquí planteará dudas, en cualquier caso desde el punto de vista textual¹⁰⁴, acerca del estatus que, en la teoría de KELSEN, tienen los conceptos empleados por RAZ, al argumentar a favor de la normatividad justificada.

99 Ver RAZ, “KELSEN’s Theory of the Basic Norm” (n. 14 anterior) en 57-60 *et passim*.

100 *Ibid.*, 60.

101 HANS KELSEN, “Why Should the Law be Obeyed?”, in *What Is Justice?* (n. 8 anterior), 257-265, 257 (la primera aparición de este ensayo, en 1957, tiene por título *What is Justice?*), citado por RAZ en “KELSEN’s Theory of the Basic Norm” (n. 14 anterior), 60.

102 KELSEN, *Reine Rechtslehre*, § 34(a) (196), citado por RAZ en “KELSEN’s Theory of the Basic Norm” (n. 14 anterior), 60.

103 Ver *ibid.*, 57-67; RAZ, “The Purity of the Pure Theory” (n. 14 anterior); para una corta exposición ver PAULSON, “Introduction” (n. 96 anterior), parte III, B (XXXIX-XLIII). Ver también UTA BINDREITER, “Presupposing the Basic Norm”, *Ratio Juris*, 14 (2001), 143-175.

104 Sobre la relación entre interpretación textual y reconstrucción, ver la sección 6 a continuación.

Un correlato de la idea de la vinculatoriedad es el concepto mismo de obligación, es decir, la obligación del sujeto de derecho –cuyo concepto, sostiene RAZ, se encuentra analíticamente vinculado a la normatividad del derecho. Como sostiene KELSEN, un enunciado en el sentido de que una norma “es ‘vinculante’ para un individuo significa que el individuo debe comportarse como la norma prescribe”¹⁰⁵. Los fragmentos de KELSEN que son citados por RAZ y reproducidos arriba¹⁰⁶ afirman el mismo punto.

KELSEN mismo no plantea argumento alguno a favor de la estructura de la obligación dentro del marco de aquello que RAZ denomina como normatividad justificada. Por el contrario, KELSEN vuelve invariablemente a la argumentación de lo que yo he llamado interpretación débil de la autoridad. Tres conceptos intervienen en uno de los más extensos pasajes que se encuentran en la segunda edición de *Reine Rechtslehre*: (1) la obligación jurídica del sujeto de hacer *x*, (2) el mandato correspondiente a que el sujeto haga *x*, y (3) la sanción que puede ser impuesta al sujeto que falla en hacer *x*. En este punto, KELSEN argumenta que los enunciados (1) y (2) son, como él sostiene, “idénticos”:

El enunciado, (1) ‘Un individuo se encuentra obligado jurídicamente a comportarse de cierta manera’, es idéntico al enunciado, (2) ‘Una norma jurídica ordena que un individuo se comporte de cierta manera’¹⁰⁷.

En otro aparte del mismo texto, KELSEN se refiere también a los enunciados (1) y (2), al sostener esta vez que el enunciado (1) “no significa otra cosa que” el enunciado (2)¹⁰⁸. En otro punto del mismo texto, KELSEN se refiere una vez más a los enunciados (1) y (2), al defender en esta oportunidad que las cláusulas operativas son “sinónimas”¹⁰⁹. Además –la jugada clave– pasa a explicar el enunciado (2) en términos del enunciado (3), como sigue:

(3) ‘[Un] sistema jurídico ordena cierto comportamiento atribuyendo al comportamiento contrario un acto coercitivo como sanción’¹¹⁰.

Pienso que el punto que se desprende de la explicación de KELSEN es claro. El enunciado (1), el enunciado acerca de la obligación del sujeto de derecho, lejos de ser explicado *dentro* del marco de la lectura fuerte de la autoridad,

105 HANS KELSEN, “A ‘Dynamic’ Theory of Natural Law”, *Louisiana Law Review*, 16 (1955-56), 597-620, 613, repr. en KELSEN, *What Is Justice?* (n. 8 anterior), 174-197, 388 (notas al pie), 190-191. (El inglés es refinado en la reimpression de 1957; una versión en alemán, en un formato algo diferente, también apareció en 1957).

106 Ver citas en el texto n. 101-102 anterior.

107 KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), § 28(a) (121) (comillas añadidas).

108 *Ibid.*, § 28(b) (123).

109 *Ibid.*, § 28(a) (120).

