DINAMISMO Y COACTIVIDAD. SOBRE UNA INCONGRUENCIA EN LA TEORIA PURA DEL DERECHO[1]

Miguel Ángel Rodilla
Universidad de Salamanca

RESUMEN. El autor sostiene que la interpretación de Kelsen de la idea de coactividad, a la que usa como criterio de individualización de las normas jurídicas, es incompatible con su caracterización del Derecho como sistema normativo dinámico. El sistema jurídico kelseniano no puede construirse con las normas jurídicas kelsenianas, porque entre éstas no pueden darse las relaciones de validación que son características de un sistema dinámico. De esta manera, la teoría kelseniana del Derecho como un sistema normativo dinámico es una razón para abandonar la teoría kelseniana sobre la estructura uniforme de las normas jurídicas.

ABSTRACT. The author maintains that Kelsen´s interpretation of the idea of coerciveness, which he uses as an individualization criterion of legal norms, is incompatible with his characterization of law as a dynamic normative system. The kelsian legal system cannot be constructed using kelsian legal norms because the validation relationships, which are characteristic of a dynamic system, cannot exist among them. Thus, the consideration of the kelsian theory of law as a dynamic normative system constitutes a reason for abandoning the kelsian theory on the uniform structure of legal norms.

[1] Este artículo forma parte de un trabajo más amplio sobre la concepción kelseniana del sistema jurídico elaborado dentro del proyecto de investigación BJU2002-01494 financiado por la DGI. El borrador fue discutido en el Seminario de Filosofía del Derecho de Salamanca. Agradezco a Enrique Bonete, José A. Ramos Pascua, José M. Garrón, Juan M. Pérez Bermejo, Lourdes Santos, Pablo Rodríguez y José A. Sendín sus críticas y sugerencias. Especialmente agradecido estoy al Prof. Delgado Pinto, a quien debo cuanto sé sobre Kelsen. En una versión ligeramente abreviada este artículo está incluido en J. I. Sánchez Macías, R. Calvo Ortega y F. Rodríguez López (Eds.), *Economía, Derecho y Tributación. Estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005. Aprovecho la ocasión para expresar públicamente a la profesora Begúe mi profundo afecto y gratitud.

En estas páginas exploro lo que me parece que es una grave incongruencia en la concepción kelseniana del derecho. Kelsen caracteriza el derecho como un sistema normativo dinámico y coactivo. Debidamente interpretados, no veo ninguna dificultad para aceptar dinamismo y coactividad como rasgos distintivos del derecho. Mi tesis, sin embargo, es que la interpretación que Kelsen ofrece de la idea de coactividad, elevándola a criterio de individuación de las normas jurídicas, es incompatible con su caracterización del derecho como sistema normativo dinámico.

En esta incongruencia se manifiesta una importante inconsistencia de la teoría pura del derecho. Diciéndolo en pocas palabras, la teoría kelseniana del *sistema* jurídico es incompatible con la teoría kelseniana de la *norma* jurídica: con las normas jurídicas kelsenianas no es posible construir el sistema jurídico kelseniano. De modo que, si esto es verdad, la teoría kelseniana del sistema jurídico es una razón muy poderosa para abandonar la teoría kelseniana de la norma jurídica.

1. La idea de sistema normativo

Probablemente ha sido Kelsen uno de los primeros en haber situado la noción de sistema en el centro del concepto de derecho: la clave para descifrar el concepto de derecho no reside en la noción de *norma* sino en la de *sistema* normativo. Precisamente con una declaración enfática en este sentido comienza la *Teoría General del Derecho y del Estado:*

> "El derecho es un orden de la conducta humana. Un 'orden' es un sistema de reglas. El derecho no es, como a veces se dice, una regla. Es un conjunto de reglas que tiene el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a la regla individual aislada. Las relaciones que enlazan unas con otras las reglas particulares de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Sólo sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un orden jurídico puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho" (GT 3 [3l)

Distanciándose de los usos a la sazón dominantes en la teoría jurídica en lengua alemana, Kelsen entiende el sistema jurídico no como un sistema de conceptos o de problemas o de valores,[2] sino más bien como un sistema de

[2] En fecha todavía reciente W. Canaris trabaja sobre una larga y densa tradición teórica germánica cuando concibe el sistema jurídico como un "orden de valores". Cf, Canaris (1998). El § 2 de esa obra es instructivo sobre las diversas modulaciones que adopta la idea de sistema jurídico en la teoría jurídica alemana.

normas. La norma es, pues, la unidad básica del sistema.[3] Cuál haya de ser el criterio de individuación de las normas jurídicas, es una cuestión importante que no necesitamos abordar por el momento. Lo que interesa retener ahora es que Kelsen presenta la idea de sistema articulando los conceptos de *norma, pluralidad y unidad:* un sistema normativo es la unidad de una pluralidad de normas. Ahora bien, la integración de una pluralidad de normas en esa unidad que denominamos 'sistema' no se produce de cualquier modo. Un conjunto de normas no forma una unidad sistemática por el mero hecho de estar vigentes en el mismo grupo humano y ser generalmente respetadas por la misma comunidad de personas; tampoco por regular la misma materia o por tener afinidades en el contenido. Para Kelsen la relación entre normas que es relevante como relación sistemática es la relación de validación; lo que confiere unidad sistemática a un conjunto de normas es el hecho de tener un fundamento común de validez:

> "Diversas normas configuran *un* orden, es decir, pertenecen a un único y el mismo *sistema* de normas, cuando todas ellas en último término tienen que ser reconducidas a un único y el mismo fundamento de validez, cuando –expresándolo metafóricamente– proceden de una y la misma 'fuente', o –expresado en un giro antropomórfico muy popular– cuando el fundamento de su validez es una única y la misma 'voluntad', que precisamente por ello pasa por 'autoridad'" (PG 291 s.).[4]

El concepto kelseniano de 'sistema' está, pues, vinculado a su concepción de la validez.[5] Kelsen designa con el término 'validez' el modo peculiar de existir de las normas: decir 'una norma vale' equivale a decir que existe

---

[3] Aunque en muchos pasajes de las obras de Kelsen escritas en inglés (como el que acabo de transcribir) encontramos a menudo 'reglas' *(rules),* en adelante utilizaré más bien el término 'norma', que es la expresión habitual en nuestro autor. Con todo, he de advertir que en algún momento Kelsen parece querer establecer una distinción entre esos dos términos, echando mano de la distinción entre norma y enunciado deóntico: "Decir que una norma es válida es decir que suponemos su existencia o –lo que es equivalente– que suponemos que tiene 'fuerza vinculante' para aquellos cuya conducta regula. Las reglas jurídicas, si son válidas, son normas" (GT 30). De todos modos, dado que en sus escritos en alemán Kelsen no hace uso del término *Regel,* da toda la impresión de que el uso de *rule* viene dictado por conveniencias idiomáticas más que por exigencias conceptuales. Por lo demás un estudio comparativo de los escritos principales de Kelsen indica que por lo general *role* entra en inglés en los lugares donde entraría *Norm* en alemán.

[4] "Un orden jurídico es una pluralidad de normas generales o individuales que regulan el comportamiento humano [...1 Una pluralidad de normas constituyen un orden cuando éstas forman una unidad, y esto ocurre cuando tienen el mismo fundamento de validez" (COJ 93). Obsérvese que Kelsen utiliza indistintamente los términos 'sistema' y 'orden' *(Svstem, Ordnuung).* Aunque la expresión 'orden' es ubicua en los textos de Kelsen, en adelante por razones de conveniencia utilizaré generalmente el término 'sistema'.

[5] "El orden jurídico es un sistema de normas. Surge así la siguiente cuestión: ¿Qué es lo que convierte en un sistema una multitud de normas? ¿Cuando una norma pertenece a determinado

y que por consiguiente despliega los efectos característicos de las normas. Ahora bien, ¿en qué descansa la validez de una norma? Siguiendo el principio de la inderivabilidad del *Sollen* a partir del *Sein*, que forma parte de los presupuestos fundamentales de la teoría pura del derecho, Kelsen sostiene muy vigorosamente que no es posible fundamentar normas en hechos. Aunque en ocasiones la existencia de ciertos hechos (v. gr. una declaración de un cuerpo legislativo, o una decisión de un tribunal, o la observancia generalizada de un conjunto de personas) puede ser una condición necesaria para la existencia de una norma –y, como veremos, esto ocurre precisamente de forma característica en el caso del derecho–, no puede ser ni una condición suficiente ni el fundamento de validez de la norma. La validez de una norma –vale decir, su existencia– sólo puede basarse en otra norma: el fundamento de validez de una norma reside en otra, cuyo fundamento de validez sólo puede por su parte residir en otra norma y así sucesivamente, siguiendo un orden escalonado *(Stufenbau)* de validación entre normas.

De este modo, retrocediendo de norma a norma llegamos necesariamente a una norma final, en la que en último término descansa la validez de todas las demás normas y a la que, como es notorio, Kelsen denomina "norma fundamental" *(Grundnorm, basic norm).* Por su propia posición, como norma última, la norma fundamental tiene una naturaleza singular. Como su validez no puede descansar en ninguna otra norma, carece de fundamento dentro del sistema. No es una norma 'validada', pero es la suposición de su validez lo que nos permite interpretar como un sistema de normas un conjunto de enunciados normativos basados en ella. En suma, "una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad" (TP 135).

Como fundamento último de la validez de las normas, la norma fundamental proporciona, pues, la respuesta a las dos preguntas fundamentales que plantea la idea misma de sistema normativo: qué es lo que presta *unidad* sistemática a una pluralidad de normas y cuál es el criterio último para determinar *la pertenencia* de una norma al sistema. Lo que hace que una pluralidad de normas no sea un conjunto discreto sino un sistema es su común derivación a partir de una y la misma norma fundamental; lo que nos permite establecer que una determinada norma forma parte de un determinado sistema es su capacidad para ser derivada de la norma fundamental del sistema.

---

sistema de normas, a un orden? Esta cuestión está estrechamente conectada con la de la razón de validez de cada norma" (GT 110 [1291)

> "Todas las normas cuya validez puede ser retrotraída a una y la misma norma fundamental forman un sistema de normas o un orden. Esta norma fundamental constituye, como fuente común, el vínculo de todas las diferentes normas de que consta un determinado orden. Que una norma pertenece a un determinado sistema de normas, a un determinado orden normativo, se puede comprobar solamente estableciendo que deriva su validez de la norma fundamental que constituye ese orden" (GT 111 [130]. Cfr. también TP 135)

Un sistema normativo está, pues, integrado por todas las normas cuya validez puede remontarse a una y la misma norma fundamental, y sólo por ellas; una norma pertenece al sistema si el fundamento de su validez puede remontarse a la norma fundamental de ese sistema. Naturalmente la relación de fundamentación o de derivación entre una norma y la norma fundamental no es necesariamente directa. Más bien, la normas pueden derivar de la norma fundamental a través de otras normas: las normas de un sistema están unidas unas con otras a través de lo que J. Raz, comentando a Kelsen,[6] denomina 'cadenas de validez'–cadenas de validación entre normas, que tienen como último eslabón la misma norma fundamental. (Obsérvese *infra* la fig. 1, que representa la cadena de validez que vincula el acto de ejecución (AE) de una sentencia (NP) a la norma fundamental, a través de dos normas generales y una constitución).[7]

La pertenencia de cada norma al sistema depende, pues, de que pueda ser relacionada con la norma fundamental de ese sistema a través de una cadena de validez más o menos larga. Ahora bien, para tener una idea algo más precisa de la estructura de un sistema normativo, hay que agregar dos puntualizaciones. *En primer lugar,* un sistema no necesariamente consta de una sola cadena de validez. En sistemas complejos lo más verosímil es que haya varias cadenas: v. gr. en el caso español un testamento enlaza con la norma fundamental a través del Código Civil; en cambio, la sentencia que impone a una persona una pena de veinte años de prisión como castigo por haber cometido asesinato, enlaza con la norma fundamental a través del Código Penal. Un sistema puede, pues, tener (y verosímilmente tendrá) varias cadenas de validez, que tienen como último eslabón la norma fundamental. *En segundo lugar,* algunas cadenas de validez dentro del sistema pueden tener eslabones comunes: una norma puede servir de fundamento a otras varias normas, cada una de las cuales puede ser fundamento de otras varias más.

---

[6] Raz (1970) cap. V. La representación gráfica que aquí se hace de las cadenas de validez difiere ligeramente de la J. Raz.

[7] En la figura los círculos negros representan normas; las líneas representan relaciones de validación. Represento el acto de ejecución de la sentencia de forma diferente para indicar que, aunque se fundamenta en una norma, no es una norma. En todo caso, si es un acto *jurídico* es porque está conectado con una norma que pertenece a la cadena.

