

**Biblioteca de Ética,
Filosofía del Derecho
y Política**

DIRIGIDA POR

**Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania)
y Rodolfo Vázquez (ITAM, México)**

ERNESTO ABRIL

LAS LIMITACIONES DEL SOBERANO



Primera edición: 1998
Primera reimpresión: 2004

Reservados todos los derechos conforme a la ley

ISBN 968-476-291-7

© Ernesto Abril
© Distribuciones Fontamara, S. A.
Av. Hidalgo No. 47-b, Colonia del Carmen
Deleg. Coyoacán, 04100, México, D. F.
Tels. 5659•7117 y 5659•7978 Fax 5658•4282

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

*A Susana
por su amor, comprensión y tolerancia*

INTRODUCCIÓN

1. El problema que me propongo abordar posee en el ámbito de la Filosofía Jurídica una larga tradición. H.L.A. Hart¹ ha dicho que “...el elemento de autoridad involucrado en el derecho ha sido siempre uno de los obstáculos en el camino de cualquier explicación fácil de lo que el derecho es”. Tiempo después, uno de sus más destacados discípulos –Joseph Raz²– dedicó todo un libro a la explicación de este relevante problema.

Al parecer, la idea de que en una sociedad determinada existe un orden jurídico, va permanentemente unida a la existencia, dentro de ella, de una cierta autoridad.

A su vez, el elemento “autoridad” genera otra idea, a saber: que existe en ella una cierta organización de tipo jerárquica que no puede extenderse hasta el infinito, sino que debe concluir en algún punto.

La autoridad con la que concluye esta grada jerárquica es caracterizada por las notas de “supremacía” e “independencia”.

La primera de dichas notas, hace referencia al carácter más elevado de esa estructura jerárquica. –Luego de ella, y siempre respecto de ese grupo, no existe autoridad alguna con tales características específicas.

La segunda, está absolutamente vinculada con la primera y apunta a señalar que es esa misma autoridad la que fija los criterios o pautas del orden del grupo, sin aceptar, simultáneamente, criterios impuestos por ninguna otra autoridad de iguales características.

De ese modo, si no es posible pensar el derecho sin simultáneamente tener idea de una “autoridad suprema e independiente”, se impone la siguiente pregunta: ¿Cómo es posible que el propio orden jurídico vincule a esta última? o de otra forma: ¿Esta autoridad (su-

prema e independiente) se encuentra obligada por el propio orden jurídico del cual, ella misma, constituye un elemento necesario de su comprensión y delimitación?

Es conocido que a esa autoridad se la denomina habitualmente “autoridad soberana” o simplemente el “soberano”.

Pues bien, los dilemas que se han presentado para responder a esta difícil y por momentos paradójica pregunta han sido muchos y se vinculan con otros interrogantes adicionales, alguno de los cuales ocuparán mi atención durante el desarrollo de este trabajo, a saber

1.1. ¿Quién es el “soberano”? o para expresar mejor el interrogante: ¿Cuáles son los criterios utilizados para definir esa expresión?

Este interrogante junto con las más dispares respuestas que se han formulado, tiene íntima vinculación con la ambigüedad del propio término “soberano”.

En oportunidades esta expresión es utilizada para hacer referencia al individuo o grupo de individuos que de hecho detentan o son portadores en grado máximo o supremo del poder de imposición dentro de una sociedad determinada.

En otras o en las mismas ocasiones, sin que se efectúen las necesarias precisiones, se hace referencia a la autoridad en términos de “competencia” (como “autorización”), en términos normativos, para adoptar las decisiones últimas de esa misma sociedad.

Este problema polisémico ha provocado no pocas discusiones de tipo verbal en torno a la cuestión y, seguramente, ha sido uno de las causas por las cuales llegó a sugerirse la eliminación de su uso dentro del discurso técnico-jurídico.³

1.2. La segunda pregunta, que obviamente intento responder quedaría formulada de la siguiente forma: Si es verdad que una sociedad posee un orden jurídico porque dentro de ella existe un “soberano”: ¿Qué puede significar que él posea limitaciones? La consideración de este segundo interrogante, requiere también nuevas precisiones.

En efecto, como es dable observar, cuando se habla de limitaciones del “soberano” dentro de una sociedad política e independiente

se puede estar haciendo referencia, sin advertirlo, a diversos tipos de límites que éste posee en orden a concretar algún cambio o bien, para mantener un cierto curso de acción por parte de los miembros del grupo, a saber:

1.2.1. Resulta muy común, referirse al “poder” como la capacidad o habilidad de un individuo o grupo de individuos para llevar a la práctica o concretar sus propósitos, a pesar de la eventual resistencia que puedan oponer otros individuos del mismo grupo. Llamaré a este tipo de caracterización del poder como “poder fáctico” (PF).

Este ejercicio del poder puede llevarse a la práctica de muy diferentes maneras: en oportunidades, por medios físicos o materiales y en otros momentos o simultáneamente, utilizando medios psicológicos o intelectuales.

El individuo o grupo de individuos que poseen tal poder son denominados habitualmente como “soberanos” del grupo.

Tal poder, pese a la capacidad de imposición reconocida en la mayoría de los casos posee, sin embargo, limitaciones dentro de ese mismo plano.

En determinadas ocasiones, el soberano quiere que los demás individuos del grupo o cierta clase de ellos se comporten de determinada manera pero carecen, momentánea o definitivamente, de tal capacidad en ese sentido. Llamaré a este tipo de limitaciones, “limitaciones fácticas” (LF).

Así, por ejemplo, el soberano de un grupo desearía anexar a sus dominios territorios que se encuentran ocupados por otro grupo de individuos que, por tener también “soberano”, se califica como “sociedad política e independiente”; pero, este otro grupo, posee mayor cantidad de individuos debidamente entrenados y con mayor cantidad de armas para una eventual contienda. Como consecuencia de ello, el “soberano” del primer grupo se abstiene de llevar a cabo sus propósitos. Se dice entonces que el “soberano” quiere determinada modificación de la realidad pero posee limitaciones fácticas (LF) que impiden su concreción.

No hace falta para verificar este supuesto pensar en la existencia de otra sociedad política e independiente. En efecto, también se ha-

bla de limitaciones fácticas, cuando el mismo soberano quiere imponer ciertas formas de conducta dentro de su sociedad y encuentra iguales dificultades.