110 *Ibid.*, § 28(a) (121) (comillas añadidas).

cede finalmente frente a (3), la norma sancionatoria hipotéticamente formulada. Y la norma sancionatoria hipoteticamente formulada tiene su punto de partida en la nomoestática, una parte propiamente dicha de la lectura débil de la autoridad. Parece que KELSEN no tiene –y no pretende tener– un análisis de la obligación jurídica que sea independiente de la lectura débil de la autoridad. Entonces, la tercera doctrina, la validez jurídica *qua* obligatoriedad, sufre la misma suerte que la primera doctrina: ella pierde espacio frente al programa reconstructivo.

La cuarta y última doctrina que se analiza aquí es una formulación de la norma fundamental. Mi único interés en este punto es la cuestión concerniente a si la norma fundamental, adecuadamente formulada, se refiere a la lectura fuerte de la autoridad.

Una formulación de la norma fundamental. KELSEN, en *Allgemeine Staatslehre*, ofrece una formulación de la norma fundamental que parecería servir de apoyo a la lectura fuerte de la autoridad.

El contenido característico de la norma fundamental (*Grund- oder Ursprungsnorm*), que proporciona una base al sistema jurídico, es que una autoridad (*Autorität*), una fuente de derecho, es establecida si sus expresiones deben ser asumidas como jurídicamente vinculantes (*rechtsverbindlich*): la norma fundamental dice, de manera simplificada en aras de mayor claridad: compórtate tal y como la autoridad jurídica (*Rechtsautorität*) –el monarca, la asamblea popular, el parlamento, etc.– ordena¹¹¹.

La suposición subyacente en esta formulación de la norma fundamental, también evidente en otros lugares de los escritos de KELSEN¹¹², es que las disposiciones constitucionales que habilitan a los órganos legislativos para dictar normas dirigidas a los sujetos de derecho imponen obligaciones a estos sujetos, no obstante de manera condicional, de cumplir con las normas emitidas¹¹³. Así entendida, la norma fundamental de KELSEN une dos ejes centrales de su obra –la habilitación, la cual refleja la interpretación débil de la autoridad, y la obligatoriedad, que refleja la lectura fuerte–. De este modo, esta formulación de la norma fundamental acentúa un argumento a favor de esta última, la lectura fuerte.

Dejando a un lado los diversos problemas de la norma fundamental¹¹⁴, yo señalaría simplemente que si se compara en relación con este estándar,

111 KELSEN, *Allgemeine Staatslehre* (n. 16 anterior), § 19(c) (99).

112 Ver KELSEN, *General Theory of Law and State* (n. 8 anterior), 115-116; KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), § 34(c)-(d), (g) (203-204, 205, 219).

113 Esta formulación de la norma que concede poder –si no, con certeza, de la norma fundamental– es también evidente en la *Spätlehre* de KELSEN; ver KELSEN, *General Theory of Norms* (n. 31 anterior), cap. 59, II, A, cc (260-261).

114 He sostenido, por ejemplo, que el argumento de la norma fundamental es neokantiano

es decir en relación con la norma fundamental de KELSEN, la lectura débil de la autoridad sale también bien librada. Esto es, existe una serie de formulaciones de la norma fundamental por parte de KELSEN¹¹⁵ que están dirigidas a esta lectura. Así, por ejemplo:

Un sistema *dinámico* se presenta si la norma fundamental se limita a facultar a una voluntad humana particular a emitir normas [...]. La autoridad (*Autorität*) habilitada por la norma fundamental puede, a su vez, delegar el poder –ya sea en relación con todo el ámbito de su responsabilidad o solo en relación con una parte de este– a otra autoridad¹¹⁶.

Lejos de ser una novedad, KELSEN repite la formulación de la norma fundamental, que explora directamente la nomodinámica, en una serie de diversos escritos¹¹⁷. No obstante, otra formulación de la norma fundamental habla directamente acerca de la nomoestática¹¹⁸.

En este punto abandono la argumentación a favor de una lectura fuerte de la autoridad sin pretender haber hecho justicia. En una corta sección final, pregunto: ¿qué puede ser dicho acerca del hecho de que KELSEN parezca discurrir hacia dos diversas direcciones a la vez?, y, en relación con una apreciación general y una evaluación de su teoría, ¿en qué lugar nos dejan las lecturas fuerte y débil de la autoridad en los escritos de KELSEN?