Una representación gráfica aproximada de un sistema normativo no tendría, pues, necesariamente la imagen lineal de una sola cadena (fig. 1); tampoco la imagen radial de varias cadenas independientes que sólo tienen en común el punto de convergencia (fig. 2). Más apropiada es la imagen arborescente de un conjunto de cadenas con eslabones comunes (fig. 3).

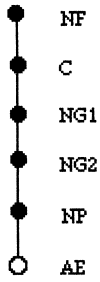

Fig. 1

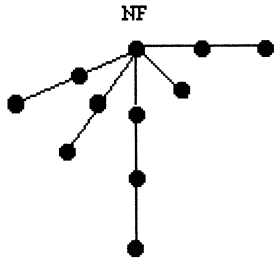

Fig. 2

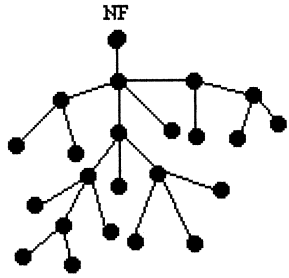

Fig. 3

Decisivo en todo caso es que los enlaces no pueden ser circulares, porque la relación de validación es unidireccional.[8] El desarrollo del sistema normativo a partir de la norma fundamental sigue precisamente un orden ramificado: la unidad sistemática de una pluralidad de normas es la unidad 'genealógica' de todas ellas a partir de un tronco común. Lo que hace que fenómenos de contenido tan diferente como un testamento, la realización de un acto de emancipación de un menor y la ejecución de una pena de prisión pertenezcan al mismo sistema es su común derivación a partir de una y la misma norma fundamental –de forma análoga a como lo que convierte a los primos segundos en parientes es su común derivación a partir del mismo tronco genealógico.

Esta interesante caracterización de un sistema normativo en términos de cadenas de validez es, en realidad, una caracterización muy general, que tiene un ámbito de aplicación más amplio que el derecho. Podemos hablar de sistemas morales o de cualesquiera otros sistemas normativos siempre que varias normas puedan ser reconducidas, mediante relaciones de validación,

[8] Cabria pensar que en el diagrama pueden aparecer zonas que presenten la apariencia de una retícula, porque puede que la validez de una norma no derive inmediatamente de una sola norma sino de varias (v, gr. de una en cuanto al procedimiento, de otra en cuanto a la materia). Ahora bien, incluso si esto es así, no se trataría propiamente de una retícula en la medida en que está excluida la circulación de la validez: la relación de validación no es circular. En el marco de una discusión sobre la necesidad de suponer una norma fundamental que sirva de basamento al primer poder normativo de un sistema, J. Raz sostiene la opinión contraria, a saber, que "las normas pueden autorizar indirectamente su propia creación", de modo que no sería necesario salir del sistema de normas positivas (vid Raz (1970) pp. 138 ss). Independientemente de si es o no aceptable, esta opinión, discutible, no se corresponde, creo yo, con la de Kelsen.

a una y la misma norma fundamental. La caracterización que he venido haciendo es, pues, común a todos los "órdenes de la conducta humana". Por eso "una definición del derecho tiene que especificar en qué aspectos difiere el derecho de esos otros órdenes de la conducta humana" (GT 4 [4]). Para diferenciar el derecho de otros órdenes normativos –en particular, de la moral-– Kelsen destaca dos rasgos distintivos del sistema jurídico: el derecho es un sistema normativo *dinámico (2)* y además *coactivo (3).* Como veremos, el dinamismo proporciona una interpretación de la tesis de la positividad del derecho; la coactividad, en cambio, da cuenta de la índole específica de las normas jurídicas y de la forma peculiar como el derecho regula la conducta humana.

2. Dinamismo

2.1. Tal como Kelsen la construye,[9] la distinción entre sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos es básicamente una distinción relativa a la naturaleza de la norma fundamental del sistema y a la relación de validación entre las normas, o si se prefiere, al modo de derivación de unas normas a partir de otras y en último término a partir de la norma fundamental.[10]

(i) La norma fundamental de un *sistema normativo estático* tiene contenido material: es una directiva que prescribe alguna forma de conducta. Y la derivación de las demás normas a partir de ella es resultado de un proceso de deducción de lo particular a partir de lo general: un proceso de obtención de contenidos particulares a partir de contenidos más generales, o un proceso de 'subsunción', como dice en ocasiones Kelsen, utilizando un lenguaje muy arraigado entre los juristas. La norma fundamental de un sistema estático es vinculante para nosotros en la medida en que consideremos que su validez es evidente por sí misma; y el contenido de las demás normas está desde el principio implícito en ella del mismo modo como en una inferencia lo particular esta implicado en lo general. En este sentido podemos decir que, admitida la validez de la norma fundamental, las demás normas del sistema valen por su contenido. El proceso de integración del sistema –es decir, el proceso de obtención de todas las normas que componen el sistema– es resultado de una "operación intelectual" de explicitación de contenidos nor-

[9] Para esta distinción y la discusión subsiguiente es sumamente instructivo Delgado Pinto (1997). Con este penetrante escrito Delgado Pinto fue entre nosotros uno de los primeros en estudiar la relevancia de la idea de dinamismo en la concepción kelseniana del derecho, y de discutir los problemas que suscita.

[10] Vid. GT 112 ss. [131 ss.], TP 135 ss., PG 292 ss.

mativos implícitos en la norma fundamental: "una inferencia de lo general a lo particular". En un sistema estático

> "las normas son 'válidas' [...] en virtud de su contenido: su contenido tiene una cualidad inmediatamente evidente que garantiza su validez, o, en otros términos: las normas son válidas a causa de su atractivo *(appeal)* intrínseco. Las normas tienen esa cualidad porque son derivables de una norma fundamental específica, de la misma manera que lo particular es derivable de lo general. La fuerza vinculante de la norma fundamental es evidente por sí misma o, al menos, se presume que lo es [...] Las diversas normas de un sistema de este tipo se encuentran implicadas por la norma fundamental del mismo modo que lo particular está implicado por lo general, y […] por consiguiente, todas las normas particulares de semejante sistema pueden obtenerse mediante una operación intelectual, es decir, mediante la inferencia de lo general a lo particular" (GT 112 [131 s.])

Kelsen denomina 'estático' a un sistema así porque su contenido está, por así decirlo, cristalizado: permanece diacrónicamente identico a sí mismo. Suponiendo que tuviéramos paciencia y tiempo para hacer todas las inferencias relevantes, y que las hiciéramos correctamente, podríamos describir de una vez por todas el contenido del sistema.[11]

> Que Kelsen introduzca por primera vez la idea de sistema estático en el marco de una discusión sobre las doctrinas del derecho natural no tiene nada de sorprendente.[12] No necesitamos remitirnos a la concepción fuertemente constructiva de 'sistema de derecho natural' característica de los representantes del yusnaturalismo moderno. Si no interpreto errónenamente, ya la concepción de Tomás de Aquino sobre la ley natural se ajusta *grosso modo* a la caracterización kelseniana de un sistema estático. "Los preceptos de la ley natural son, en relación con la razón práctica, como los principios de las demostraciones en relación con la razón especulativa, pues unos y otros son, por así decirlo, evidentes por sí mismos *(nota per se)"*. Dado que la idea de bien está analíticamente ligada a la noción de objetivo de la acción práctica, "el primer precepto de la ley natural es [...] que debe hacerse y perseguirse el bien y debe evitarse el mal. Y en éste se fundamentan todos los demás preceptos de la ley natural; de modo que todo lo que ha de hacerse o evitarse pertenece a los preceptos de la ley natural en la medida en que la razón práctica juzgue *(apprehendit)* naturalmente que son bienes humanos". Los diversos preceptos de la ley natural proceden *(referuntur) de* ese primer precepto único y así se reducen a él *(reducuntur ad unum primum preceptum).* Por eso, a pesar de la multiplicidad de los preceptos, podemos ha-

[11] Obviamente puede que la aparición de nuevas circunstancias exija formular nuevas normas. Éste es un fenómeno bien conocido en los sistemas morales. En todo caso, lo decisivo es que esas nuevas normas han de verse como el despliegue del contenido de la norma fundamental del sistema. En este sentido podemos decir que están ya contenidas en ella.

[12] En Delgado Pinto (1977) se discute con perspicacia en qué medida la idea de sistema normativo estático es compatible con la concepción voluntarista de las normas sustentada por Kelsen, y por consiguiente permite ofrecer una descripción de la moral que sea satisfactoria en términos de la concepción kelseniana de la moral.

> blar de una sola ley natural: "Todos estos preceptos de la ley natural, en cuanto proceden de un único primer precepto, tienen carácter de una única ley natural *(habent rationen unius legis naturales)"*.[13] Por lo demás, la relación entre los preceptos de la ley natural y el primer precepto es una relación de inferencia deductiva: derivan de *él per modem conclussionum. "Así* el precepto 'no hay que matar' puede derivarse como conclusión de aquel otro que dice 'no hay que hacer mal a nadie'".[14]

(ii) El contenido de la norma fundamental de un *sistema normativo dinámico* es, en cambio, de carácter formal (o más precisamente, formal-procedimental). En este caso la norma fundamental se limita a establecer un poder normativo, una autoridad facultada para crear normas, la cual a su vez puede conferir facultades para crear normas a otras autoridades, que en ese sentido son inferiores y así sucesivamente. La norma fundamental de un sistema normativo dinámico no determina, pues, el contenido de las demás normas del sistema, sino sólo el modo como pueden crearse: se limita a autorizar a determinadas personas u órganos a crear normas, tal vez estableciendo procedimientos para ello. En un sistema estático la norma fundamental suministra a las demás no sólo su validez sino también su contenido, porque la validez de las demás normas requiere la coherencia de contenido con ella. En los sistemas dinámicos, en cambio, la norma fundamental sólo suministra el fundamento de validez de las demás normas del sistema, mientras que el contenido de las mismas procede de actos de producción de normas, que son resultado de acciones voluntarias contingentes.[15] Esto significa que en un sistema de este tipo la derivación de unas normas a partir de otras no es un proceso meramente intelectual, sino que necesariamente está mediado por actos de voluntad, por decisiones: la integración del sistema requiere actos de creación normativa. Aunque los actos de voluntad, siendo hechos, no son el fundamento de la validez de las normas, son condiciones necesarias para su existencia.

Así, pues, en un sistema normativo dinámico las normas valen, y pertenecen al sistema, no en virtud de su contenido, sino por haber sido creadas por el órgano autorizado por una norma anterior: la transición de una norma a otra requiere un acto de voluntad que, *por un lado,* es un acto de aplicación de una norma anterior, puesto que está autorizado por ella, y, *por*

---

[13] *Summa Theologice, 1-2,* q. 94 a. *2*

[14] Summa Theologice, 1-2, q. 95 a. 2

[15] La norma fundamental de un sistema dinámico es "el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser derivada de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad" (TP 137).

otro, es un acto de creación de otra norma.[16] La norma fundamental, que da unidad al sistema, "no es sino la regla fundamental de acuerdo con la cual han de crearse las diversas normas de ese orden. Cualifica un determinado acontecimiento como el acontecimiento inicial en la creación de las diversas normas [...] Es el punto de partida de un proceso de creación de normas y, por consiguiente, tiene un carácter enteramente dinámico" (GT 114 [134]).

La norma fundamental de un sistema dinámico crea, pues, un poder normativo básico. Pero éste por su parte puede delegar en otros poderes normativos inferiores y así sucesivamente. Dado que para la existencia de todas y cada una de las normas de un sistema dinámico (a excepción de la norma fundamental) es necesario que haya mediado un acto de creación normativa, las cadenas de validez de un sistema normativo dinámico incluyen una complicación adicional: la transición de una norma a otra dentro del sistema requiere actos de voluntad que son al mismo tiempo actos de aplicación y de creación de normas. La cadena de validez de las *normas* está entretejida con una cadena paralela de *poderes* normativos.

Carlos Nino expresa esta peculiaridad representando las cadenas normativas mediante un diagrama del tipo del que refleja la figura 4; en él las flechas representan autorizaciones para dictar normas y las líneas continuas actos de creación de normas, a la derecha se representan poderes normativos y a la izquierda normas.[17] Podemos mantener la forma que ya hemos utilizado para representar las cadenas de validez, siempre que entre cada uno de los 'eslabones-norma' (círculos) intercalemos un 'eslabón-poder normativo' (cuadrados). Así, por ejemplo, la fig. 5 representa la cadena de validez que vincula una sentencia de desahucio con la norma fundamental.