Ejemplos del primer caso son proporcionados por Theodor Geiger⁴ al explicar el modo exógeno de formación de un grupo social. Este autor describe que en las conquistas por invasión de un cierto grupo sobre otro, el grupo denominado “invasor” aún contando con el poder de imposición para las cuestiones centrales y su efectivo cumplimiento se ve, sin embargo, en toda ocasión de conquista, imposibilitado de modificar ciertas conductas del grupo denominado “invadido. De ese modo, si quiere hacer perdurable el estado de cosas impuesto, estará necesariamente expuesto a respetarlas y más aún, en muchos casos, tendrá que asimilarlas.

Ejemplo del segundo tipo resulta proporcionado por John Austin⁵ cuando afirma en otros términos, que ciertos hábitos muy arraigados en la vida de los miembros de un grupo pueden de hecho interponerse entre la expresión de deseos del soberano y la efectiva concreción fáctica de ellos. Se habla entonces nuevamente de una limitación fáctica interna al grupo por parte del soberano.

Como puede inferirse de lo expuesto, los enunciados que se utilizan para describir estas situaciones hacen referencia a ciertos sucesos de la realidad que imposibilitan la efectiva modificación de los comportamientos—tal como lo desearía el soberano— de una parte o de la totalidad de los miembros componentes del grupo.

Dichos enunciados, para ser contrastados (y consecuentemente, calificados de verdaderos o falsos), deberán apuntar a cierto tipo de situaciones o acontecimientos externos al propio soberano de grupo y, por ende, a datos susceptibles de ser captados y analizado por nuestros sentidos.

1.2.2. Existe otro tipo de enunciados que no deben confundirse con los anteriores. Son aquellos que hacen referencia a la existencia de cierto tipo de normas que se consideran superiores a las establecidas por el mismo “soberano” porque su función principal es la de servir como parámetro de juzgamiento de la corrección o incorrección de ellas.⁶

Son enunciados que se refieren a normas de contenido moral

religioso utilizadas por la mayoría del grupo como criterios últimos para la justificación de las órdenes emitidas por el soberano. Estas normas son consideradas válidas con independencia de que se encuentren impuestas al grupo por el soberano.⁷

Dichas afirmaciones apuntan normalmente a problemas vinculados con la “legitimidad” de las decisiones de la autoridad suprema del grupo y, por ende, la investigación que propician se dirige a la verificación de la existencia de tales reglas supremas dentro de un sistema de moralidad determinado y de las inferencias que a partir de ellas puedan extraerse. Denominaré a este tipo de limitaciones, “limitaciones éticas”(LE).

Así, para ejemplificar, esta situación se daría si la mayoría del grupo, incluido el mismo soberano, sostuvieran la validez y primacía de cierta norma ética que estableciese: “Las promesas deben ser cumplidas”. Esta norma pasaría a constituirse en un límite ético del comportamiento de todos sus miembros con inclusión del propio soberano.

Si el soberano expresara mandatos que llevaran a contradecir el contenido de la regla, sus órdenes carecerían de justificación ética. Intentos de ese tipo por parte del soberano se verían como un caso individual de conducta genéricamente descripta como reprochable y, por ende, estaría expuesto a críticas y reacciones adversas fundadas en la violación del contenido de esas normas superiores.

1.2.3. Por último, surge la cuestión de la posibilidad de admitir “limitaciones jurídicas”(LJ) a la conducta del propio soberano. Como lo afirmé anteriormente se trata de un tema central de discusión dentro de la teoría del derecho y también constituye la materia principal de análisis de este trabajo.

El problema puede definirse a partir de la pregunta sobre la posibilidad de que el “soberano”, en tanto autoridad suprema e independiente de una sociedad determinada, pueda estar obligado o ser destinatario del derecho positivo del cual, el mismo, es fuente de origen. Es el problema conocido como de la “auto-obligación jurídica del soberano”.

Es necesario agregar, que el problema presenta su más difícil arista cuando tal limitación se establece con carácter de “irrevo-

cable” para la misma autoridad que, precisamente, ha dado origen a la norma.

Se afirma, en general, que dichas normas son introducidas con el específico propósito de contribuir de algún modo a la intangibilidad o inmodificabilidad de ciertos contenidos de las normas. Dichos contenidos, por alguna razón, pasan a ser considerados “pétreos” o “núcleos” o “caracteres definitorios” del orden jurídico del que forman parte esas normas.⁸

La cuestión planteada es de carácter conceptual y posee íntima vinculación con la noción primaria de “obligación jurídica”. Es alrededor de dicha temática, donde se concentra uno de los puntos más críticos de la discusión jurídica.

En efecto, habida cuenta de que la mayoría de los expositores se muestran conformes en admitir que existen limitaciones fácticas y éticas a la conducta del soberano, no puede decirse lo mismo respecto del tema de este trabajo.

Los desacuerdos son especialmente notorios aún dentro de expositores partidarios de la denominada tesis “imperativista” de la norma jurídica.⁹

Así, John Austin, señalado como el sostenedor de la opinión más extrema a este respecto, manifiesta que quien afirme tal proposición, incurrirá necesariamente en una verdadera falacia, porque:

...un monarca o grupo soberano limitado por un deber jurídico estaría sujeto a un soberano superior: es decir, el monarca o grupo soberano limitado por un deber jurídico sería soberano y no soberano. El poder supremo limitado por el derecho es una *contradictio in terminis*...¹⁰

Es necesario tener presente, que para este autor las leyes son únicamente mandatos dictados por el órgano soberano. Las normas denominadas “constitucionales” conforman para John Austin un tipo de “moralidad positiva” que especifican, en determinado momento, quien es el individuo o grupo de individuos en los cuales reside efectivamente la soberanía.¹¹

Por cierto que, para un jurista contemporáneo acostumbrado a análisis de normas constitucionales, tal visión puede parecer erró

nea, pero esa es la idea que predomina en el autor citado porque para él, un mandato es una norma jurídica, si y sólo si, se origina en la expresión del acto de voluntad del soberano del grupo. De ese modo, este tipo de límites no podrá ser considerado de naturaleza jurídica (LJ) sino meramente fáctica (LF).