En lo que sigue, mis observaciones son especulativas. Como he sugerido al principio, no estoy aún en condiciones de dar respuestas plenamente sa-

en carácter y, finalmente, inviable. Ver PAULSON, “The Neo-Kantian Dimension of KELSEN’s Pure Theory of Law” (n. 13 anterior), 322-332. Una exposición más general en STANLEY L. PAULSON, “On the KELSEN-KANT Problematic”, en *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for CARLOS E. ALCHOURRÓN and EUGENIO BULYGIN*, ed. ERNESTO GARZÓN VALDÉS et al. (Berlin: Duncker & Humblot, 1997), 197-213. Ver también STEFAN HAMMER, “A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in KELSEN’s Pure Theory of Law?”, en *Normativity and Norms* (n. 1 anterior), 177-194; GEERT EDEL, “The Hypothesis of the Basic Norm: HANS KELSEN and HERMANN COHEN”, *ibíd.*, 195-219; GERHARD LUF, “On the Transcendental Import of KELSEN’s Basic Norm”, *ibíd.*, 221-234. Sobre este difícil tema ver BINDREITER, “Presupposing the Basic Norm” (n. 103 anterior).

115 Sobre estas diversas formulaciones, ver STANLEY L. PAULSON, “Die unterschiedlichen Formulierungen der ‘Grundnorm’”, en *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, ed. AULIS AARNIO et al. (Berlin: Duncker & Humblot, 1993), 53-74.

116 KELSEN, *Philosophical Foundations of Legal Positivism and Natural Law Theory* (n. 16 anterior), § 8 (400) (énfasis de KELSEN) (trad. modificada).

117 Ver *ibíd.*, § 8 (400), § 9 (401), § 35(437); KELSEN, *Legal Theory* (n. 3 anterior), § 30(a) (59); KELSEN, *General Theory of Law and State* (n. 8 anterior), 116, 367; HANS KELSEN, “The Concept of the Legal Order” (1958), trad. STANLEY L. PAULSON, *American Journal of Jurisprudence*, 27 (1982), 64-84, 68; KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), § 34(b)-(c) (199, 202-203) (en castellano: HANS KELSEN, “El concepto de orden jurídico”, en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho* [Buenos Aires: Centro Editor para América Latina, 1969]).

118 Ver *ibíd.*, § 6(c) (47), § 34(c), (e) (203-204, 211-212); ver también KELSEN, *Philosophical Foundations of Legal Positivism and Natural Law Theory* (n. 16 anterior), § 12 (406); KELSEN, *Legal Theory* (n. 3 anterior), § 28 (57).

tisfactorias aquí. No obstante, lo que tengo que decir puede brindar alguna luz sobre lo que veo como ejes divergentes en la teoría de KELSEN.

6. CONCLUSIÓN: REFLEXIONES ACERCA DE LAS PRETENSIONES
CONTRAPUESTAS DE LAS INTERPRETACIONES DÉBIL Y FUERTE DE
AUTORIDAD EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

En primer lugar, pienso que KELSEN puede ser entendido en su defensa de ambos puntos de vista –la lectura débil de la autoridad y alguna versión de la lectura fuerte–. No obstante, no puedo afirmar si la versión de la lectura fuerte de la autoridad se asemeja a lo que RAZ llama ‘normatividad justificada’ o si es una visión cercana al normativismo¹¹⁹. Sin lugar a dudas, pienso que, sin embargo, alguna versión de la lectura fuerte forma parte del panorama completo.

Afirmo que “sin lugar a dudas”, debido a que la lectura fuerte es una reflexión acerca de la creencia de KELSEN, en virtud de la cual las teorías jurídicas basadas en hechos son totalmente erróneas. En su fase más temprana, aquella del constructivismo crítico, y en los primeros años de su fase clásica o neokantiana¹²⁰ –exagerando levemente al exponerlo de esta manera– KELSEN abordó toda tesis jurídica imaginable, identificando e identificando erróneamente¹²¹ algunas de ellas como defensoras de una teoría basada en hechos, y enfatizando los elementos basados en hechos en su crítica al trabajo de otros¹²². Un solo ejemplo es elocuente.

BERNHARD WINDSCHEID, el último gran representante del pandectismo¹²³, recurre a una metáfora en su esfuerzo por dar cuerpo a la noción de voluntad como algo psicológico o “psíquico”, al hablar de la voluntad en términos de “movimiento que, contenido en el interior, es inacabado; una ola, que es devorada por la siguiente”¹²⁴. La metáfora de WINDSCHEID sirve de aliciente

119 Ver n. 20 anterior.

120 Para una exposición acerca de las fases de desarrollo de la teoría del derecho de KELSEN, que incluye referencias de otras perspectivas sobre detalles de esa periodización, ver mi “Introduction” (n. 96 anterior), parte I (XXIII-XXVII).