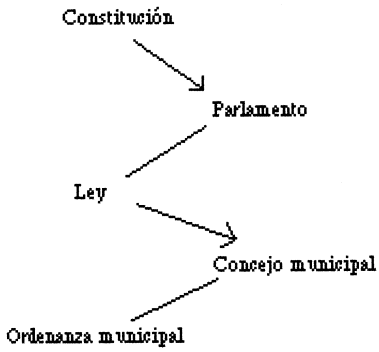

Fig. 4

Fig. 5

[16] Sobre la relación entre procesos de producción y procesos de aplicación vid. RR 239-41 [243-6]

[17] Nino (1983), p. 116.

En consecuencia, utilizando el diagrama arborescente que ya conocemos, podríamos representar del siguiente modo un sistema normativo dinámico (fig. 6).

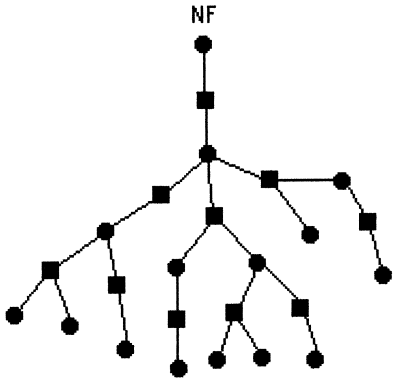

Fig. 6

Una propiedad esencial –y, por lo demás, obvia– de los sistemas normativos dinámicos es la *positividad.* Las normas de un sistema estático valen por su contenido, y son *encontradas* en el curso de un proceso intelectual. Las de un sistema dinámico, en cambio, valen con independencia de su contenido *porque* han sido creadas de forma deliberada por una autoridad competente: en este sentido son *puestas*, establecidas positivamente, creadas mediante procesos de decisión. Esto arrastra una consecuencia obvia: mientras que el contenido de los sistemas estáticos está cristalizado de una vez por todas, la descripción del contenido de un sistema dinámico en dos momentos diferentes, suficientemente distanciados en el tiempo, no tiene por qué coincidir, y verosímilmente diferirá en puntos más o menos importantes. Un sistema dinámico no conserva identidad diacrónica en cuanto a su contenido.[18] Lo que garantiza la identidad del sistema a través del tiempo, y a pesar de todos los cambios es la procedencia de las normas de actos de creación de ciertos poderes normativos cuya autoridad se fundamenta en última instancia en la misma norma fundamental. La unidad de un sistema normativo dinámico no es una unidad de contenido, sino la unidad de una

[18] Podemos explicar este punto echando mano de la distinción que establece Raz (1970) entre "sistema jurídico momentáneo" y "sistema jurídico". Un sistema jurídico momentáneo es el conjunto de todas las normas válidas en un momento dado; el sistema jurídico, en cambio, es una sucesión de sistemas jurídicos momentáneos. Si aceptamos la doctrina de Kelsen, un conjunto de sistemas jurídicos momentáneos forman parte del mismo sistema jurídico en la medida en que todos ellos tienen la misma norma fundamental.

cadena bien formada de poderes normativos, construida mediante delegaciones de autoridad:[19] "la unidad de una continuidad creadora" (COJ 100).

2.2. Una vez establecida la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos, sólo queda agregar –si es que hiciera falta– que el orden jurídico es un caso eminente de sistema normativo dinámico. Eso implica, por una parte, que es un sistema positivo, integrado por normas creadas mediante actos de voluntad, y, por otra, que es independiente de la moral, porque la validez de las normas –su existencia y su fuerza obligatoria– no depende de su contenido sino del modo como han sido creadas. Kelsen describe el derecho, como sistema normativo dinámico, en los siguientes términos:

> "El sistema de normas que llamamos 'orden jurídico' es un sistema de carácter dinámico. Las normas jurídicas no son válidas porque ellas mismas o la norma fundamental tengan un contenido cuya fuerza vinculante sea evidente por sí misma. No son válidas por su atractivo intrínseco. Las normas jurídicas pueden tener cualquier clase de contenido [...] La validez de una norma jurídica no puede ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político. Una norma es norma jurídica válida en virtud del hecho de haber sido creada de acuerdo con una regla definida, y sólo por ello. La norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema postulada *(the postulated ultirnate role)* de acuerdo con la cual las normas de ese orden se establecen y se anulan, es decir, adquieren y pierden su validez...
>
> El derecho es siempre derecho positivo, y su positividad reside en el hecho de que es creado y anulado por actos de seres humanos, siendo así independiente de la moral y de otros sistemas normativos semejantes [...] La norma fundamental de un orden jurídico positivo no es sino la regla fundamental de acuerdo con la cual han de crearse las diversas normas de ese orden. Cualifica un determinado acontecimiento como el acontecimiento inicial en la creación de las diversas normas jurídicas. Es el punto de partida de un proceso de creación de normas y, por consiguiente, tiene un carácter enteramente dinámico. Las normas individuales del orden jurídico no pueden ser deducidas lógicamente de esa norma fundamental [...] Tienen que ser creadas por un acto volitivo especial, no inferidas *(concluded)* de una premisa en virtud de una operación intelectual" (GT 113 s. [133 s.])

Para completar la caracterización kelseniana del derecho como sistema normativo dinámico es necesaria una indicación (i) sobre la naturaleza de la norma fundamental, y (ii) sobre el contenido de la norma fundamental característica de los sistemas jurídicos.

(i) La norma fundamental, que según Kelsen es la clave de bóveda del sistema, difiere sustancialmente del resto de las normas del sistema. Como

---

[19] "La unidad del sistema dinámico es la unidad de un nexo continuo de delegación *(die Einheit emes Delegationszusanmenhang)" (PG 293).* "La norma fundamental [...] es el supremo fundamento de validez que fundamenta la unidad de este nexo continuo de producción *(Erzeugungszusammenhang)"* (RR 228 [232])

sistema dinámico que es, el sistema jurídico está integrado por normas positivas; la norma fundamental, en cambio, no es una norma positiva: no es una norma *puesta*, sino *supuesta*. No es una norma introducida en el sistema mediante un acto de voluntad, porque, según Kelsen un acto de voluntad sólo puede ser un acto creador de normas si para ello está autorizado por otra norma anterior; y como, por definición, la norma fundamental no puede basarse en otra norma, su validez ha de darse por supuesta. Las normas del sistema se validan unas a otras, pero la cadena de validación no puede seguir hasta el infinito. La única forma de evitar un regreso infinito en la cadena de validación es suponer o postular una norma última, que ya no es creada, y cuya validez no deriva de ninguna otra norma, sino que se la supone.

> "La norma fundamental no es creada en un procedimiento jurídico por un órgano creador de derecho. A diferencia de la norma jurídica positiva, no es válida por haber sido creada de un determinado modo por un acto jurídico, sino porque se presupone que es válida; y se presupone que es válida porque sin esa presuposición ningún acto humano podría ser interpretado como un acto jurídico, especialmente como un acto creador de normas" (GT 116 [137]).

La norma fundamental es una norma límite, y supone un límite a la positividad del derecho.[20] Que un sistema de normas positivas tenga su fundamento en una norma no positiva puede resultar sorprendente, pero, una vez que se aceptan los presupuestos kelsenianos, es inevitable. Si tiene sentido la idea de sistema dinámico y, siguiendo la teoría kelseniana sobre la validez de las normas, admitimos que las normas no pueden fundamentarse en hechos sino en otras normas, la norma fundamental de un sistema dinámico no puede ser positiva. Positiva es una norma creada mediante actos de voluntad. Pero los actos de voluntad sólo pueden ser actos creadores de normas si se basan en una norma. Si se acepta el presupuesto de la inderivabilidad del 'deber ser' a partir del 'ser', un sistema de normas positivas necesariamente tiene que tener un fundamento no positivo.

A lo largo de sus obras Kelsen ha ido variando la caracterización de la norma fundamental: en unas ocasiones habla de ella como de una *hipótesis*, en otras la considera una *suposición*, en los últimos tiempos prefiere entenderla como una *ficción*. Suposición, hipótesis o ficción, lo decisivo es que, a diferencia del resto de las normas jurídicas, no es un producto de la voluntad sino algo que pone el intelecto para poder interpretar ciertos fenómenos como jurídicos.[21] Sea como fuere, no se trata de una suposición (hipótesis o

---

[20] Vid. PG 294 s.

[21] En los últimos años de su vida Kelsen consideró errónea la forma como durante mucho tiempo se había referido a la norma fundamental como una norma 'hipotética'. *Por un lado,* ese modo de hablar podía resultar desorientador, porque podría inducir a pensar que se trata de una hipótesis teórica sujeta a corroboración empírica. Si en *Allgemeine Theorie des Normen,*

ficción) arbitraria, sino más bien de una suposición que *tenemos que* poner, *si es que* queremos interpretar un conjunto de hechos (v. gr. ciertas declaraciones de voluntad, ciertas decisiones y ciertos actos de poder) como fenómenos creadores de normas, y un conjunto de mandatos como normas.[22] En este sentido, Kelsen, apropiándose de la terminología kantiana asigna a la norma fundamental un status lógico-transcendental: la norma fundamental es la condición de posibilidad del pensamiento jurídico en general y de la interpretación jurídica de la realidad.

> "En la medida en que sólo mediante la presuposición de la norma fundmental se hace posible interpretar el sentido subjetivo del hecho constituyente, y de los hechos establecidos conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, interpretarlos como normas jurídicas objetivamente válidas, puede caracterizarse a la norma fundamental, tal como es representada por la ciencia del derecho, [...1 como la condición lógico-transcendental de esa interpretación" (RR 204 s. [209]).[23]

No entraré a discutir la oportunidad de las diversas caracterizaciones que ofrece Kelsen. Hipótesis, suposición o ficción, lo decisivo en todo caso

---

apoyándose en la 'filosofía del como-si' de *Vaihinger, se* decide finalmente por caracterizarla como un ficción, es precisamente para evitar atribuirle 'realidad'. La norma fundamental es "una norma meramente pensada, y por eso fingida": no tiene ninguna correspondencia con la realidad. Su "objetivo intelectual" es permitirnos interpretar ciertos actos de voluntad como actos productores de normas y el sentido de los productos de esos actos como normas válidas. Pero se trata de una ficción, "que se diferencia de una hipótesis porque va acompañada o debe ir acompañada de la conciencia de que no le corresponde la realidad" (ATN 206 s.). *Por otra parte,* al concebir la norma fundamental como una norma ficticia, Kelsen se ajustaba más fielmente a la concepción voluntarista de las normas que habría de abrazar cada vez con más fuerza: si las normas son el sentido objetivo de un acto de voluntad, también detrás de la norma fundamental tendría que haber un acto de voluntad –sólo que en este caso sólo puede tratarse del acto no real de una voluntad fingida.

[22] "La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es 'puesta' sino 'supuesta'. Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida. Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas" (TP 139)

[23] De forma un poco más prolija: "Utilizando por analogía un concepto de la teoría del conocimiento kantiana, diremos que [la norma fundamental] es la condición lógico-transcendental de los juicios mediante los cuales el sentido subjetivo del acto constituyente y de los actos establecidos de acuerdo con este último son interpretados como su sentido objetivo, y las normas que son el sentido objetivo de dichos actos son interpretadas como normas objetivamente válidas, es decir, obligatorias. El presupuesto de la norma básica es la condición establecida por la ciencia jurídica para analizar estos juicios. Sin ese presupuesto estos juicios no son posibles y tampoco lo son las interpretaciones que resultan de ellos" (COJ 98).

es que la presencia de la doctrina de la norma fundamental indica que Kelsen concibe el sistema jurídico una construcción del pensamiento jurídico. Como condición de posibilidad de la interpretación de ciertos fenómenos *qua* jurídicos, la norma fundamental tiene para el conocimiento jurídico un status lógico-transcendental análogo al que en Kant desempeñan las formas de la percepción y las categorías del entendimiento para el conocimiento empírico: su presuposición hace posible la interpretación normativa de los fenómenos jurídicos. Ahora bien, si Kelsen la caracteriza como una norma hipotética es porque, a diferencia de las formas de la percepción y las categorías del entendimiento, la norma fundamental simplemente *podemos* ponerla. R. Alexy lo ha expresado señalando que la norma fundamental es un presupuesto necesario, y al mismo tiempo posible, del conocimiento jurídico.[24] Es un presupuesto *necesario* porque sin ella no podemos interpretar ciertos fenómenos como fenómenos normativos. Es un presupuesto *posible* porque la interpretación de esos fenómenos como fenómenos normativos es *una* entre varias interpretaciones posibles: junto a la interpretación normativa cabe una interpretación sociológica, psicológica que aborda el derecho, no como un conjunto de normas válidas, sino más bien como un conjunto de hechos susceptibles de ser explicados en términos de causalidad. Si queremos interpretar el derecho en términos normativos, como base de derechos y obligaciones, y no en términos empíricos (v. gr., en términos de intereses y relaciones de fuerza), tenemos que presuponer la validez de la norma fundamental.