Por su parte, Hans Kelsen que como el expositor anterior pertenece al grupo de quienes comparten la idea de que el concepto de “obligación jurídica” tiene íntimas vinculaciones con el concepto de “sanción”, aunque con notables diferencias respecto de aquel,¹² admite la posibilidad de existencia de limitaciones de este tipo en relación a la capacidad del soberano.

Así, en su *Teoría General del Estado* refiriéndose específicamente a esta cuestión, ha dicho:

El Estado, dicese, no solo crea el orden jurídico sino que se somete voluntariamente a él, convirtiéndose de ese modo en persona jurídica, en sujeto de deberes y facultades...¿El error metódico de la teoría dominante del Estado (según la cual, crea éste el orden jurídico y así no obliga más que a los demás hombres ?...) consiste en que se mezcla en forma poco clara, el acto psicofísico de la producción de normas y su fuerza motivadora, con la validez de las normas...¹³

Más allá de posiciones como ésta, que han sido calificadas de “formalistas”,¹⁴ también encontramos una seria disidencia con relación a esta materia, entre los partidarios de una opinión “anti-formalista”.¹⁵

Así, Hermann Heller —otro autor cuya opinión me propongo analizar— luego de definir al “soberano” como “una unidad decisoria que no está subordinada a ninguna otra unidad decisoria universal y eficaz”,¹⁶ afirma:

...sólo podrá hablarse de la unidad lógica de un sistema jurídico si la voluntad dominante puede contar normalmente con la obediencia de todos aquellos a quienes se dirige, y a condición, además, de que dicha voluntad no dependa de la aprobación, más o menos probable de otra unidad de volun-

tad... la soberanía es la cualidad de una unidad territorial de decisión y acción, en virtud de la cual y en defensa del mismo orden jurídico, se afirma de manera absoluta, en los casos de necesidad, aún en contra del derecho...¹⁷

A esta versión —desde una perspectiva sociológica— se opone la sugerida por Theodor Geiger.¹⁸ Según este autor, es necesario considerar los términos “Poder”, “Estado” y “Derecho” como correlativos y no como opuestos, contrariando lo que se sostenía en tiempos de la llamada “Ilustración” como reacción ante el despotismo. De ese modo, partiendo de la idea de que el término “derecho” remite siempre a un tipo específico de ordenamiento de la vida de un grupo.

Que dicho orden se caracteriza por hallarse organizado de modo centralizado (en el sentido de que su aparato sancionador se encuentra monopolizado por órganos especiales); y que la idea de “poder”, relativa a lo social, apunta a la probabilidad de dirigir el curso de ciertos acontecimientos sociales; se llega a la conclusión de que el primer concepto sólo se opone a la “arbitrariedad” como conducta motivada por la inspiración momentánea y sin sujeción a reglas por parte del grupo dominante.

De esa forma, si el concepto de “derecho” hace referencia primariamente a las conductas motivadas por el establecimiento previo de ciertas normas, para este autor, tendrá sentido hablar de limitaciones jurídicas (LJ) del soberano, ya que:

...Promulgar una ley constitucional crea por sí mismo una institución, esto es, un nuevo factor real. La ley constitucional promete programáticamente que la conducta de dominio seguirá ciertas líneas señaladas previamente y suscita en los dominados una determinada expectativa de acontecimientos... [Por ende] Tal auto-obligación es posible y eficaz en el plano de la realidad en virtud de la estructura global del sistema de funciones jurídico-estatales...¹⁹

El autor, por otra parte, reconoce que el orden social puede ser producto de dos tipos de conductas, a saber: las que se originan en

el mero "hábito" y las que son motivadas por la existencia de "normas" proclamadas por la autoridad del grupo.

Pero el propio ejercicio del "Poder" dentro de un estado de derecho, sólo podrá ser comprendido si el mismo se lleva a cabo mediante su adecuación a ciertas normas que prefijan pautas, modos, procedimientos e incluso contenidos para su configuración como tal.

La determinación del soberano dentro de una sociedad desarrollada únicamente puede resultar del mismo proceso de institucionalización del orden o del propio ejercicio del poder social, el cual necesita ser provisto por normas de tipo constitucional o "proclamativas", como las llama Geiger.

Este último tipo de normas, una vez que han sido instituidas por la autoridad, generan la correlativa expectativa de acontecimientos en el resto de los miembros del grupo.

De ese modo, la idea de correlación entre los términos "Derecho", "Estado" y "Poder" constituyen un producto de la evolución de la propia organización estatal.

Lo que inicialmente parecía responder únicamente al "hábito" se transforma, con el transcurso del tiempo en un factor secundario de poder, tal el de las normas pre-establecidas y el saber especializado vinculado a ellas.

Configurado de ese modo el denominado "Estado de Derecho", la orden del soberano del grupo no podrá ser comprendida como "norma jurídica", si previamente no se ha establecido otra que determine como será ejercitada su conducta de dominio para el futuro.

2. Llegado a este punto, podría afirmarse que esta cuestión constituye una mera disquisición teórica sin alcances prácticos de ninguna especie.

Esto, como lo ha señalado Garzón Valdés,²⁰ puede ser atribuido a la extrema similitud que presenta el problema con los diversos modos que los teóricos han asumido cada vez que han querido responder a la cuestión de las denominadas "paradojas lógicas", tales como la denominada de la "Auto-referencia normativa" de Alf Ross;²¹ "Omnipotencia divina"²² o "Conjunto de todos los conjuntos" de Bertrand Russell.²³

Sin pretender negar rotundamente que dicha afirmación pueda tener algún asidero, ello no puede restarle importancia a su análisis y clarificación frente a la evidencia de que, por diversos acontecimientos histórico-políticos, estos aportes pueden ser útiles como marco de justificación adecuado para la referida disputa e incluso proporcionar soluciones viables a problemas prácticos de extraordinaria relevancia.

El ejemplo de la Reforma Constitucional Alemana de los Años 1949 y 1968 puede proveer argumentos válidos para demostrar lo que sostengo.

Así, la Asamblea Constituyente Alemana, influenciada por los acontecimientos ocurridos con el arribo al poder del régimen nacional-socialista, decidió promulgar el día 23 de Mayo de 1949, el artículo 79 de su Ley Fundamental con una nueva redacción, cuyo párrafo tercero expresa:

Es inadmisibles toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en Landers o al principio de la cooperación de los Landers en la legislación o a los principios consignados en los artículos 1º y 20^º²⁴.