121 Ver e.g. la perspectiva de KELSEN sobre RUDOLF STAMMLER en KELSEN, *Hauptprobleme* (n. 15 anterior), 58-62.

122 He recogido referencias de críticas de KELSEN a los trabajos de otros teóricos del derecho: ver PAULSON, “The Neo-Kantian Dimension of KELSEN’s Pure Theory of Law” (n. 13 anterior) 315-316, n. 20-22.

123 La vida de BERNHARD WINDSCHEID (1817-1892) fue un puente entre dos eras del derecho alemán. El joven WINDSCHEID asistió a las conferencias de Savigny en Berlín, y al final del siglo, el *Lehrbuch des Pandektenrechts* de WINDSCHEID (ver n. 126 a continuación), al cual él dedicó 30 años, tuvo un impacto profundo en la formación del Código Civil alemán.

124 BERNHARD WINDSCHEID, “Wille und Willenserklärung” (June 1878, conferencia en Leipzig), *Archiv für Civilistische Praxis*, 63 (1880), 72-112, 76-77, repr. en Windscheid, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, ed. PAUL OERTMANN (Leipzig: Duncker & Humblot, 1904), 337-374, 341.

a la crítica de KELSEN, quien en *Hauptprobleme* la aprovecha al máximo¹²⁵. No obstante, en otro lugar WINDSCHEID aborda la cuestión concerniente a la voluntad jurídica sin asomo de metáfora alguna al sostener que esta noción comprende algo psicológico o psíquico, escribiendo, por ejemplo: “Si alguien dice que él pretende [hacer algo], se presumirá que él predende [hacerlo], hasta que los hechos cognoscibles de manera objetiva demuestren lo contrario”¹²⁶.

La respuesta de KELSEN a esto es que WINDSCHEID, como teórico psicológico de la voluntad, no debe mezclar las categorías de la presunción jurídica con la voluntad psíquica¹²⁷ —no obstante, lo que se encuentra en juego es si el concepto de voluntad de WINDSCHEID es jurídico normativo más que psicológico—.

El ejemplo —y hay otros¹²⁸— sugiere que KELSEN está preparado para ir considerablemente lejos con el objeto de demostrar cabalmente que las teorías jurídicas basadas en hechos son erróneas. Es su franca reacción en contra de las teorías jurídicas basadas en hechos lo que provoca que él defienda, de la forma más resoluta imaginable, la distinción propia de los neokantianos de Baden o Heidelberg entre *Sein/Sollen* o entre *ser/deber ser*¹²⁹. Permaneciendo de manera estricta e inamovible en el ámbito del *Sollen*¹³⁰, KELSEN desarrolla los elementos de una teoría normativa del derecho —o por lo menos, los elementos del normativismo—¹³¹.

Este es uno de los aspectos de la ambivalencia de KELSEN. El otro aspecto es su interés permanente en la transformación de la así llamada ciencia jurídica en algo genuinamente científico (*wissenschaftlich*)¹³², su interés en poner el estudio del derecho, adaptando la frase de KANT, en el camino

125 Ver en general KELSEN, *Hauptprobleme* (n. 15 anterior), 122-133.

126 BERNHARD WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9ª ed., 3 vols. (Frankfurt: Rütten & Loening, 1906, repr. Aalen: Scientia, 1984), vol. 1, par. 75, 376 n. 1.

127 KELSEN, *Hauptprobleme* (n. 15 anterior), 125.

128 Ver e.g. el criticismo de KELSEN de EUGEN EHRLICH, en HANS KELSEN, “Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 39 (1915), 839-876.

129 Ver PAULSON, “HANS KELSEN’S Earliest Legal Theory: Critical Constructivism“ (n. 23 anterior), 27-32.

130 Por ejemplo, sobre la distinción *Sein/Sollen*, KELSEN escribe que, por una parte, el jurista debe reconocer “una conexión, en el contenido, entre los dos órdenes”, el orden de la realidad y aquel del valor, no obstante, por otra parte, “necesariamente presuponiendo” el dualismo metodológico de *Sein* y *Sollen*, el jurista tiene que admitir que allí *no puede* existir conexión alguna entre estos dos órdenes. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre* (n. 16 anterior), § 5(c) (19), § 13(b) (62); ver también PAULSON, “HANS KELSEN’S Earliest Legal Theory: Critical Constructivism“ (n. 23 anterior), 38-40.