(ii) En los sistemas estáticos el contenido de la norma fundamental varía de unos sistemas a otros: en la medida en que valen por su contenido, tiene que haber diferentes normas fundamentales, si es que hay diferentes sistemas estáticos. Es obvio que también en los sistemas dinámicos la norma fundamental ha de variar de un sistema a otro, pues la norma fundamental es el punto de referencia de la identidad del sistema: si hay varios sistemas normativos dinámicos, han de basarse en normas fundamentales diferentes. Pero en todo caso el tenor de todas ellas tiene que ser invariablemente "Debe obedecerse lo que ordene (la autoridad) *a*". Variable de un sistema a otro es quién ocupa en cada caso *a*.

En el caso del derecho, si por 'constitución' entendemos "la norma positiva [...] con la que se regula la producción de normas generales" (RR 228 [232],[25] a es un poder normativo básico al que podemos denominar 'poder constituyente' –un poder que obviamente puede adoptar una cierta variedad

[24] Alexy (1992), pp. 173 ss.

[25] Esto es la constitución en el "sentido jurídico-positivo"; porque en el "sentido lógico jurídico" la constitución es la norma fundamental (RR 202 [206]).

de formas. En diversos lugares Kelsen ofrece dos diferentes formulaciones genéricas de la norma fundamental:

> "La norma fundamental de un orden jurídico prescribe que uno debe comportarse tal como mandan los 'padres' de la constitución y los individuos directa o indirectamente autorizados (delegados) por la constitución. Expresado en la forma de una norma jurídica:[26] los actos coactivos deben realizarse sólo en las condiciones y en la forma determinadas por los 'padres' de la constitución o por los órganos delegados por ellos" (GT 115 s. [135 s.]).[27]

Aunque Kelsen tiende a utilizar indistintamente las dos formulaciones, por razones que pronto serán obvias, considera más precisa la segunda. Entre otras cosas tiene la ventaja de sacar a la luz lo que según Kelsen es un rasgo adicional característico de los sistemas jurídicos: la coactividad. Los sistemas jurídicos son sistemas dinámicos y coactivos; están integrados por normas positivas y coactivas. Siendo el derecho un sistema de normas coactivas, el poder normativo básico al que otorga validez la norma fundamental ha de entenderse como un poder para establecer normas que estipulan actos de coacción: si tomamos la formulación genérica de la norma fundamental de cualquier sistema dinámico 'Debe obedecerse lo que ordene la autoridad *a*", podemos, pues, decir que en los sistemas jurídicos *a* es una autoridad con potestad para establecer normas coactivas (o para organizar un proceso de creación de normas coactivas).

3. Coactividad

3.1. Para Kelsen el derecho es un sistema normativo no sólo dinámico sino también coactivo. Como orden normativo, el derecho no se distingue de la moral por lo que manda, sino por la forma como manda. El derecho es una técnica peculiar de control social que consiste en mandar una conducta castigando la contraria. En este sentido es un orden esencialmente coactivo:

---

[26] Como inmediatamente tendremos ocasión de comprobar, creo que Kelsen se engaña a sí mismo en este punto: si aceptamos su teoría de la norma jurídica, la norma fundamental *no* es realmente una norma jurídica (completa). No lo es, porque, aunque *autoriza* actos coactivos, no *estipula* actos coactivos. La norma fundamental no tiene la estructura característica de la norma jurídica, que enlaza a cierto supuesto de hecho la aplicación de un acto coactivo; se limita a dotar de sentido normativo a los actos de un poder de creación de normas que estipulan sanciones.

[27] Me parece preferible esta formulación, que remite al poder constituyente como poder normativo básico, a la formulación más conocida de Kelsen, que remite inmediatamente a la constitución: *"Dado que es la* norma fundamental de un orden jurídico, es decir, de un orden que estatuye actos coactivos, el enunciado que describe esa norma, el enunciado fundamental *(Grundsalz)* del orden jurídico estatal en cuestión, reza: los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y del modo que estatuyen la primera constitución histórica del Estado y las normas establecidas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como prescribe la constitución)" (RR 203 s. [208])

> "Otra nota común a los sistemas sociales designados como 'derecho' es que son órdenes coactivos en el sentido de que ante ciertas circunstancias consideradas indeseables, por ser socialmente perjudiciales, especialmente ante una conducta humana de ese tipo, reaccionan con un acto coactivo –esto es: con un mal, como la privación de la vida, de la salud, de la libertad, de bienes económicos y de otro tipo–, con un mal que hay que infligir al afectado aun contra su voluntad, y si fuera necesario aplicando la fuerza física [...] En este sentido los sistemas sociales designados como 'derecho' son órdenes coactivos de la conducta humana. Ordenan una determinada conducta humana enlazando a la conducta contraria un acto coactivo dirigido contra el hombre que así se comporta (o contra sus parientes). Esto es: facultan a un determinado individuo a dirigir contra otro individuo un acto coactivo como sanción [...] Que el derecho sea un orden coactivo quiere decir que sus normas estatuyen actos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica...
>
> En tanto que orden coactivo, el derecho se diferencia de otros órdenes sociales. El momento de la coacción [...] es el criterio decisivo" (RR 34 ss. [46 ss.])

Ahora bien, desde que Kant situó la idea de coacción en el centro de la definición del derecho, la tesis de la coactividad –que, por lo demás, es ampliamente compartida– se ha formulado de muy diversas formas. En una versión muy extendida se limita a afirmar que es característico de los sistemas jurídicos contener normas que prevén el uso de la fuerza con el fin de inducir a las personas a cumplir los deberes impuestos por el derecho o castigar su incumplimiento. En ese caso estamos ante una tesis sobre el *sistema* jurídico. Pero la tesis de la coactividad puede entenderse además como una tesis sobre las *normas* jurídicas: la coactividad sería un rasgo esencial de las normas jurídicas. Ahora bien, esta segunda versión de la tesis de la coactividad admite a su vez diversas interpretaciones. Con arreglo a una de ellas es característico de las normas jurídicas estar respaldadas por sanciones coactivas; de lo contrario no son propiamente normas jurídicas, incluso si han sido emitidas por órganos autorizados para crear normas jurídicas. Sustancialmente es ésta, creo yo, la posición de Ihering. Kelsen presenta la tesis de la coactividad del derecho en una versión algo diferente: el sistema jurídico está integrado de forma exhaustiva, no por normas *respaldadas* por sanciones coactivas, sino por normas que *estipulan* sanciones. Una comparación entre la posición de Ihering y la de Kelsen ayudará a percatarse de que la diferencia entre estas dos versiones no es trivial.

Igual que Kelsen, Ihering empieza haciendo de la coacción el rasgo definitorio del derecho: "el derecho es el conjunto de las normas coactivas vigentes en un Estado". Pero inmediatamente la traslada a todas y cada una de las normas jurídicas: "Sólo merecen el nombre de derecho aquellas normas establecidas por la sociedad que tienen tras de sí la coacción, o la coacción estatal, puesto que [...] sólo el Estado tiene el monopolio de la

coacción". Hablando con propiedad, no existen normas jurídicas sin coacción: "una disposición jurídica *(Rechtssatz)* sin la coacción jurídica es una contradicción en sí misma, un fuego que no arde, una luz que no ilumina". La coacción es "el criterio absoluto del derecho", porque es lo que permite distinguir el derecho de otras formas de regulación de la conducta humana: si se suprime del concepto de derecho el elemento de la coacción, "se elimina la nota característica diferenciadora de las normas jurídicas frente a las de la moral y las costumbres, y se amalgaman las tres en una masa indiferenciada, e informe".[28]

Tomada en sus propios términos, esta concepción de la norma jurídica es muy vulnerable: una breve reflexión hace ver que la tesis de que sólo son jurídicas las normas que "tienen tras de sí la coacción" es incompatible con la tesis de que el sistema jurídico está integrado sólo por normas jurídicas. Si aceptamos la visión de Ihering, una norma sólo es jurídica si "tras ella" existe otra norma que ordena aplicar una sanción por el incumplimiento de la primera; pero esa segunda norma sólo será, por su parte, jurídica si existe otra tercera que castiga su incumplimiento –y así sucesivamente, hasta formar una cadena infinita de normas sancionatorias. La tesis de Ihering de que sólo son jurídicas las normas que *van acompañadas* de sanciones parece, pues, conducir a la conclusión de que el sistema jurídico contiene un número infinito de normas. Si no estamos dispuestos a aceptar esta conclusión, que desafía el sentido común, y persistimos en la teoría de Ihering sobre las normas jurídicas, tenemos que admitir que las normas reforzadas mediante sanciones coactivas presuponen al menos alguna norma que no esté reforzada coactivamente. Pero, conforme a la definición, esa norma ya no podría ser jurídica. De modo que, si se afirma que son normas jurídicas aquellas que están reforzadas coactivamente, entonces en el sistema jurídico necesariamente existen normas que no son jurídicas. Kelsen señala este punto con lucidez: "Puesto que el sistema jurídico sólo puede estar compuesto por un número definido de reglas, las normas que prescriben sanciones presuponen normas que no prescriben sanciones" (GT 33).[29] En suma, aceptar la concepción de Ihering sobre las normas jurídicas nos coloca ante una alternativa fatal: o el sistema jurídico contiene un número infinito de normas, o contiene normas que no son jurídicas.

Kelsen, que –como Ihering– quiere defender la tesis de que la coactividad es un rasgo definitorio no sólo del derecho sino de todas y cada una de sus normas, escapa a esa dificultad muy hábilmente: no es que el derecho sea coactivo porque sus normas *están respaldadas* por la fuerza, sino porque

[28] Ihering (1970), vol. l, pp. 320, 322y 325.

[29] Para el argumento del *regressus ad infinitum* vid. también Ross (1958), p. 53.

sus normas *estipulan* el uso de la fuerza; sólo son jurídicas las normas cuyo contenido es una sanción; la sanción no es un refuerzo de la norma sino su contenido:

> "La regla jurídica no es una regla cuya eficacia se asegure mediante otra regla que estipula una sanción, incluso si la eficacia de esa regla no está asegurada mediante otra regla. Una regla es regla jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra regla que establece una sanción; *una regla es regla jurídica porque ella misma establece una sanción. El* problema de la coacción [...] no es el problema de asegurar la eficacia de las reglas, sino el problema del contenido de las reglas. El hecho de que sea imposible asegurar la eficacia de todas las reglas de un orden jurídico mediante reglas que estipulan sanciones no excluye la posibilidad de considerar reglas jurídicas sólo a las reglas que establecen sanciones" (GT 34)

De este modo Kelsen termina erigiendo la coactividad en criterio de individuación de las normas jurídicas: "*todas las normas de un orden jurídico son normas coactivas, es decir, normas que establecen sanciones;* pero entre esas normas las hay cuya eficacia no se asegura mediante otras normas coactivas" (ibid., cursivas mías). Una norma jurídica está completa cuando están enteramente especificadas las condiciones bajo las cuales debe aplicarse una determinada sanción. Las disposiciones que no estipulan sanciones, o no son normas jurídicas, o son meros fragmentos de las normas jurídicas.

3.2. La conversión de la coactividad en criterio de individuación de las normas conduce a Kelsen a emprender una estrategia reduccionista que tiene como primer blanco las normas que imponen deberes. Kelsen despliega esa estrategia en el curso de una discusión a propósito de la distinción entre normas primarias y secundarias.

Anticipándose a muchos, Bentham había distinguido entre "normas primarias" o "principales" y "normas secundarias" o "subsidiarias": las primeras se dirigen a los ciudadanos indicándoles qué deben, qué pueden y que no pueden hacer, las segundas "se emiten en ayuda de las primarias" para asegurar su efectividad[30]. Entre la norma primaria y la secundaria existe

---

[30] Bentham (1970), § 11. He de advertir que la teoría de Bentham presenta una complicación: Bentham introduce la previsión de una sanción *en* la misma norma primaria. La que él denomina norma principal o primaria contiene dos partes: una parte *directiva,* que expresa la voluntad del legislador a propósito *de la* conducta de los ciudadanos, y una parte *incitativa o sancionatoria,* que expresa la amenaza de una sanción para el caso de incumplimiento. Probablemente Bentham consideraba la norma jurídica como un enunciado disyuntivo del tipo 'Haz x o sufrirás la sanción y'. Pero él mismo parece vacilar, pues en este mismo pasaje dice que "podría considerarse que constituye *una norma y algo más"*. En todo caso, para lo que aquí interesa lo decisivo es que la norma principal tiene como destinatarios los ciudadanos y la norma secundaria ciertos órganos del Estado (fundamentalmente los jueces); y que una manda hacer o no hacer algo, y la otra manda aplicar sanciones.