Por su parte, el artículo Primero del mismo cuerpo legal establece:

...(1) La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial a título de derecho directamente aplicable.

Por último, el artículo 20 en sus párrafos 1º, 2º y 3º afirman respectivamente: Que la República Federal Alemana es un Estado Fe-

deral, Democrático y Social; que todo poder emana del pueblo y que el poder Legislativo, está sometido al orden constitucional, los poderes Ejecutivo y Judicial, a la Ley y el Derecho.

No conformes con ello y con el objeto de reafirmar plenamente sus propósitos, el 24 de Junio de 1968 una nueva Asamblea Constituyente, agregó al artículo 79, el siguiente párrafo (Boletín de Leyes de la Federación I, págs. 710/711):

Contra cualquiera que intente derribar este orden les asiste a todos los alemanes el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

Los constitucionalistas alemanes han discutido largamente sobre el sentido de la referida cláusula constitucional, tratándola en la mayoría de los casos como una especie de "límite estático o inmodificable" al ejercicio del poder soberano.

Simultáneamente, han considerado al "derecho de resistencia", como una especie de "sanción" a la conducta antijurídica del propio soberano en los supuestos en que éste intente revocarlos. Dicha calificación será empleada aún en el supuesto de que la decisión sea adoptada bajo las condiciones y procedimientos previstos por el propio ordenamiento jurídico.

La experiencia histórica argentina no es idéntica a la alemana, ya que aquí no se ha producido la desaparición del Estado de Derecho bajo el ropaje de la legalidad.

Por el contrario, en nuestro país, la técnica habitual para este tipo de acontecimientos ha sido la utilización lisa y llana de los denominados "golpes de Estado". Sin embargo, la cuestión explicitada no ha escapado a la preocupación de los teóricos del derecho constitucional, del derecho político, de la teoría del derecho en general y, en especial, a nuestra propia clase dirigente.

Así, ha sido dable observar esta preocupación en los trabajos efectuados con motivo de la creación del denominado "Consejo para la consolidación de la democracia y la reforma constitucional".²⁵

En el dictamen preliminar del referido Consejo —producido en Buenos Aires el día 7 de Octubre de 1986— se expresa que el texto

de la anterior Constitución consagra: “el respeto de las libertades esenciales del ser humano y claramente diseñó un régimen de desarrollo integral de todas las Provincias y de la Nación como un todo...”,²⁶ pero que: “con el correr de los años se viera desbordada por una realidad social y económica caracterizada por un alarmante desprecio a los derechos humanos y por un centralismo tan absorbente como retrógrado...”.²⁷

Por su parte, normas de contenido similar a las de la reciente reforma constitucional alemana se están incorporando a las Constituciones de diversos países latinoamericanos (Tal el caso de artículo 250 de la Constitución Venezolana) y, a nivel de la propia Provincia de Córdoba, mediante la redacción y posterior sanción del nuevo artículo 17 que establece:

Esta Constitución no pierde vigencia aun cuando por acto violento o de cualquier naturaleza se llegue a interrumpir su observancia. Quienes ordenen, consientan o ejecuten actos de esta índole son considerados infames traidores al orden constitucional. Los que en este caso ejerzan las funciones previstas para las autoridades de esta Constitución, quedan inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargo o empleo público alguno, en la Provincia o en sus Municipios es deber de todo ciudadano contribuir al restablecimiento de la efectiva vigencia del orden constitucional y de las autoridades legítimas; le asiste al pueblo de la Provincia el derecho de resistencia, cuando no sea posible otro recurso...²⁸

¿Cuál puede ser entonces el significado “jurídico” de este tipo de normas? ¿Posee en realidad alguno o se trata de un reconocimiento de que quienes poseen el poder fáctico (PF) tienen algún tipo de pudor? ¿Será acaso este pudor el motivo que ha llevado a los poderosos a buscar justificaciones normativas en ámbitos donde no existen normas jurídicas o si las hubiere, cuando ellas no sirven para justificar dichos actos?²⁹

Teniendo en cuenta el primer párrafo de la norma transcrita ¿Cuál es el significado que debe otorgársele a la expresión “vigencia” dentro de dicha norma?

Adviértase, que si a dicha expresión se la identifica con “**observancia**”, el significado literal de ese párrafo constituiría un sinsentido, porque: “Esta Constitución no pierde “**vigencia**” (= “**observancia**”) aun cuando por acto violento o de cualquier naturaleza se llegue a interrumpir su “**observancia**” (= “**vigencia**”)”; constituye un enunciado contradictorio.

Pero si por el contrario, asignamos a la palabra “**vigencia**” el significado de “**validez u obligatoriedad**” tal sinsentido no sería tan evidente.

Ello porque: “Esta Constitución no pierde “**vigencia**” (= “**Validez u obligatoriedad**”) aun cuando por acto violento o de cualquier naturaleza se llegue a interrumpir su “**observancia**” (= “**vigencia**”), no es en modo alguno un enunciado autocontradictorio.

Bajo este último supuesto, la pregunta por la posibilidad jurídica de imponer semejantes límites a la actuación de los futuros constituyentes vuelve a tener sentido: ¿Tal límite jurídico será posible o tendrá sentido respecto del soberano? Y si ello fuese posible: ¿A cuál de los significados del término “posibilidad o imposibilidad” hacemos referencia dentro de este contexto?

Teniendo en cuenta el segundo apartado de la referida norma, cuando se afirma: el que ordene, consienta o ejecute actos de esa índole será considerado “infame traidor” y podrá además ser inhabilitado de por vida para ocupar cargos públicos:

¿Comprenderá también el caso de los futuros constituyentes que, mediante el procedimiento indicado en la Constitución, pretendan modificar este artículo 17 o cualquier otro que forma parte del denominado “núcleo” de la norma suprema?

Una respuesta positiva a la pregunta anterior parece inferirse del tenor de la referida norma que acabo de reproducir ya que, entre “...los actos de cualquier naturaleza...” pueden encontrarse precisamente los de una reforma constitucional, llevada a cabo por la autoridad competente de conformidad al procedimiento establecido en aquella.