131 Ver n. 20 anterior.

132 Acerca de una discusión sobre este tema a menudo no abordado ver HORST DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei HANS KELSEN* (Baden-Baden: Nomos, 1986), 104-112. Más allá de la idea de que las ciencias naturales deben servir como un modelo de exactitud para la ciencia jurídica, KELSEN señala que las doctrinas filosófico metodológicas —e.g. la temprana sustitución sistemática de conceptos sustantivos por conceptos funcionales de ERNST CASSIRER— también tiene aplicación en la ciencia jurídica. Ver HANS KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1922), § 33 (206-208).

seguro de la ciencia¹³³. Así como KELSEN encuentra atractiva la habilitación para la emisión de normas de MERKL, con un patrón ordenado de normas ‘condicionantes’ y ‘condicionadas’ en los niveles adyacentes de un sistema jurídico jerárquicamente ordenado, conceptualizado por medio de la *Stufenbaulehre*, de la misma forma KELSEN encuentra atractiva la habilitación complementaria para la imposición de sanciones. Ambas construcciones terminan en estructuras definidas, las normas correspondientes que confieren poder. No hay necesidad entonces de prestar atención al concepto de *Sollen*, el cual es, desde este punto de vista, conocido tanto por su opacidad como por sus connotaciones por completo engañosas, el legado desafortunado de la tradición del derecho natural, conforme a los aportes de KELSEN. Para KELSEN, estas construcciones, las normas complementarias que conceden poder, parecían promover la, anteriormente no muy convincente, pretensión de exactitud de la ciencia jurídica.

En pocas palabras, el atractivo cientificista de algunos aspectos de la interpretación débil de la autoridad condujo a KELSEN en una dirección, mientras su continuo interés en pronunciarse en contra de las teorías jurídicas basadas en hechos lo condujo en una dirección contraria. Al final de la carrera de KELSEN, el último punto de vista, del cual es manifestación alguna versión de la interpretación fuerte de la autoridad, claudica ante el precedente entusiasta interés de KELSEN por las construcciones de la ciencia jurídica. Su última afirmación sobre estas construcciones se encuentra en la publicación póstuma *General Theory of Norms*¹³⁴.

Por último y muy brevemente, la cuestión evaluativa. Yo sería el primero en estar de acuerdo en que una interpretación textual, acerca de la cual he insistido en mi argumentación sobre la interpretación débil de la autoridad, no es por sí misma determinante de la cuestión acerca de cuál descripción es más defendible en relación con la reconstrucción de KELSEN. Una variedad de factores entran en juego, incluyendo los, no menos importantes, méritos filosóficos de la reconstrucción en cuestión. Creo que desde este punto de vista se encuentra justificado el interés por una interpretación fuerte de la autoridad. Después de todo, como los comentaristas han notado, el interés en KELSEN proviene en gran parte de su pretensión extraordinaria de haber forjado una ‘vía media’ entre el positivismo jurídico tradicional o basado en hechos y la teoría del derecho natural¹³⁵. Sin embargo, esta interpretación de KELSEN no tiene sentido separada de una lectura fuerte de la autoridad.

133 IMMANUEL KANT, *Critique of Pure Reason*, trad. NORMAN KEMP SMITH (London: Mac-Millan, 1929), B IX. En castellano: IMMANUEL KANT, *Crítica de la razón pura*, 15ª ed. (Madrid: Santillana, 1998).

134 Ver n. 31 anterior; el tratado fue publicado por primera vez en 1979, y refleja el trabajo de KELSEN durante la última década de su vida.

135 Sobre la referencia del propio KELSEN sobre una ‘vía media’, ver KELSEN, *Reine Rechts-*

No obstante, me gustaría concluir en un tono conciliador en lo que concierne a las dos lecturas de la autoridad en la teoría jurídica de Kelsen. Si apreciamos obras de genios de la filosofía, una de las muchas cosas que nos vienen a la mente es la existencia de un *corpus* de escritos lo suficientemente rico para sostener una serie de interpretaciones, que reflejan diversos intereses y persuasiones filosóficas. Los escritos de HANS Kelsen son, a mi juicio, un buen ejemplo de ello.

BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, JOHN. *Lectures on Jurisprudence*, 2 vols., 5ª ed., ed. ROBERT CAMPBELL (London: John Murray, 1885).
- BAURMANN, MICHAEL. *Der Markt der Tugend* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1996).
- BENTHAM, JEREMY. *Of Laws in General*, ed. H.L.A. HART (London: Athlone Press, 1970).
- BENTHAM, JEREMY. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. J.H. BURNS and H.L.A. HART (London: Athlone Press, 1970).
- BEYLEVELD, DERYCK y BROWNSWORD, ROGER. "Normative Positivism: The Mirage of the Middle-Way", *Oxford Journal of Legal Studies*, 9 (1989), 463-512.
- BINDING, KARL. *Die Normen und ihre Übertretung*, 4 vols., 2ª reimpr. (Leipzig: Felix Meiner, 1890-1919).
- BINDREITER, UTA. "Presupposing the Basic Norm", *Ratio Juris*, 14 (2001), 143-175.
- BOHANNAN, PAUL. "The Differing Realms of the Law", en *Law and Warfare*, ed. BOHANNAN (Garden City, New York: Natural History Press, 1967), 43-56.
- CELANO, BRUNO. *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen* (Torino: G. Giappichelli Editore, 1990).
- HART, H.L.A. "Bentham's *of Laws in General*" y "Legal Rights", en H.L.A. HART. *Essays on BENTHAM* (Oxford: Clarendon Press, 1982).
- HART, H.L.A. *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), 2ª ed., con Epílogo, ed. PENELOPE BULLOCH y JOSEPH RAZ (1994). En castellano: H.L.A. HART. *El concepto del derecho*, 2ª reimpr. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007).
- HELLER, HERMANN. "Die Krisis der Staatslehre", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 55 (1926), 298-316, repr. HELLER, HERMANN. *Gesammelte Schriften*, 3 vols., 2ª reimpr., ed. CHRISTOPH MÜLLER (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1992), 3-30.
- lehre*, 2ª ed. (n. 4 anterior), § 34(g) (215). Ver en general RAZ, "The Purity of the Pure Theory" (n. 14 anterior); H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei HANS Kelsen* (n. 131 anterior), 27-42 *et passim*; DERYCK BEYLEVELD y ROGER BROWNSWORD, "Normative Positivism: The Mirage of the Middle-Way", *Oxford Journal of Legal Studies*, 9 (1989), 463-512; PAULSON, "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Legal Theory" (n. 13 anterior), 313-322.

- HOBBS, THOMAS. *Man and Citizen*, ed. BERNARD GERT (Garten City, New York: Anchor, 1872). En castellano: HOBBS, THOMAS. *De Cive: Elementos filosóficos sobre el ciudadano* (Madrid: Alianza Editorial, 2000).
- HOHFELD, WESLEY NEWCOMB. *Fundamental Legal Conceptions*, ed. WALTER WHEELER COOK (New Haven: Yale U.P. 1919). En castellano: HOHFELD, WESLEY NEWCOMB. *Conceptos jurídicos fundamentales*, 3ª reimpr. (México: Fontamara, 1995).
- JHERING, RUDOLF VON. *Geist des römischen Rechts*, 3 vols., 4ª ed. (Leipzig: Breitkopf and Härtel, 1878-88). En castellano: JHERING, RUDOLF VON, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo* (Madrid: Carlos Bailly-Bailliere, 1891).
- KANT, IMMANUEL. *Critique of Pure Reason*, trad. NORMAN KEMP SMITH (London: MacMillan, 1929). En castellano: KANT, IMMANUEL. *Crítica de la razón pura*, 15ª ed. (Madrid: Santillana, 1998).
- KELSEN, HANS. *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. BONNIE LITSCHESKI PAULSON y STANLEY L. PAULSON (Oxford: Clarendon Press, 1992). En castellano: KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960).
- KELSEN, HANS. *General Theory of Norms*, trad. MICHAEL HARTNEY (Oxford: Clarendon Press, 1991). En castellano: KELSEN, HANS. *Teoría General de las Normas* (México: Trillas, 1994).
- KELSEN, HANS. “Recht und Kompetenz: Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles”, en KELSEN, HANS. *Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre*, ed. KURT RINGHOFER and ROBERT WALTER (Wien: Springer, 1987), 1-108.
- KELSEN, HANS. “The Concept of the Legal Order”, traducción STANLEY L. PAULSON, *American Journal of Jurisprudence*, 27 (1982), 64-84. En castellano: HANS KELSEN, “El concepto de orden jurídico”, en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires: Centro Editor para América Latina, 1969).
- KELSEN, HANS. “The Idea of Natural Law” (1928), trad. PETER HEATH, en HANS KELSEN, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ed. OTA WEINBERGER (Dordrecht: Reidel, 1973), 27-60. En castellano: KELSEN, HANS. “La idea del derecho natural”, en *La idea del derecho natural y otros ensayos* (Buenos Aires: Editorial Losada, 1946).
- KELSEN, HANS. *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (Viena: FRANZ DEUTICKE, 1960). En castellano: HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, 16ª ed., trad. ROBERTO J. VERNENGO (México: Porrúa, 2009).
- KELSEN, HANS. “A ‘Dynamic’ Theory of Natural Law”, *Louisiana Law Review*, 16 (1955-56), 597-620.
- KELSEN, HANS. “The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science”, *Western Political Quarterly*, 2 (1949), 481-513, repr. en KELSEN, HANS. *What Is Justice?* (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1957), 137-173. En castellano: HANS KELSEN, ¿Qué es justicia? (Barcelona: Ariel, 1992).