"una conexión y dependencia muy íntima",[31] porque el incumplimiento de la primera suministra el supuesto de hecho de la segunda. Esa conexión se pone de manifiesto en el hecho de que "siempre hay una persona que se ve concernida en ambas: aquella cuya obediencia se exige por la norma principal y para cuyo castigo en caso de desobediencia se provee mediante la norma secundaria. Esta persona, tras haber sido considerada en la una desde el punto de vista de un agente, es considerada por la otra desde el de un paciente".[32] Pero sin ignorar la conexión interna, Bentham insiste en la distinción: "la norma principal y la subsidiaria son dos normas diferentes, y no partes de la misma norma"[33] Difieren entre sí por los destinatarios y por la materia: la norma primaria se dirige los ciudadanos, mientras que la norma secundaria se dirige a ciertos órganos del Estado; la primera manda hacer o no hacer algo, mientras que la segunda manda aplicar sanciones.

Kelsen subvierte enteramente este planteamiento.[34] Empieza subrayando como rasgo distintivo del derecho el uso regular de la coacción como forma de incitar a los hombres a comportarse de determinadas maneras. Dirigir la conducta mandando, prohibiendo o permitiendo no es algo específico del derecho. Lo característico del derecho es el uso regular de la coacción: "considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada" (TP 72). Sentada esa premisa, Kelsen se apresura a extraer la siguiente conclusión: "una conducta está jurídicamente prescrita *sólo* si la conducta contraria es la condición de una sanción" (TP 76, curs. mías). Si lo característico del derecho es el uso regular de sanciones coactivas, entonces las normas que imponen obligaciones a los ciudadanos no son en sí mismas normas jurídicas a menos que vayan acompañadas de una sanción. Las normas que se limitan a prescribir una conducta no son normas jurídicas, incluso si se encuentran incorporadas a cuerpos normativos jurídicos, sino a lo sumo recomendaciones o deseos del

[31] Bentham (1970), § 17

[32] Ibid.

[33] Bentham (1970), § 12

[34] Cuando Kelsen formula su doctrina sobre las normas secundarias, no lo hace como una respuesta a la doctrina de Bentham, que tal vez desconocía. En realidad no se remite críticamente a ninguna doctrina en particular. De todos modos, su posición deriva de la minuciosa crítica a que había sometido a la teoría de las normas de Karl Binding en el cap. X los *Grundprobleme* de 1911. Para lo que aquí interesa la distinción que establece Bentham entre *primary y secondariy rules* se corresponde *grosso modo* con la distinción que establece Binding entre *Normen y Strafrecthssdtze. Si para* exponer a Kelsen he recurrido a Bentham es por la comodidad que proporciona un uso terminológico afín.

legislador.[35] En otras palabras, si utilizamos la terminología de Bentham, una norma primaria, si no va acompañada de una norma secundaría no es una norma jurídica, y, cuando es una norma jurídica, lo es sólo como fragmento de esa norma secundaria.[36]

Pero una vez sentado ese punto, Kelsen continúa su revisión de la concepción corriente invirtiendo la relación que Bentham había establecido entre lo primario y lo secundario, y cambiando la terminología. Para Bentham las más importantes eran las normas dirigidas a los ciudadanos imponiéndoles determinadas formas de conducta; la norma penal era "subsidiaria" o "secundaria". De forma muy deliberada Kelsen da la vuelta a este uso terminológico: "llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción" (TP 77).

Hasta aquí podría pensarse que Kelsen seguía atribuyendo a las normas secundarias una cierta entidad propia, aunque sólo como normas incompletas. Pero Kelsen concluye con una tesis más radical: en una exposición rigurosa del derecho las que él denomina normas secundarias son desde el punto de vista lógico estrictamente "superfluas" (GT 61 [71]). Es cierto que el legislador a veces formula normas secundarias y que cuando los juristas describen el derecho de un país suelen hacerlo en términos de normas primarias y secundarias. Pero si se tiene en cuenta que las normas que prescriben conductas sin ir acompañadas de sanciones no son jurídicas, la presencia de esas normas secundarias es problemática: "toda norma jurídica secundaria supone una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna justificación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa" (TP 77 s.). La norma secundaria es una mera duplicación de lo que la norma primaria contiene en su antecedente: está contenida sin residuos en la norma primaria, y, por consiguiente, es enteramente prescindible –y en realidad *debería* prescindirse de ella en una descripción rigurosa (y no redundante) de un sistema jurídico.

---

[35] "Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no tener aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica" (TP 77).

[36] "para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esa sanción; por ejemplo: 'El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión'. Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica." (TP íbid.)

Así, pues, hablando con rigor, las normas jurídicas son todas de un solo tipo: normas dirigidas a los jueces (y otros órganos del Estado) estableciendo que en ciertas condiciones deben decretar la ejecución de ciertos actos coactivos. Las normas que Kelsen denomina 'secundarias' están incluidas en normas de ese tipo, y por consiguiente son estrictamente superfluas: establecen, ciertamente, que algo debe ser, pero el deber ser que contienen es un "epifenómeno" (GT 61 [71]) del deber ser de las que Kelsen denomina ahora 'normas primarias'.[37] Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, la norma que prohibe matar no es diferente de la norma que castiga el homicidio con una determinada pena; en realidad, si la primera es una norma jurídica, es en la medida en que esté integrada sin residuos en la última. Sólo por razones de conveniencia, para facilitar la exposición, puede justificarse que el legislador formule tanto normas primarias como secundarias y que los juristas describan las normas de un sistema mediante enunciados de ambos tipos.

> Sustancialmente idéntica es en principio la posición de A. Ross, quien sin embargo sigue utilizando las expresiones *primario/secundario* al modo convencional. También él distingue entre reglas "primarias (o derecho sustantivo)" y "reglas secundarias (derecho de sanciones)"; las primeras "establecen cómo están obligados los ciudadanos a comportarse", mientras que las segundas especifican "qué sanciones pueden aplicarse a aquellos que violen el derecho sustantivo". ¿Se trata de dos conjuntos de normas, uno dirigido a los ciudadanos y otro dirigido a los jueces? Depende del punto de vista. Desde un punto de vista lógico, no: "sólamente existe un conjunto de reglas, las llamadas `secundarias' [...] Pues [...] las normas primarias no contienen nada que no esté ya implicado en las normas secundarias, mientras que no ocurre otro tanto en caso opuesto". Sólo desde un punto de vista psicológico cabe admitir que hay dos conjuntos de normas: "las reglas dirigidas a los ciudadanos se sienten psicológicamente como entidades independientes que constituyen un fundamento para las reacciones de la autoridad". Esa tesis debía de crear problemas a un 'realista' declarado como Ross, quien, a diferencia de Kelsen, cifra la existencia de las normas no ya en su validez sino en su seguimiento efectivo. Por eso a renglón seguido se

[37] En su teoría de las normas jurídicas Binding pensaba que a partir de las normas penales podíamos obtener normas prescriptivas dirigidas a los ciudadanos: éstas las encontramos "mediante la transformación de la primera parte de nuestras disposiciones penales en una orden" (Binding (1922), vol. 1, p. 45). Por su parte Kelsen insiste en que es inexacto decir que la norma que impone la obligación de cumplir el servicio militar se *deduce* de la que impone un castigo al que no lo cumple. "En realidad hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, *y esa identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción*" (TP 78, las cursivas son mías).

> cree obligado a puntualizar: "si aplicamos nuestra definición de la existencia de una norma, hay que reconocer las normas primarias como normas realmente existentes, en la medida en que sean *seguidas* con regularidad y sentidas como obligatorias. Carece de importancia para la cuestión de la existencia de estas reglas que, además, estén sancionadas por la amenaza de coacción"[38]

En resumen, su interpretación de la tesis de la coactividad conduce a Kelsen no sólo a reformular, sino más bien a liquidar la distinción corriente entre normas primarias (normas que imponen deberes) y secundarias (normas que estipulan sanciones): hablando con rigor *todas* las normas jurídicas son de un solo tipo.[39] Toda norma jurídica obedece al sencillo patrón 'Si se da *x*, debe ser *y*', donde *x* representa un ilícito (la conducta que el legislador quiere evitar) e *y* una sanción. El resto de las disposiciones que puedan presentarse en los textos jurídicos o son fragmentos de las verdaderas normas jurídicas o carecen de significación jurídica.

4. Una caracterización incoherente del derecho

4.1. Esta concepción de la norma jurídica tiene la elegancia de la simplicidad y el atractivo de la economía.[40] Para la elaboración de la teoría pura

---

[38] Ross (1971), pp. 89 s.

[39] El impulso reduccionista arraigó muy pronto en la moderna teoría del derecho. La tesis de que las normas que imponen deberes *son parte* de las normas punitivas estaba ya presente, a su modo, en Hobbes, aunque de forma muy característica él interpretaba las normas que imponen deberes como normas que definen derechos. "La ley *distributiva y* la *vindicativa* no son dos *especies* de leyes sino dos *partes* de la misma ley. Pues si la ley no dice más que, por ejemplo, *será tuyo lo que cogiste con tu red en el mar,* es inútil. Ya que, aunque otro te quite lo que cogiste, eso no impide que siga siendo tuyo; pues en el estado de naturaleza, donde todas las cosas son comunes a todos, lo mismo es *tuyo* que *ajeno [...]* Así, pues, nada hace la ley a menos que se entienda que es *tuyo* de tal modo que a todos los demás se les prohibe impedirte usarlo y disfrutarlo a tu arbitrio todo el tiempo y con seguridad [...] Inútil es la ley que no contiene ambas partes: la que *prohibe* cometer injurias, y la que *castiga* hacerlas. La primera, que se denomina *distributiva,* es *prohibitoria, y* se dirige a todos; la segunda, que se denomina *vindicativa o penal,* es *imperativa [mandatoria], y* sólo se dirige a los funcionarios *[ministros publicos]" (De* Cive 14.7).

[40] Por lo demás esta concepción de la norma jurídica ha tenido un cierto éxito como punto de partida para una interpretación global del fenómeno jurídico. Ése es el caso de A. Ross: "Un sistema jurídico nacional es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales ha de ejercerse la fuerza física contra una persona; el sistema jurídico nacional establece un aparato *(machinery)* de autoridades públicas [...] cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en casos específicos. Expresado con mayor brevedad: un sistema jurídico nacional es el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado" (Ross (1958), p. 34.) En sentido parecido se había expresado ya K. Olivecrona: "No es posible sostener que el derecho [...] está garantizado o protegido por la fuerza. La verdadera situación es que el derecho –el cuerpo de normas resumido en el concepto de derecho– consiste principalmente en normas *concernientes* a la fuerza, normas que contienen cánones de conducta para el ejercicio de la fuerza. Debe tenerse presente, desde luego, que al mismo tiempo las normas contienen cánones de conducta para los ciudadanos privados. Pero

ha resultado además extraordinariamente fecunda, porque proporciona a Kelsen el punto de partida para ejecutar un ambicioso proyecto de reconstrucción del aparato conceptual básico de la ciencia jurídica mediante una regulación terminológica que pretende ser coherente y libre de presupuestos externos –una reconstrucción, además, que lejos de someterse acríticamente a las interpretaciones corrientes de los términos jurídicos, nos fuerza a revisar usos lingüísticos fuertemente arraigados entre los juristas. Lamentablemente esa reconstrucción conceptual no está libre de problemas.[41] Hace tiempo que Hart, entre otros, mostró de forma persuasiva que tropieza con dificultades insuperables porque no permite hacer distinciones relevantes. Y precisamente detectó el origen de esa falla en la pretensión kelseniana de reducir a un único modelo la variedad de las normas jurídicas.[42] Por mi parte, argumentando con Kelsen contra Kelsen, me gustaría señalar que, entendida como tesis sobre el criterio de individuación de las normas jurídicas, la tesis de la coactividad del derecho es incompatible con la caracterización del derecho como sistema dinámico –lo que es otra forma de decir que la teoría kelseniana de la *norma* jurídica es incompatible con su teoría del *sistema* jurídico.

Por una parte, Kelsen sostiene que el derecho es un sistema normativo dinámico, lo cual significa que las normas del sistema están conectadas entre sí por actos de creación normativa (que son al mismo tiempo actos de aplicación de normas precedentes). Ahora bien, los actos de creación de normas no son hechos brutos, sino hechos institucionales, resultado de la operación de normas que confieren potestades. Por eso la idea misma de

---

estos cánones o reglas son sólamente otro aspecto de las normas sobre el uso de la fuerza, y estas normas son el factor decisivo" (Olivecrona (1959), pp. 103 s.)

[41] Particularmente discutible es la interpretación kelseniana del concepto de deber jurídico. Cfr. entre nosotros Delgado Pinto (1978) y Delgado Pinto (1990).