Pero, si ello es así: ¿Quién será el que aplique las sanciones establecidas en la propia norma? y además, ¿De qué modo ejercerá

el ciudadano el derecho de resistencia frente al cambio deliberado y no violento de esos contenidos considerados irrevocables por el propio soberano?

¿Puede el citado “derecho de resistencia”, liberado de la carga metafísica que siempre lo ha rodeado, ser considerado un “derecho” o un “deber” en sentido jurídico estricto?³⁰

Y si esta cuestión se resuelve en un sentido positivo y llegamos a justificar el referido “derecho de resistencia” como un auténtico “derecho” o “deber” frente a la conducta antijurídica del soberano, ¿Quién decide este conflicto?

Sostendré que normas constitucionales de este tipo poseen significación jurídica; que su justificación, en tal sentido, resulta posible y que, además, el problema posee un interés que excede el marco de lo puramente conceptual en el que normalmente puede discurrir una disputa entre teóricos del Derecho.

En las respuestas que se den a estos interrogantes, se encuentran implicadas cuestiones relativas al “Poder” y al “Derecho”.

Tales normas han sido puestas por legisladores humanos que intentan por este medio, resguardar el ejercicio de “derechos individuales” relevantes frente a los avances del poder central y la difundida utilización de las “razones de Estado” para interferir con el ejercicio de aquellos.

3. De este modo el desarrollo del presente trabajo tendrá siguiente organización:

3.1. En el Capítulo Primero efectuaré un análisis meduloso de los criterios que autores relevantes (tales como Bodino, Hobbes, Austin, Heller, Kelsen y Geiger) han utilizado para definir “soberano”. Realizaré una consideración crítica de los mismos con vista al análisis del problema subsiguiente.

3.2. En el Capítulo Segundo analizaré el tema de la noción de “auto-obligación jurídica” del soberano como una subclase del concepto genérico: “obligación jurídica”. Intento mostrar a través de dicho análisis el modo en que el concepto de “soberano” se ve afectado por el sentido atribuido a la idea de “obligación jurídica” por los autores citados.

Mostraré en suma, las dificultades que enfrenta todo razonamiento que, partiendo de caracterizar al soberano únicamente en términos de “Poder Fáctico”(PF), pretenden arribar a conclusiones basadas en “Poder Normativo”(PN).

3.3. En el Capítulo Tercero, luego de correlacionar las conclusiones de los dos anteriores, abordaré el problema del “Derecho de Resistencia” al mandato del soberano en el supuesto de que dicho derecho pueda ser calificado de sanción prevista en el mismo ordenamiento.

Volveré a demostrar que la discusión respecto de este tema posee las características típicas de un desacuerdo verbal que podría ser superado de aplicarse un método adecuado de análisis semántico.

De esa forma demostraré que es perfectamente posible la consideración y fundamentación jurídica de tal derecho y que, la conducta de los individuos que componen el órgano de autoridad suprema, en determinadas circunstancias, puede considerarse como un acto antijurídico que hace surgir las consecuencias previstas en este tipo de norma jurídica.

Sostendré que la discusión se mantiene por la utilización de directivas de tipo ideológicas. Dichas directivas, obran como premisas ocultas que hacen de las conclusiones del razonamiento, definiciones persuasivas de la autoridad suprema.³¹

Ello así, porque tales definiciones son presentadas como si ellas cumplimentaran las directivas ordinarias del lenguaje jurídico cuando en realidad ellas no son respetadas. Todo ello, con el específico propósito de lograr en los súbditos ciertas creencias, convencimientos o juicios de adhesión a los mandatos de los que ejercen el poder fáctico del grupo (PF).

3.4. Para finalizar, el Capítulo IV me servirá para arribar a conclusiones y consideraciones personales sobre el problema de la identificación normativa de la “autoridad suprema” y su relación con las nociones de “obligación jurídica”, “sanción”, “deber jurídico” y, en suma, “Derecho”.

Realizaré, en definitiva, un análisis conceptual de las normas constitucionales mencionadas en esta introducción y sobre cuya interpretación existen dudas relevantes.

Defenderé en dicho capítulo mis tesis fundamentales sobre el problema.

NOTAS DE LA INTRODUCCIÓN

¹ HART, H.L.A.: El concepto de derecho, trad. Genaro A. Carrió, 2da. Edición (reimpresión), Edit. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1977, p. 26.

² RAZ, JOSEPH: La autoridad del Derecho. (Ensayos sobre derecho y moral), traducción al castellano de Rolando Tamayo y Salmorán, 2da. Edición, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, año 1985.

³ El autor que sugiere eliminar la expresión "soberanía" o "soberano" del discurso jurídico es Hans Kelsen en "Das Problem der souveränität und die Theorie des Völkerrechts", p. 24 y en "Wörterbuch des Völkerrechts (Diccionario de Derecho Internacional) Tomo II, p. 559. Dijo en este último: "Es tiempo ya que este concepto, que desde hace varios Siglos ha venido desempeñando un papel problemático en la Historia de la Ciencia del Derecho, desaparezca del diccionario del Derecho Internacional". Ambos textos son mencionados expresamente por Hermann Heller en su obra La Soberanía Contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional, traducción al castellano de Mario de la Cueva, Editorial U.N.A.M., México, 1965.

⁴ GEIGER, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, traducción de A. Camacho, G. Hirata y R. Orozco de la Obra: "Vorstudien zu einer Soziologie des rechts", Edit. Fondo de Cultura Económica, México, año 1983, pp. 163 y siguientes. También en la misma obra, p. 315 y siguientes.

⁵ AUSTIN, JOHN: The Province of Jurisprudence Determined, Edic. Weidenfeld and Nicolson, año 1954, p. 257. También, con referencia a ello, JOSEPH RAZ; *ob. cit.*, pp. 49/50.