- KELSEN, HANS. *General Theory of Law and State* (Cambridge, MA: Harvard U.P., 1945). En castellano: HANS KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado* (México: Imprenta Universitaria, 1949, 5ª reimpr. 1995).
- KELSEN, HANS. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1991).
- KELSEN, HANS. *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: Julius Springer, 1925). En castellano: HANS KELSEN, *Teoría General del Estado* (Barcelona: Editorial Labor, 1934).
- KELSEN, HANS. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1922).
- KELSEN, HANS. *Das Problem der Souveränität* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1920).
- KELSEN, HANS. "Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 39 (1915), 839-876.
- KELSEN, HANS. "Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32 (1914), 202-245, 390-438.
- KELSEN, HANS. "Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 31 (1913), 53-98, 190-249.
- KLECATSKY, HANS et al., ed. *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, 2 vols. (Wien: Europa Verlag, 1968):
- KLECATSKY, HANS y KELSEN, HANS. Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1911), repr., vol. I, 3-36.
- KLECATSKY, HANS y MERKL, ADOLF JULIUS. "Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues", en *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Verdross, Alfred, ed. (Viena: Springer, 1931), 252-294, repr., vol. II, 1311-1361.
- KLECATSKY, HANS y MERKL, ADOLF JULIUS. *Das Recht im Lichte seiner Anwendung* (Hannover: Helwing, 1917), repr., vol. I, 1167-1201.
- KLECATSKY, HANS y KELSEN, HANS. "Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 17 (1923-24), 374-408, repr., vol. II, 1625-1660.
- KLECATSKY, HANS y MERKL, ADOLF JULIUS. "Justizirrtum und Rechtswahrheit", *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften*, 45 (1925), 452-465, repr., vol. I, 195-208.
- KOLLER, PETER. *Theorie des Rechts*, 2ª ed. (Wien: Böhlau, 1997).
- LEIBHOLZ, GERHARD. "Zur Begriffsbildung im öffentlichen Recht", *Blätter für Deutsche Philosophie*, 5 (1931), 175-189, repr. en LEIBHOLZ, Gerhard. *Strukturprobleme der modernen Demokratie* (Karlsruhe: C.F. MÜLLER, 1958), 262-276.
- MERKL, ADOLF JULIUS. "Das Recht im Spiegel seiner Auslegung", en *Gesammelte Schriften*, ed. Dorothea Mayer-Maly et al., 3 vols. (dividido cada vol. en 2 partes) (Berlin: Duncker & Humblot, 1993), vol. I.1, 84-146.
- MERKL, ADOLF JULIUS. *Die Lehre von der Rechtskraft* (Leipzig & Wien: Deutliche, 1923).

- MINOGUE, KENNETH. "Authority", en *The Blackwell Encyclopaedia of Political Institutions*, ed. Vernon Bogdanor (Oxford: Basil Blackwell, 1987), 34-36.
- MORESO, JOSÉ JUAN. "Verfassungswidrige Normen", *Rechtstheorie*, 25 (1994), 417-449.
- PAULY, WALTER. *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1993).
- PAULSON, STANLEY L. "Arriving at a Defensible Periodization of HANS KELSEN's Legal Theory", *Oxford Journal of Legal Studies*, 19 (1999), 351-364.
- PAULSON, STANLEY L. y LITSCHESKI PAULSON, BONNIE. Ed., *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Oxford: Clarendon Press, 1998):
- PAULSON, STANLEY L. y HANS KELSEN, "Prefacio" a la 2ª impresión de *Main Problems in the Theory of Public Law*, trad. de *Hauptprobleme*, 3-22.
- STANLEY L. PAULSON, "HANS KELSEN's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism", 23-43.
- PAULSON, STANLEY L. y JOSEPH RAZ, "KELSEN's Theory of the Basic Norm", 47-67.
- PAULSON, STANLEY L. y STEFAN HAMMER, "A Neo-KANTIAN Theory of Legal Knowledge in KELSEN's Pure Theory of Law?", 177-194.
- PAULSON, STANLEY L. y GEERT EDEL, "The Hypothesis of the Basic Norm: HANS KELSEN and HERMANN COHEN", 195-219.
- PAULSON, STANLEY L. y GERHARD LUF, "On the Transcendental Import of KELSEN's Basic Norm", 221-234.
- PAULSON, STANLEY L. y JOSEPH RAZ, "The Purity of the Pure Theory", 237-252.
- PAULSON, STANLEY L. y CARLOS SANTIAGO NINO, "Some Confusions Surrounding KELSEN's Concept of Validity", 253-261.
- PAULSON, STANLEY L. y EUGENIO BULYGIN, "An Antinomy in KELSEN's Pure Theory of Law", 297-315.
- PAULSON, STANLEY L. y RICCARDO GUASTINI, "Normativism or the Normative Theory of Legal Science: Some Epistemological Problems", 317-330.
- PAULSON, STANLEY L. y AMEDEO G. CONTE, "HANS KELSEN's View in the Late Period and a Rejoinder", 343-361.
- PAULSON, STANLEY L. y ALF ROSS, "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", 147-163. En castellano: ALF ROSS, "Validez y el conflicto entre positivismo jurídico y derecho natural", en *El concepto de validez y otros ensayos*, 4ª reimpr. (México: Fontamara, 2006).
- PAULSON, STANLEY L. y DICK W.P. RUITER, "Legal Powers", 471-491.
- PAULSON, STANLEY L. y H.L.A. HART, "KELSEN's Doctrine of the Unity of Law", 553-581.