[42] Hart llama la atención sobre el hecho de que la concepción kelseniana impide diferenciar una multa por un delito y el pago de un impuesto por una actividad económica: "la sanción por un delito, tal como una multa, no es lo mismo que un impuesto a cierta actividad, aunque en ambos casos haya de por medio directivas a funcionarios para infligir el mismo daño patrimonial. Lo que distingue estas ideas es que la primera, a diferencia de la segunda, implica el incumplimiento de un deber, en la forma de una violación de una regla establecida como guía para la conducta de los ciudadanos ordinarios" (Hart (1992), pp. 49 s.). El prof. Delgado Pinto me señala que esta tesis viene de antes. Poco antes había sido enunciada, de forma algo confusa, en *Towards a realistic Jurisprudence* de 1946 (trad. Ross (1961); vid. pp. 189-91) por A. Ross, quien vuelve sobre ella en Ross (1971), p. 86. Pero en realidad se remonta más atrás en el tiempo. En el marco de una crítica a la teoría kelseniana de la norma jurídica, John Finnis, enlazando precisamente con Hart, reitera que sin presuponer directrices imponiendo obligaciones a los individuos se suprime la distinción básica entre un impuesto y una pena, y a continuación indica que éste es un punto ya señaladado en la escolástica por los críticos a las teorías de la ley meramente penal, remitiéndose a Domingo de Soto *(De iustitia et jure, 1,* q. 6, a. 5) y Luis de Molina *(De iustititia et jure, 3,* tr. 2, dise. 674) (Vid. J. Finnis (2000), p. 353)

sistema normativo dinámico presupone la existencia de normas que confieran potestades creativas (v. gr. potestades legislativas). En pocas palabras, el carácter dinámico del sistema requiere la presencia de 'normas dinámicas', que hagan posible el cambio normativo. Pero, *por otra parte*, si aceptamos la teoría kelseniana de las normas jurídicas, tenemos que admitir que las normas dinámicas *no* son normas jurídicas, ya que se limitan a establecer las condiciones necesarias y suficientes para realizar válidamente actos que cambian la situación normativa existente: son, si acaso, fragmentos de las verdaderas normas jurídicas, esto es, de las normas que estipulan sanciones, y sólo adquieren la condición de norma jurídica en el momento en que se produce la conexión con ellas. Kelsen es explícito: la constitución, norma dinámica por excelencia, y el resto de las demás normas dinámicas, sólo son derecho en la medida en que se las pueda considerar parte integrante del supuesto de hecho de las normas que estipulan sanciones:

> "Las normas de la constitución que regulan la creación de las normas generales que han de aplicar los tribunales y otros órganos de aplicación del derecho, no son [...] normas completas e independientes. Son partes integrantes *(intrinsic)* de todas las normas jurídicas que tienen que aplicar los tribunales y demás órganos. [...] *Las normas de la constitución material son derecho sólo en su conexión orgánica con aquellas normas sancionatorias que son creadas en base a ellas.* Lo que, desde un punto de vista dinámico es la creación de una norma general determinada por otra superior, la constitución, desde el punto de vista estático resulta ser una de las condiciones a las que la sanción es enlazada como consecuencia en la norma general (que, desde el punto de vista dinámico, es la norma inferior en relación con la constitución). En una presentación estática del derecho, las normas superiores que integran la constitución están, por así decirlo, *proyectadas, como partes*, en las normas inferiores" (GT 143 s. [170], curs. mías).

Como se ve, la estrategia reduccionista emprendida por Kelsen no se detiene en las normas que imponen deberes: se extiende también a las normas que confieren potestades, que son las que hacen posible el cambio normativo, y por consiguiente el dinamismo del sistema. Esto nos obliga a echar una nueva mirada sobre la fórmula canónica de la norma jurídica kelseniana. Como he dicho, según Kelsen las normas jurídicas se ajustan todas al modelo simple 'Si se da *x*, debe ser *y*' donde *x* es un ilícito e *y* una sanción.[43] Sólo que el antecedente de esa proposición es, en todos los casos,

[43] He de advertir que esta forma de hablar simplifica la concepción de Kelsen en un punto. Hablando con rigor, *x* puede ser un acto ilícito o bien un hecho (v. gr. una enfermedad contagiosa, una catástrofe natural etc.) que el legislador establece como condición para la realización válida de ciertos actos coactivos (v. gr. una cuarentena). En este segundo caso, y no representa tampoco una sanción (vid. PR 114 [123]). Por lo demás, cuando *y* representa una sanción, puede adoptar la forma de una pena (sanción penal) o de un acto de ejecución (sanción civil). En todo caso, decisivo para la estructura de la norma jurídica es que en ella se enlazan mediante el

de una complejidad infinitamente mayor de lo que permite sospechar esa sencilla fórmula,[44] porque en el supuesto de hecho de cada una de las normas kelsenianas tienen que "proyectarse" no sólo las 'normas' que establecen los deberes cuyo incumplimiento es objeto de sanción sino además las 'normas' que confieren potestades para crear y aplicar las normas.[45] Kelsen mismo señala: "Si suponemos una constitución de acuerdo con la cual las normas jurídicas generales pueden ser creadas sólo mediante decisiones de un parlamento elegido de una determinada forma, entonces la norma que hace punible el robo tendría que formularse así: 'Si el parlamento ha resuelto que los ladrones sean castigados y el tribunal competente ha establecido que determinado individuo ha robado, entonces...'" (GT 143 [170]).

La formulación inicial de la norma kelseniana es sencilla, y en su sencillez reside buena parte de su atractivo. Pero a medida que, para dar satisfacción al deseo de uniformidad, Kelsen se ve obligado a introducir en el antecedente cada vez más ingredientes, la fórmula pierde progresivamente plausibilidad. Para captar el verdadero alcance de la concepción kelseniana no estará tal vez de más advertir que la enunciación algo más compleja que Kelsen nos transmite ahora es todavía extraordinariamente simplificada. Refiriéndose al derecho argentino, C. Nino propuso el siguiente ejemplo "sobresimplificado" de norma jurídica kelseniana:

> "Si la mayoría simple de un cuerpo integrado por los representantes electos del pueblo ha establecido un enunciado que dice 'el que mata a otro será castigado con prisión de 8 a 25 años'; si otro cuerpo integrado por los representantes de las provincias ha formulado un enunciado similar; si un funcionario elegido

---

nexo de la imputación ciertos hechos o actos a ciertos actos de coacción. Aunque en adelante, para simplificar, seguiré hablando –como suele hacer el mismo Kelsen– de actos ilícitos y sanciones, debe tenerse presente esta puntualización.

[44] Kelsen se cuida de advertimos de que "el supuesto de hecho condicionarte no es necesariamente un acto unitario, sino que puede estar muy articulado y escalonado (si *a* y *b* y *c* etc., entonces debe ser z)"; de modo que el supuesto de hecho condicionarte puede considerarse "como una cadena de condiciones previas y consecuencias" y el acto coactivo como "la última consecuencia" en la que desemboca "toda esa cadena de condiciones [...] el último compás en el ritmo de la dinámica jurídica" (AS 51 [83 s.])

[45] La tesis de que las disposiciones jurídicas que confieren potestades son fragmentos de normas sancionatorias es relativamente temprana en Kelsen. Aparece formulada ya con toda nitidez en el cap. 21 de los *Hauptprobleme* de 1911, al hilo de una discusión de la doctrina administrativista sobre las llamadas 'normas de organización': "Estas disposiciones –concluye Kelsen– sólo contienen una parte de aquellos elementos que figuran entre las partes esenciales integrantes de la norma jurídica Pues se limitan a estatuir las condiciones de una voluntad del Estado, no esa voluntad misma. Son –si se me permite el término– normas jurídicas incompletas o partes integrantes de ellas. Sólo unidas a las disposiciones penales disciplinarias forman normas jurídicas y estatuyen deberes jurídicos; del mismo modo que las disposiciones del código civil sólo constituyen normas jurídicas y regulan deberes jurídicos unidas a las prescripciones de ejecución en que se estatuyen las consecuencias del ilícito civil" (HP 566 [492])

> por el cuerpo electoral lo ha promulgado y hecho publicar; si alguien ha matado; si un funcionario lo ha acusado ante otro designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado con la función de resolver este tipo de asuntos; si el acusado ha prestado declaración indagatoria y un abogado elegido por él lo ha defendido; si se dio oportunidad para que se ofrezcan pruebas; si tales pruebas son suficientes según determinados criterios; si el hecho no se produjo en legítima defensa, o por error etc.; si se da todo eso, el acusado debe ser condenado por el juez a cumplir entre 8 y 25 años de prisión".[46]

La formidable complejidad de ese enunciado no debería ser una razón para abandonar la teoría kelseniana de la norma jurídica. Cualquier teoría sobre las normas jurídicas debe asumir que no existe una correspondencia necesaria entre las *disposiciones* que se encuentran en los textos jurídicos y las *normas* contenidas en ellos, de modo que cada norma ha de reconstruirse a partir de un proceso de interpretación del material jurídico[47]. Sin una teoría sobre la individuación de las normas jurídicas no es, pues, posible un juicio enteramente satisfactorio de la propuesta kelseniana. Pero incluso sin esa teoría no es difícil, creo yo, persuadirse de la implausibilidad de la propuesta kelseniana.

Kelsen empieza afirmando que todas las normas jurídicas pueden formularse en enunciados hipotéticos que enlazan una sanción a un hecho ilícito. Ahora bien, si se observa la reformulación que él mismo ofrece ahora de la norma que castiga el robo, resulta que el hecho de que el Parlamento haya promulgado una determinada norma y el hecho de que un tribunal haya dictado una determinada sentencia terminan pasando a formar parte de la descripción del hecho ilícito mismo. Pero con eso se incluyen en la definición del hecho ilícito las condiciones mismas de producción (y, por tanto, de validez) de esa definición y las condiciones de aplicación de esa definición a un caso. Ésa es, creo yo, una forma sorprendente de definir un

---

[46] Nino (1983), p. 86. Para percatarse de que, en efecto, se trata de un ejemplo hipersimplificado basta pensar en las complicaciones laberínticas que habría que introducir si, en lugar de una norma que castiga un homicidio (que a fin de cuentas es un hecho bruto), quisiéramos expresar en los términos kelsenianos una norma que castiga la infracción de las obligaciones derivadas de un acto jurídico: v. gr. de las obligaciones del socio gestor de una sociedad civil.

[47] Vid. a este respecto el iluminador análisis de Guastini (1990), cap. 1, y Guastini (1993) cap. 2 de la segunda parte. Hace más de dos siglos Bentham, tal vez el primero en plantear expresamente el llamado 'problema de la individuación de las normas', llamó la atención sobre el hecho de que a menudo tropezamos con "no sólo capítulos enteros, sino volúmenes enteros, y además volúmenes dotados de autoridad *(authoritative),* en los que no se encuentra, desde el comienzo hasta el final, ni siquiera una sílaba que insinúe un castigo, y que sin embargo están llenos de materia variada que se denomina derecho". Y se apresuró a aportar una explicación: "La causa de esto no es ni más ni menos que la siguiente: la falta de coincidencia o conformidad entre la disposición tipográfica y la lógica; entre el orden de las ideas sobre las que versan las diversas leyes en cuestión, y el orden de los signos que empleamos para expresarlas" (Bentham (1970) pp. 1% s.).

hecho ilícito. Pero obsérvese además que Kelsen se ve obligado a formular como hipótesis lo que es un hecho real de legislación, proporcionándonos una visión enteramente implausible de una norma. Tiene perfecto sentido decir 'En el derecho español existe una norma según la cual `Si alguien roba, deberá ser castigado con la pena de prisión': la sanción de privación de libertad está prevista para el caso hipotético de que alguien cometa robo'. En cambio, desafía el sentido común la afirmación 'En derecho español existe una norma según la cual `Si el Parlamento ha resuelto que los ladrones sean castigados...'; porque si en un sistema jurídico está tipificado el delito de robo no es en virtud de la *hipótesis* de que el Parlamento *pudiera haber* decretado algo, sino porque *de hecho* el Parlamento así lo decidió.[48]

Si la formulación kelseniana de la norma jurídica resulta implausible es porque en ella colapsa la estructura misma del sistema jurídico como sistema dinámico. Un sistema normativo kelseniano es un conjunto unificado de cadenas de validez. Entre las normas del sistema existen relaciones de validación, que en un sistema dinámico están articuladas mediante actos de aplicación de normas que al mismo tiempo son actos de producción normativa. Pero desde el momento en que en el supuesto de hecho de una norma están incluidas las condiciones de creación y aplicación de la misma, se produce una drástica transformación del sentido de las cadenas de validez: una vez que aplicamos la teoría kelsemana de la norma, las relaciones jerárquicas entre normas desaparecen, fundiéndose en el supuesto de hecho de cada una de ellas, y los eslabones y las conexiones en cadena en lugar de representar normas y relaciones dinámicas entre normas pasan a representar fragmentos de normas y relaciones de contenido entre fragmentos. Las relaciones de validación desaparecen y la idea kelseniana de sistema se viene abajo.