⁶ En este punto resulta necesario tener en cuenta que existe también la posibilidad de referirse como "límites éticos" a los impuestos por aquellas normas a las cuales los individuos de un grupo social prestan efectiva aquiescencia (Moral Positiva). En este caso, los problemas podrían ser caracterizados como de "legitimación" (Véase: GARZÓN VALDÉS, Ernesto, El concepto de estabilidad de los sistemas políticos, Cuadernos y Debate N° 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, año 1987, pp. 5 y siguientes. También, CARRIÓ, GENARO R.: "Los límites del lenguaje normativo", Edit. Abeledo-Perrot, año 1986, en Notas sobre Derecho y Lenguaje. Tercera edición

aumentada", p. 238 y siguientes.— DÍAZ, ELÍAS: De la maldad estatal y la soberanía popular, Edit. Debate, Madrid, Año 1984, pp. 22 y siguientes. En la obra de John Austin esta distinción entre "legitimidad" (con referencia a "Moral Crítica") y "legitimación" (con referencia a "Moral Positiva") no se estableció en forma precisa. Al respecto puede consultarse: H.A.L. HART, Moral y Derecho: Contribuciones a su análisis, Editorial De Palma, Bs.As., año 1962, pp. 3 y siguientes. También del mismo autor: "Obligación jurídica y obligación moral" en Cuadernos de Crítica, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Autónoma de México, N° 3, México, 1977, pp. 31 y siguientes.

⁷ Aquí debe quedar claro que hago referencia exclusivamente a normas de "Moral Crítica" o, como ha quedado dicho anteriormente, a problemas de "legitimidad" de la autoridad suprema.

⁸ La mayoría de los Constitucionalistas Argentinos que he consultado se refieren a ellos como "contenidos pétreos" (Veáse al respecto: Linares Quintana Segundo V., Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino: Comparado Bs.As., 1953, tomo II, pp. 162-163; ROMERO, César E., Estudio de Ciencia Política y Derecho Constitucional, Córdoba, Argentina, 1961, p. 162; Bidart Campos, German, Manual de Derecho Constitucional, Edit. Ediar, Bs.As. 1979, p. 81; Ramella, Pablo A., La inmutabilidad constitucional, "Rev. de Derecho", N° 44-45, Ene-dic., 1963, La Paz, Bolivia, p. 7; Sánchez Agesta, Luis, Derecho Político, 5ta. Edición, Granada, 1954, p. 345; Vanossi, Reinaldo Jorge A., Teoría Constitucional, Edit. Depalma, Bs.As., 1975, tomo I, p. 203 y siguientes, etc.

⁹ Veáse: HART, H.L.A.: El concepto de derecho, *Ob. cit.*, p. 23 y siguientes.

¹⁰ AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, p. 254.

¹¹ AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, pp. 258/259. Dice este autor en esta parte de su obra: "Entiendo por Derecho Constitucional la moralidad positiva o el conjunto de moralidad positiva y el derecho positivo que determina la Constitución y estructura del gobierno supremo, que especifica la persona o personas en las que reside la soberanía en un momento determinado".

¹² Kelsen, HANS: Teoría General del Estado, Editorial Nacional, México, año 1965. También con más precisión en Teoría General del Derecho y del Estado, Edit. U.N.A.M., México, 1988, p. 53 dice: "Es tarea de la Ciencia jurídica presentar el derecho de una comunidad, esto es, el material producido por la autoridad legal, a través del proceso legislativo, en la forma de juicios que establezcan que 'si tales o cuales condiciones se cumplen, entonces tal o cual sanción habrá de aplicarse'. Estos juicios, por medio de los cuales la Ciencia Jurídica expresa el derecho, no deben ser confundidos con las normas creadas por las autoridades encargadas de legislar..." "La frase 'será castigado' no implica la previsión de un hecho venidero—el legislador no es un profeta—sino que constituye un 'imperativo' o un 'mandato', tomados estos términos en sentido figurado..." (El subrayado de la cita textual me pertenece y ha sido puesto para que el lector advierta las diferencias que se aprecian respecto de la teoría imperativista al modo de Austin).

¹³ Kelsen, Hans: *Ob. cit.*, pp. 98/99.

¹⁴ Utilizo la expresión "formalistas" en el mismo sentido que H.L.A. Hart, El concepto de derecho, *ob. cit.*, pp. 161 y siguientes.

¹⁵ O "escépticos frente a las normas" como también los califica H.L.A. Hart en la obra citada anteriormente, pp. 169 y siguientes.

¹⁶ HELLER, HERMANN: La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional, Edit. Universidad Autónoma de México, México, año 1965, pp. 122/123.

¹⁷ HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, pp. 184 y 289 respectivamente.

¹⁸ GEIGER, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, Edición citada, México, año 1983.

¹⁹ GEIGER, THEODOR: *Ob. cit.*, pp. 332 y 337 respectivamente.

²⁰ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: "Las limitaciones jurídicas del soberano", en El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1983, p. 162.

²¹ ROSS, ALF: Sobre el derecho y la justicia, Edit. EUDEBA, Bs.As., 1970, traducción G.R. Carrió, pp. 76 y siguientes. También del mismo autor: El concepto de validez y otros ensayos, Edit. Centro Editor de América Latina, Bs.As., año 1969, pp. 49 y siguientes.

²² Se dice que en la Edad Media se discutía ardorosamente esta cuestión: ¿Dios puede hacer una piedra tan pesada que ni Él mismo pudiese moverla? Una respuesta al interrogante sería: No puede porque hacerlo sería crear algo superior a sus propias fuerzas. Pero si no puede hacerlo, entonces no es omnipotente. Otra respuesta diría: Si puede, para eso es omnipotente. La paradoja en este caso, es que dejaría de ser omnipotente por haber creado algo superior a su propia fuerza. El problema se encuentra vinculado a un atributo o característica definitoria del concepto de Dios: el de su omnipotencia. La cerrada disyuntiva gira en torno al hecho de que Dios pierde su omnipotencia por no ejercerla o la pierde después, precisamente, por ejercerla.

²³ RUSSELL, BERTRAND: «Las matemáticas y los metafísicos», en Misticismo y lógica, Bs.As., Paidós, 1975, pp. 107 y siguientes. Para una explicación sencilla puede consultarse: William y Martha Kneale, El desarrollo de la Lógica, Edit. Estructura y Función, Tecnos, Madrid, año 1980, Capítulo: "Las paradojas de la teoría de los conjuntos", pp. 606 y siguientes.

²⁴ Utilizo la traducción al castellano publicada por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal Alemán, Industrie drukck, Essenwerden, año 1971.