- PAULSON, STANLEY L. "On the Kelsen-Kant Problematic", en *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, ed. Ernesto Garzón Valdés et al. (Berlin: Duncker & Humblot, 1997), 197-213.
- PAULSON, STANLEY L. "Die unterschiedlichen Formulierungen der 'Grundnorm'", en *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, ed. Aulis Aarnio et al. (Berlin: Duncker & Humblot, 1993), 53-74.
- PAULSON, STANLEY L. "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 12 (1992), 311-332.
- PAULSON, STANLEY L. "Kelsen on Legal Interpretation", *Legal Studies*, 10 (1991), 136-152.
- PAULSON, STANLEY L. "An Empowerment Theory of Legal Norms", *Ratio Juris*, 1 (1988), 58-72.
- POPPER, KARL. *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach* (Oxford: Clarendon Press, 1972). En castellano: POPPER, KARL. *Conocimiento objetivo: un enfoque evolucionista* (Madrid: Editorial Tecnos, 2005).
- RADBRUCH, GUSTAV. *Rechtsphilosophie*, ed. Ralf Dreier y Stanley L. Paulson (Heidelberg: C.F. Müller, 1999). En castellano: RADBRUCH, GUSTAV. *Filosofía del derecho*, 4ª reimpr. (Granada: Editorial Comares, 1999).
- Raz, JOSEPH. "Authority and Justification", *Philosophy and Public Affairs*, 14 (1985), 3-29, 5, repr. en *Authority*, ed. Raz (Oxford: Basil Blackwell, 1990), 115-141.
- Raz, JOSEPH. *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986), 38-69.
- Raz, JOSEPH. *The Concept of a Legal System*, 2ª ed. (Oxford: Clarendon Press, 1980). En castellano: RAZ, JOSEPH. *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (México, D.F.: UNAM, 1986).
- RICKERT, HEINRICH. *System der Philosophie*, Pt. I: *Allgemeine Grundlegung der Philosophie* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1921).
- RUITER, DICK W.P. *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects* (Dordrecht: Kluwer, 1993).
- SCHMILL, ULISES. "The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts", *Law and Philosophy*, 19, 2 (2000), 283-310.
- SCHÖNBERGER, CHRISTOPH. *Das Parlament im Anstaltsstaat* (Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1997).
- STOLLEIS, MICHAEL. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3 vols. (München: Beck, 1988-99), vol. II (1992).
- WEBER, MAX. *The Theory of Social and Economic Organization*, trans. A.M. Anderson and Talcott Parsons (New York: Oxford University Press, 1947). En castellano: WEBER, MAX. "Teoría de la organización social y económica", en *Economía y Sociedad*, T. 1 (México, d.F.: Fondo de Cultura Económica, 1944).
- WEINBERGER, OTA. *Norm and Institution* (Wien: Manz, 1988).

WEINBERGER, OTA. *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik* (Berlin: Duncker & Humblot, 1981).

WEINBERGER, OTA. “Die Struktur der rechtlichen Normenordnung”, en *Rechtstheorie und Rechtsinformatik*, ed. GÜNTHER WINKLER (Wien: Springer, 1975), 110-132.

WINDSCHEID, BERNHARD. “Wille und Willenserklärung” (June 1878, conferencia en Leipzig), *Archiv für Civilistische Praxis*, 63 (1880), 72-112, repr. en WINDSCHEID, BERNHARD. *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, ed. PAUL OERTMANN (Leipzig: Duncker & Humblot, 1904), 337-374.