Cuando Kelsen quiere ilustrar el modo como las normas están conectadas entre sí mediante relaciones de validación en un sistema dinámico, recurre al siguiente ejemplo. "Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez la validez del código penal resulta de la constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes

[48] En este punto J. Raz ha señalado con agudeza que Kelsen pasa por alto el hecho de que para afirmar la existencia de una ley penal contra el robo no basta decir 'Si el Parlamento ha decidido que los ladrones sean castigados...'; es necesario afirmar que el Parlamento realmente ha decidido que los ladrones sean catigados... Pero cuando se formula de este modo, se ve la norma kelseniana como lo que realmente es –no una norma sino un grupo de normas diferentes" (Hart (1970), p.118).

y señala el órgano competente" (TP 137 s.).[49] Ahora bien, cuando quiere integrar las normas dinámicas en su teoría de la norma jurídica, reinterpreta el mismo ejemplo en los términos que ya conocemos: "'Si el parlamento ha resuelto que los ladrones sean castigados y el tribunal competente ha establecido que determinado individuo ha robado, entonces...'" (GT 143 [170]). Lo que antes se presentaba como una cadena de normas entre las cuales hay relaciones de validez, ahora se presenta como una conjunción de enunciados que integran el antecedente de una norma penal.

Para ilustrar la situación, tomemos la figura 7, que ofrece una representación de un sistema normativo (en la que, para simplificar, he prescindido de representar los actos de producción normativa que median entre las normas).

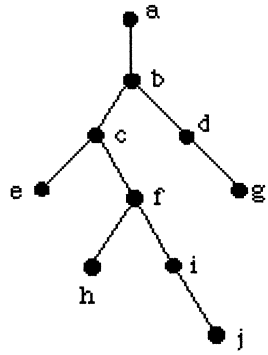

Fig. 7

Aparentemente estamos ante un sistema que unifica, a partir de la norma a, diez normas de diferente rango, conectadas entre sí mediante relaciones de validación. Pero si suponemos que sólo e, h, j y g estipulan actos coactivos, entonces sólo tenemos realmente las cuatro normas siguientes:

(1) a — b — c — e

(2) a — b — c — f — h

(3) a — b — c — f — i — j

(4) a — b — d — g

Ninguna de nuestras diez disposiciones es realmente una norma. Todas ellas no son sino fragmentos de normas que entran –en diversas combinaciones– en la composición de las cuatro normas descritas. Lo que aparentemente eran cuatro cadenas de normas con un origen común, resulta ser en realidad cuatro normas que comparten partes variables de su contenido. La interpretación inicial del diagrama arborescente se transforma de forma decisiva.

[49] Para una presentación algo más compleja de ese mismo ejemplo vid. RR 202 ss. [207 s.]

Toda norma que no estipule una sanción es sólo un fragmento del antecedente de una norma que estipula una sanción: "de ello se sigue que cada cadena de validez representa una sola norma. Las líneas que representan una cadena de validez corresponden a partes de la norma representada por la cadena de validez de la norma en su conjunto".[50] Pero esto termina siendo catastrófico para la concepción kelseniana del derecho como un conjunto de normas relacionadas sistemáticamente por el nexo 'acto de creación-aplicación'.

4.2. En el último epígrafe del cap. primero de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre,* Kelsen parece modificar su concepción reduccionista inicial sobre las normas jurídicas, tal como había quedado formulada en la primera edición de esa misma obra y en la *Teoría General del Derecho y del Estado.* Ahora sustituye la idea de normas incompletas o fragmentos de normas por la idea, algo diferente, de normas *que no son independientes (unselbstdndige Recthsnormen);* y en lugar de afirmar que un sistema jurídico está integrado sólo por normas que estipulan actos coactivos, admite que junto a normas de ese tipo existen otras normas jurídicas, que, sin embargo, no son independientes de aquéllas, porque están "esencialmente ligadas" a ellas (RR 55 ss. [67 ss.]). Sin indicar si se trata o no de un catálogo exhaustivo, Kelsen ofrece la siguiente relación de normas jurídicas no independientes: 1) las normas que él denomina 'secundarias', es decir, aquellas que se limitan a prescribir determinadas formas de conducta; 2) las normas permisivas; 3) las normas derogatorias; 4) las definiciones legales y las disposiciones aclaratorias; finalmente, y más interesante en este contexto, 5) las normas facultativas, es decir, aquellas "que confieren a los individuos un poder jurídico, es decir, un poder para producir normas".

La imagen que parece emerger ahora del sistema jurídico es algo más compleja, y parece ofrecer una visión más plausible del modo como la coacción se integra en la noción de sistema jurídico: "... un orden jurídico, aunque de ninguna manera todas sus normas estatuyan actos coactivos, puede sin embargo ser caracterizado como un orden coactivo, en la medida en que todas las normas que por sí mismas no estatuyen un acto coactivo, y que, por consiguiente, no mandan, sino que facultan o permiten positivamente el establecimiento de normas, son normas no independientes, puesto que sólo valen en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo" (RR 59 [70]).

Parece como si Kelsen se hubiera decidido a revisar su interpretación inicial de la tesis de la coactividad: en lugar de una tesis sobre las normas jurídicas, lo que tendríamos ahora es una tesis sobre el *sistema* jurídico, en-

[50] Raz (1970), p.113.

tendido como un conjunto de normas que, o bien estipulan actos coactivos, o bien de forma más próxima o más remota están relacionadas con normas de ese tipo. En este sentido C. Alchourrón y E. Bulygin han saludado esta rectificación de Kelsen viendo en ella "el abandono de su pretensión de dar una definición de norma jurídica de tal modo que la característica distintiva del derecho en general sea la característica distintiva de todas y cada una de las normas jurídicas y que el orden jurídico se defina a partir de la norma jurídica [...] La teoría de las normas no independientes implica, pues, renunciar a la definición del derecho en el nivel de la norma jurídica para sustituirla por una definición en el nivel del orden o sistema".[51] Por mi parte, no estoy seguro de que estemos ante una rectificación sustancial, que vaya más allá de un cambio en la forma de expresión.

Kelsen hace un planteamiento confuso. Para empezar, abandonándose a un uso corriente y poco preciso del término 'norma', que oculta distinciones cruciales, incluye en el catálogo de normas disposiciones jurídicas que carecen propiamente de contenido normativo.[52] Un tratamiento un poco más diferenciado habría podido ser un primer movimiento para deshacer la idea de que el derecho está integrado únicamente por normas.

Pero además, y más importante, Kelsen no aclara qué significa que las normas que estipulan sanciones son 'independientes'. Todo lo que dice al respecto es que algunas normas no son independientes "puesto que *sólo valen* en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo", de lo cual cabe inferir que las normas 'independientes' *valen* por sí mismas, sin requerir la conexión con ninguna otra norma. Pero la utilización de la idea de validez en este contexto resulta desconcertante –tanto desde el lado de las normas independientes como de las que no lo son. Empezando por las 'normas no independientes', piénsese, por ejemplo, en las normas que confieren potestades para producir normas. ¿Tiene sentido decir que sólo valen –es decir, existen– en conexión con aquellas normas penales que han sido creadas en aplicación de ellas, cuando precisamente el hecho de haber sido creadas de ese modo forma parte de las condiciones de validez de esas normas penales? ¿Las normas de la constitución que invisten de poder legislativo a determinadas personas no valen mientras no ha sido aprobado el código penal? Los interrogantes son tal vez más graves en lo se refiere a las normas que estipulan sanciones, que son el único caso de 'normas indepen-

[51] Alchourrón/Bulygin (1975), pp. 105 s.

[52] Como se señala en Alchourrón/Bulygin (1975), pp. 106 s., éste es el caso de las 'normas' derogatorias y las definiciones legales: las primeras son más bien actos normativos, realizados en el uso de potestades de producción de normas, la segundas establecen reglas lingüísticas, pero no propiamente normas de conducta.

dientes'. ¿Hemos de entender que la validez de esas normas no descansa en su conexión con ninguna otra norma del sistema? Pero si, como sabemos, la integración de las normas en un sistema se basa en relaciones de validación, ¿en qué sentido podemos decir que las normas independientes integran un sistema? La idea kelseniana de normas independientes parece justificar la opinión de J. Raz de que para Kelsen "toda norma es una entidad independiente y autocontenida, que no mantiene ninguna relación necesaria con ninguna otra norma".[53] Pero eso entra en colisión con la idea kelseniana de sistema jurídico, porque, tal como Kelsen lo concibe, en un sistema jurídico (en realidad en cualquier sistema normativo) no puede haber más norma independiente que la norma fundamental: cualquier otra norma independiente no forma parte de esa unidad que llamamos 'sistema'.

Confusa termina siendo, finalmente, su concepción sobre la estructura de las normas independientes. A este respecto es significativo que cuando aclara en qué sentido las normas facultativas (que son precisamente las normas que permiten el dinamismo del sistema) no son normas independientes, parece seguir aferrándose a la idea de que han de considerarse incluidas en el antecedente de las normas que estipulan sanciones. En efecto, reiterando una fórmula que ya nos es conocida, afirma que el "enunciado jurídico" que describe la existencia de una norma que castiga el robo con pena de prisión debemos reconstruirlo en los siguientes términos: "Si los individuos facultados para legislar ha establecido una norma general según la cual quien haya cometido robo debe ser castigado de un determinado modo, y si el tribunal facultado para ello en el sistema procesal penal ha verificado, en un procedimiento determinado por el sistema procesal penal, que un determinado hombre ha cometido robo, y si ese tribunal ha dispuesto la pena legalemente establecida, entonces un órgano determinado debe ejecutar esa pena" (RR 57 s. [69]). Esto, dice Kelsen, mostraría que las normas facultativas incluidas en la constitución y en la legislación procesal penal "son normas no independientes, puesto que sólo determinan condiciones bajo las cuales han de ejecutarse las sanciones penales" (ibid.) –en suma, han de considerarse fragmentos de la norma penal, cuya enunciación sólo está completa cuando aquellas son reintegradas al supuesto de hecho.

En resumen, al formular la idea de 'normas no independientes' Kelsen *parece* avanzar un paso hacia el abandono de su teoría inicial sobre las normas jurídicas; pero en realidad sigue sometido a constricciones intelectuales demasiado profundas que terminan haciendo de la rectificación poco más que un cambio de terminología.

[53] Raz (1970), p. 114.

4.3. De esta exploración se desprende que en la teoría pura del derecho 'dinamismo' y 'coactividad' no entran de forma conjuntiva en una caracterización única del derecho como sistema normativo. En realidad pertenecen a dos definiciones diferentes del derecho. La primera caracteriza el derecho como sistema, y por cierto como un sistema que regula su propio proceso de creación y aplicación; la segunda lo caracteriza como un conjunto de normas de un tipo específico. Para la primera son decisivas las formas específicas como están relacionadas las normas; en la segunda esas relaciones entre normas son enteramente irrelevantes. En realidad, en una y otra definición 'norma' entra en un sentido bien diferente.

Kelsen se hace cargo de esta situación cuando distingue entre un "concepto dinámico" y un "concepto estático" del derecho, en un pasaje muy revelador, que merece ser citado in *extenso:*

> "Si se contempla el orden jurídico desde el punto de vista dinámico [...], parece posible definir el concepto de derecho de un modo enteramente diferente de aquel en que hemos intentado definirlo. En particular, parece posible ignorar el elemento de la coacción al definir el concepto de derecho.
>
> ... Este concepto dinámico difiere del concepto del derecho como norma coercitiva. Con arreglo al concepto dinámico, el derecho es algo creado a través de un determinado proceso, y todo lo creado de esa manera es derecho. *Este concepto dinámico, sin embargo, sólo aparentemente es un concepto de derecho.* No contiene respuesta alguna a la pregunta sobre la *esencia del* derecho, y sobre el criterio para distinguir el derecho de otras normas sociales. Este concepto dinámico sólo ofrece una respuesta a la pregunta de si, y por qué, una determinada norma pertenece a un sistema de normas jurídicas válidas, o forma parte de un determinado orden jurídico. Y la respuesta es que una norma pertenece a un orden jurídico determinado, si es creada de acuerdo con un procedimiento prescrito por la constitución fundamental de ese orden jurídico" (GT 122 [144]; cursivas mías).