²⁵ Reforma Constitucional, Dictamen preliminar del Consejo para la consolidación de la democracia, Editorial EUDEBA, Bs.As., año 1986, pp. 24/25.

²⁶ Dictamen citado, *ob. cit.*, p. 25.

²⁷ Dictamen citado, *ob. cit.*, p. 48.

²⁸ Constitución de la Provincia de Córdoba, texto del artículo 17 según edición especial al cuidado de la Secretaría Legislativa-Prensa-día 9 de Mayo de 1987, Marcos Lernes Editora Córdoba, Córdoba, Argentina.

²⁹ GUIBOURG, RICARDO A.: Este autor ha realizado un excelente trabajo sobre el tema, que he tenido expresamente en cuenta para formular la pregunta (Cfr. "El papel de la norma en la despersonalización del poder", en "DOXA N°4", Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, España, año 1987, pp. 126/127).

³⁰ Algunos autores sostienen que ello es imposible porque "...el ámbito del derecho constitucional positivo termina donde comienzan los casos extremos..." (Veáse: GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: Las limitaciones..., *Ob. cit.*, p. 168, nota al pie de página).

³¹ Puede consultarse: NINO, Carlos Santiago, Notas de introducción al derecho, tomo I, "La definición de Derecho", Edit. Astrea, Bs.As., 1974. En dicho texto al abordarse el tema de la definición del Derecho se hace una clara explicación de lo que constituye una definición persuasiva, es decir, aquellas que se realizan mediante un apartamiento intencional respecto del significado asignado a un término específico por la regla de uso común de ese lenguaje. La definición se transforma en "estipulativa" pero con el aditamento que tal cambio, no se informa al receptor del enunciado. Nino ejemplifica con la palabra "político" redefinida bajo la propiedad definitoria "hombre que se apropia de lo ajeno". Normalmente esa propiedad es característica definitoria de la expresión "ladrón". Dicha redefinición no se realiza obviamente para brindar información al receptor sino para persuadirlo de que "no hay político que sea honesto".

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN DEL SOBERANO

1. DETERMINACIÓN DEL ENFOQUE

De conformidad a lo expuesto en la Introducción de este trabajo corresponde abordar en adelante el análisis de los criterios que utilizan los juristas para sostener que en una sociedad determinada existe un soberano.

Sin embargo, antes de entrar a su consideración, se impone aclarar que mi objetivo al tratar este problema se encuentra circunscripto a un ámbito específicamente conceptual dentro de la Teoría del Derecho.

Por esa razón, excluyo expresamente cualquier incursión en aspectos histórico-evolutivos del concepto de "soberanía".

Ello no significa que deje de tener en cuenta las influencias que las circunstancias histórico-políticas han tenido sobre las ideas de los autores que analizaré y a la inversa, las que éstas pudieron haber tenido sobre la conformación de muchos acontecimientos posteriores.¹

También admito que diversos intereses en juego han determinado la conformación de diversas ideologías alrededor de la noción de "soberano" y que, en gran medida, el desarrollo conceptual que intento describir se encuentra vinculado en un mayor grado al interés por encontrar justificaciones últimas a un determinado estado de cosas que a la tarea de hacer comprensible la noción en juego.

Para evitar dicha confusión, se impone rechazar toda idea simple

que pretenda definir el término en cuestión, desde postulados *a priori* o definiciones por vía de *esencias o estructuras ontológicas* de la realidad. Ello así, porque como lo ha indicado Hans Kelsen, el concepto de soberanía ha sido utilizado por esa vía para indicar la “supremacía absoluta” de los más diversos elementos que intervienen en la conformación del Estado y de sus ordenamientos jurídicos. En ese sentido, resulta atinado afirmar con dicho autor que no existe ningún elemento sobre el cual la ciencia jurídica no haya predicado en algún momento de su evolución su supremacía absoluta.²

Por el contrario, partiré de la consideración de “Soberano” como una “expresión lingüística” que posee simultáneamente un significado de tipo “sintomático o expresivo” y otro “representativo o semántico”.³

Es conocido que existe una importante diferencia entre la expresión (en tanto grafismo o sonido concreto) y su significado. Existen expresiones distintas con igual significado y a la inversa, encontramos que una misma expresión puede poseer diferentes significados.

Por su parte, se habla de un significado “expresivo o sintomático” cuando se quiere hacer referencia a la relación causal existente entre la expresión y los motivos, deseos o intereses del hablante para recurrir a su uso.

En cambio, cuando se quiere hacer referencia a la relación convencional existente entre una palabra y el estado de cosas que se intenta representar, se habla de significado “representativo o semántico” del término.

Innumerables palabras usadas en la ciencia jurídica poseen esta característica. Ellas son las que enriquecen el discurso jurídico pero, simultáneamente, también generan graves dificultades en orden a su comprensión y entendimiento.

Esto ocurre con la expresión “soberano” cuando ella forma parte del contexto de aserciones tales como: “El soberano no posee limitaciones jurídicas” o su contraria, “El soberano posee limitaciones jurídicas”.

En ambos supuestos, el significado de la palabra puede estar haciendo referencia a la preponderancia fáctica de uno o varios

individuos que conforman, o pueden conformar, el orden de una determinada sociedad. Pero también, puede hacer referencia a la relación de la expresión con el significado que le es asignado en un lenguaje determinado, y a las inferencias que de dicha atribución pueden desprenderse.

Así, en el primer caso, al apelar a la preponderancia fáctica de ciertos individuos, los usuarios de un lenguaje adjudican al término un significado sintomático. En efecto, mediante el uso del término no procuran resaltar las ventajas que, dentro de un grupo social, posee la presencia de ciertos individuos que resuelvan los conflictos en un marco de absoluta discreción (PF). También puede aludirse, en base a experiencias previas, a la perpetuación de los conflictos sociales debido a la ausencia de esta clase de individuos. Esta situación puede motivar al emisor a no ajustarse al significado asignado a la expresión dentro del lenguaje con el cual intenta comunicarse.

El uso sintomático puede también poseer una carga emotiva desfavorable. Tal el caso en que el uso del poder discrecional, por parte de uno o varios individuos del grupo tenga, como resultado, la postergación del conflicto en el tiempo o, simplemente, el impedir la participación de los demás miembros del grupo en su resolución, los haya inhabilitado en la práctica para el manejo de este u otro tipo de conflictos.