Kelsen introduce esta distinción con la intención de explicar por qué no todo lo producido por los órganos de creación de derecho puede ser catalogado como jurídico: del proceso creador de derecho pueden resultar "productos no jurídicos". La ley, como producto del proceso de creación de derecho, es "un documento que contiene palabras, frases", pero "no necesariamente todo lo expresado por esas frases es una norma" (GT 123 [145]). Lo que desde el punto de vista dinámico puede catalogarse como jurídico, puede quedar descartado una vez que se adopta el punto de vista estático.[54] Los mandatos que emite el legislador sin prever una sanción por

[54] "Si por el término 'derecho' se entiende algo que pertenece a un determinado orden jurídico, entonces es derecho todo lo que ha sido creado de acuerdo con el procedimiento prescrito por la constitución fundamental de ese orden. Esto no significa, sin embargo, que todo lo que ha sido creado de acuerdo con ese procedimiento sea derecho, en el sentido de una norma jurídica.

su violación quedan fuera del concepto estático de derecho, por más que hayan sido establecidos mediante los procedimientos regulares de producción de derecho. Kelsen no menciona que también quedan fuera las reglas que organizan los procesos de creación y aplicación del derecho, excepto en la medida en que, por la vía tortuosa que ya conocemos, podamos introducirlas en el antecedente de las normas jurídicas kelsenianas.

Estos dos 'conceptos' de derecho no representan simplemente puntos de vista diferentes y complementarios. En realidad son dos concepciones mutuamente excluyentes. Con las entidades identificadas mediante el concepto 'estático' no podemos construir el objeto que conceptuamos desde el punto de vista 'dinámico': cada una de ellas contiene ya, fundidas, las piezas móviles con las que habría que articular paso a paso ese objeto que denominamos 'sistema jurídico'.

El pasaje que acabamos de acotar es particularmente interesante, porque permite apreciar el peso que Kelsen termina atribuyendo a dinamismo y coactividad en la definición del derecho. Una lectura atenta revela que Kelsen no considera el concepto estático y el concepto dinámico ni como complementarios ni como alternativos. Sorprendentemente, después de todos los esfuerzos desplegados en la teoría pura para caracterizar el derecho como un sistema normativo que regula su propio proceso de producción y aplicación, después de sus interesantes consideraciones sobre la forma peculiar como se articulan las relaciones de validación entre las normas jurídicas y sobre la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, Kelsen no vacila en afirmar que el concepto dinámico es un concepto de derecho "sólo aparentemente"; que realmente no lo es, porque no da respuesta a la pregunta por la "esencia del derecho", y por consiguiente no nos proporciona un "criterio para distinguir el derecho de otras normas sociales". En suma, mucho de lo que apreciamos como aportación kelseniana a nuestra comprensión del derecho queda expulsado por Kelsen de la definición de derecho como inesencial.

Probablemente la idea de dinamismo es más iluminadora que la de la coactividad; nos instruye más sobre la estructura interna del fenómeno y sobre las diferencias con otros fenómenos normativos. Pero en realidad no tenemos por qué aceptar la alternativa 'o dinamismo o coactividad'. Kelsen se enreda en dificultades de forma gratuita. Debidamente interpretadas, la tesis del dinamismo y la de la coactividad son perfectamente compatibles. La incompatibilidad se produce más bien cuando, mediante una interpretación particularmente fuerte de la tesis de la coactividad del derecho, se

---

Sólo es una norma jurídica si se propone regular la conducta humana, y si regula la conducta humana disponiendo un acto coercitivo como sanción" (GT 123 [145])

quiere trasladar la propiedad de la coactividad desde el *sistema* jurídico a todas las *normas* del sistema, erigiéndola en criterio de individuación de las normas jurídicas. Esa traslación se basa en el argumento de que si un sistema tiene las propiedades a, b y c, todos los elementos que lo integran tienen que tener precisamente las propiedades a, b, y c. Pero ése es un argumento sofístico. No es contradictorio afirmar, por un lado, que el derecho es un sistema coactivo porque prevé el uso regular de sanciones coactivas, advirtiendo, por otro, que no todas las normas del sistema estipulan sanciones coactivas. En ningún momento ha formulado Kelsen de forma tan inequívoca el *protón pseudós* de su teoría de la norma jurídica como en la *Allgemeine Staatslehre* de 1925: "El orden jurídico es un sistema de normas jurídicas [...] Aquí debe investigarse la naturaleza del todo, tal como se refleja en sus partes. *Pues cada norma jurídica, para serlo, tiene que expresar la naturaleza del Derecho como un todo.* Y si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica es entonces una norma que dispone la coacción" (AS 47 [78]).

Al expresarse así Kelsen incurre en la falacia de la división, que consiste en atribuir las propiedades de un todo a cada una de sus partes integrantes.[55] La suposición de que cada norma jurídica tiene que expresar la naturaleza del derecho como un todo, permite definir el derecho definiendo una norma jurídica. Pero eso choca frontalmente con la tesis kelseniana de que "es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a la regla individual aislada", de modo que "sólo sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un orden jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho" (GT 3 [3]).[56]

Desde el momento en que erige la coactividad en criterio de individuación de las normas, Kelsen se enreda en problemas. Porque, bien considerado, el sistema jurídico kelseniano no puede construirse con las normas jurídicas kelsenianas: entre las normas jurídicas kelsenianas no pueden darse las relaciones de validación que son características de un sistema dinámico

[55] Discutiendo la concepción de la norma jurídica de John Austin, Kelsen vuelve a incurrir en el mismo sofisma: "Habiendo comprendido que la sanción es un elemento esencial del derecho, [Austin] debería haber definido la regla jurídica genuina como un 'mandato' que estipula una sanción. El no haberlo hecho lo enredó en contradicciones" (GT 62 s. [73]).

[56] No deja de ser sorprendente que Kelsen, que, como hemos visto, comienza su *Teoría General del Derecho y del Estado* con la afirmación enfática de que "el derecho no es, como a veces se dice, una regla" y que "es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a la regla individual aislada" (GT 3 [3]), en esa misma obra, tras introducir su distinción entre un concepto estático y un concepto dinámico del derecho, afirme que el concepto dinámico "difiere del *concepto del derecho como norma* coercitiva" (GT 122 [144], curs. mías), y que no capta la esencia del derecho. En realidad Kelsen presenta la idea *coactividad* de modo que ella sola basta para diferenciar el derecho, sin necesidad de requerir para nada la idea de sistema.

(peor aún, no pueden darse, en general, relaciones sistemáticas). La teoría kelseniana del derecho como un sistema normativo dinámico es, pues, una razón para abandonar la teoría kelseniana sobre la estructura uniforme de las normas jurídicas.

5. Coda

Por razones de conveniencia, al exponer la visión kelseniana sobre dinamismo y coactividad como rasgos característicos del derecho he invertido el orden cronológico en el que entran en el proceso de formación del pensamiento de nuestro autor. Permítaseme una apretadísima indicación final.

Subrayar la importancia de la *coactividad* para la caracterización del derecho forma parte de los empeños primeros de Kelsen: constituye uno de los temas centrales de su primera gran obra, los *Hauptprobleme* de 1911. Esa obra responde a un intento muy ambicioso de desarrollar los temas fundamentales de la teoría del derecho a partir de una teoría de la norma jurídica.[57] Y de hecho en ella Kelsen, por un lado, elabora la teoría de la norma jurídica que, con modificaciones menores, reiterará luego a lo largo de toda su obra, y, por otro, se ocupa de extraer las consecuencias que esa teoría tiene para una definición de los conceptos jurídicos fundamentales.

La idea de *dinamismo*, asociada al derecho, es algo mas tardía: aparece probablemente por primera vez en la *Allgemeine Staatslehre* de 1925, ligada a la distinción entre estática y dinámica jurídica. Aunque en esa obra está ya presente la idea de derecho como sistema, la exploración detallada de las diferencias entre sistemas estáticos y dinámicos se encuentra por primera vez en *los Philosophische Grundlagen* de 1928, asociada a un intento de establecer una diferenciación estructural entre derecho natural y derecho positivo.

La exposición que he hecho a lo largo de estas páginas, si es correcta, indica que Kelsen no fue capaz de desprenderse de su temprana interpretación de la tesis de la coactividad, a pesar de que difícilmente encajaba en la imagen del derecho como sistema normativo dinámico que tan brillantemente desarrolló en la *Reine Rechtslehre.* ¿Por qué Kelsen se aferra hasta el final a una teoría de la norma jurídica que resulta implausible a la luz de su propia

[57] El título completo de la obra no puede ser más explícito: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Desarrollados a partir de la doctrina de la proposición jurídica.* Para ser precisos he de advertir que en esta obra el cometido inmediato de Kelsen es elaborar no tanto una teoría del derecho cuanto una teoría del Estado desde el punto de vista jurídico. Lo cierto, en todo caso, es que al hilo de una discusión detallada de las doctrinas de derecho público entonces prevalencientes en Alemania, se ve llevado a discutir cuestiones fundamentales de teoría de la ciencia jurídica y a desarrollar algunos de los temas principales de una teoría general del derecho.

concepción sobre el sistema jurídico? Desentrañar las fuerzas intelectuales que lo mantienen apresado a su temprana concepción sobre el derecho y la estructura uniforme de las normas jurídicas es tarea para otro momento.

Siglas de las obras de Kelsen citadas

AS *Allgemeine Staatslehre,* Springer, Berlín, 1925 [trad. de L. Legaz Lacambra, *Teoría general del Estado,* reed. por Ed. Corvares, Granada, 2002]

COJ "El concepto de orden jurídico", en *Contribuciones a la teoría pura del derecho,* trad. de M. I. Azaretto, Centro Edit. de Am, Latina, Buenos Aires, 1969

GT *General Theory of Law and Suite* Harvard Univ. Press, Cambridge Mass., 1945 [trad.por E. García Maynez, *Teoría general del derecho y del Estado,* UNAM, México, 3a reimpr. 1983]

HP *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechssatze* (1911), 2a ed. Mohr, Tübingen,1923 [arad, de W. Roces de la 2° edic. alemana, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* Pomia, México, 1987]

PG "Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus" (1928), sigo la versión publicada en AA.VV., *Die Wiener Rechtstheoretische Schule,* Europa Verlag, Wien etc., 1968.

TP *Teoría pura del derecho,* trad. de M. Nilve y N. Cabrera, EUDEBA, Buenos A., 1960 (es la traducción castellana de la versión francesa de 1953 de la primera edición, modificada, de la *Reine Rechtslehre)*

RR *Reine Rechtslehre,* 2a e1., F. Deuticke, Wien, 1960 [arad. R. J. Vernengo, *Teoría pura del derecho,* UNAM, México, 1979]

Referencias bibliográficas

ALEXY, Robert (1992), *Begriff und Geltung des Rechts,* Alber, Freiburg/München

ALCHOURRÓN, Carlos/Bulygin, Eugenio (1975), *Introducción a la metodología de las ciencias sociales, Astrea,* Buenos Aires.

BENTHAM, Jéremy (1970), *Of laws in general,* Athlone Press, Univ. of London Binding, Karl (1922), *Die Normen und itere Übertretung,* 4a ed. Leipzig Canaris, Willhelm (1998), *El sistema de la jurisprudencia*, Trad. por J. A. García Amado, Fundar. Cult. del Notariado, Madrid.

DELGADO PINTO, José (1977) "El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico", en el vol. I de AA. VV. *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau,* Univ. de Valencia, Valencia.

– (1978) "Obligatoriedad y deber jurídico en el positivismo contemporáneo: El pensamiento de Hans Kelsen", en *AFD 20.*

– (1990) "El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al derecho", en AA.VV. *Obligatoriedad y Derecho,* Univ. de Oviedo.

FINNIS, J. (2000), *Ley natural y derechos naturales,* Trad, de C. Orrego, Sánchez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

GUASTINI, Riccardo (1990), *Dalle fonti alíe norme,* Giappichelli, Torio.

– (1993) *Distinguiendo,* trad. de J. Ferrer i Beltrán, Paidós, Barcelona.

HART, Herbert (1992), *El Concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2a ed.

IHERING, Rudolf von (1970), *Der Zweck im Recht*, Georg Olms Verlag, Hildesheim, (Reprod. facs. de la 4a. ed. de Breitkopf und H rtel, Leipzig, 1904.

NINO, Carlos S. (1983), *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona.

OLIVECRONA, Karl (1959), *El derecho como hecho*, trad. de G. Cortés Funes, Depalma, Buenos Aires.

RAZ, Joseph (1970), *The Concept of Legal System*, Clarendon, Oxford.

ROSS, Alf (1958), *On lave and justice*, Stevens and Sons, London.

– (1961), *Hacia una ciencia realista del Derecho*, trad. de J. Barbota, Abeledo Perrot. Buenos Aires.

– (1971) *Lógica de las normas*, trad. de J. P. Hierro, Tecnos, Madrid.