Esta forma de uso del término se concreta generalmente mediante una estipulación arbitraria de su significado que no es comunicada al destinatario del mensaje. Es el típico caso de las denominadas definiciones persuasivas.⁴

En los supuestos planteados de uso sintomático de la expresión "soberano" el significado asignado a la misma se encuentra estrechamente vinculado a las características del contexto al tiempo de su proferencia. Esta situación es la que determina que la intención adjudicada al término, en uno u otro caso, no coincidan en absoluto."⁵

Si por el contrario, con dicha expresión se quiere hacer referencia a las relaciones entre su significado y el estado de cosas que se intenta representar por medio de un lenguaje determinado, tal explicación debe concretarse con prescindencia de contextos, situa-

ciones, motivos o intenciones vinculadas al contexto de su uso.

Especialmente, esa tarea puede ser emprendida con independencia de toda emoción concomitante que el empleo de la expresión puede llegar a producir en el receptor.

En ese supuesto, conforme lo expuesto, las relaciones entre la expresión y su significado no son causales sino convencionales. Ellas tienen que ver con reglas de la propia gramática del lenguaje empleado y con ciertas inferencias que pueden extraerse a partir de ellas.

De ese modo, la expresión “Soberano”, en cada uno de los autores que en lo sucesivo abordaré, puede ser analizada con independencia de las relaciones causales existentes entre la palabra y el contexto de experiencia que se encuentra asociado a ella.

El empleo de esta metodología, permite eludir la ambigüedad existente en el uso de la expresión “soberano”, ya que como también lo expuse al usarse puede estar haciéndose referencia simultáneamente a las emociones concomitantes que su uso produce como al contenido semántico de dicha palabra.⁶

Con esa diferenciación de niveles pueden efectuarse precisiones respecto de la opinión de los autores propuestos en la introducción otorgando a la disputa un marco conceptual adecuado para establecer el carácter de las diferencias que se advierten entre ellos.

Por último, necesito advertir que la selección de los autores indicados no es casual. Lo hago de ese modo, porque es llamativo que teóricos que asumen enfoques tan diferentes de la cuestión— tales como Juan Bodino, Thomas Hobbes, John Austin y Hermann Heller—coincidan en manifestar categóricamente que es imposible el establecimiento de limitaciones jurídicas al soberano y que, por otro lado, partiendo de supuestos también diferentes, Hans Kelsen y Theodor Geiger, coincidan en la posición contraria.

Si a todo lo hasta aquí referido, se agrega la gran importancia del concepto de “Soberano” a la hora de determinar la estructura del discurso jurídico descriptivo de normas y su especial vinculación con actos de creación e identificación de las mismas, se verá con relativa claridad el porqué del interés en abordar su análisis en el presente trabajo.

2. EL SOBERANO SEGÚN BODINO, HOBBS Y AUSTIN

La teoría de John Austin tiene como precedente, dentro de la teoría jurídica, la obra de Juan Bodino⁷ y dentro de la filosofía política la de Thomas Hobbes.⁸

Estos autores sostuvieron que puede ser válido hablar de la existencia de limitaciones fácticas y éticas al ejercicio del poder por parte del soberano, pero tal afirmación carece de sentido al tiempo de proponer que éste pueda encontrarse limitado por el propio orden jurídico.

Así, Juan Bodino⁹ manifiesta que, siendo la República: «...el recto gobierno de varias familias y de lo que es común, con poder soberano...», este último, debía tener la característica de ser absoluto y perpetuo.

Esa suprema competencia asignada al “soberano” consiste, precisamente en “...dar Ley a los súbditos en general, sin consentimiento ...”. El súbdito carece de la capacidad de enjuiciar cívicamente al soberano por las leyes que él mismo dicta y tampoco puede hacerlo moralmente, ya que si conociera las leyes divinas no necesitaría del soberano.¹⁰

De ese modo, Bodino puede concluir que uno de los atributos del soberano es que no puede encontrarse sometido a límites jurídicos en cuanto a su poder, responsabilidad y temporalidad.¹¹

La característica definitoria de “soberano” viene a radicar de ese modo, en que no está sujeto a ningún poder superior (PF) en cuanto a la facultad de dar leyes a otros y en hacer que las mismas sean cumplidas por los demás componentes del grupo social.

Como puede verse, el problema ya no se plantea en la esfera de lo meramente fáctico, como las cuestiones atinentes a la conservación del poder, sino que se pretende su traslado al ámbito de lo jurídico como bien lo señala Norberto Bobbio.¹²

Desde este específico ámbito, sostener que el soberano tiene limitaciones constituye para Bodino, una contradicción. Ello así, porque se sostiene que el súbdito carece de capacidad (PF) para imponer decisiones en los conflictos sociales. Tampoco posee el súbdito capacidad ética para distinguir lo que es correcto o in-

correcto respecto de lo que es común a todos y si tuviese tal capacidad, no necesitaría del soberano.

El soberano, por ende, pasa a ser el individuo o grupo de individuos que efectivamente posee esa capacidad fáctica para constituirse en fuente de origen de las normas. En consecuencia, él no puede ser destinatario de ninguna norma que lo limite dentro de ese ámbito.

La misma postura se advierte en Hobbes. Así, en “Elementos de Derecho Natural y Político”¹³ afirma que la soberanía se presenta por primera vez cuando un individuo o grupo de individuos que componen una Asamblea adquieren la capacidad (PF) para imponer cierto resultado sin que pueda castigársele por ello. Pueden incluso, si así lo deciden, disolver la asamblea de la que forman parte sin que sobrevengan ulteriores consecuencias.

De tal modo, “...quien no puede ser castigado legalmente, tampoco puede ser resistido legalmente... el que posee este derecho dispone de poder coercitivo sobre el resto de la comunidad y puede por tanto, moldear y gobernar como le plazca sus acciones, lo cual equivale a soberanía absoluta...”¹⁴

Se ve de esa forma que la ley no es otra cosa que un mandato. Ese mandato u orden tiene que ser producto de un acto de voluntad de un individuo que posea determinado poder fáctico de imposición ya que las consecuencias de su incumplimiento tiene que traducirse en posibilidad efectiva de disponer castigos.

Es por ello que quien emite este tipo de órdenes debe estar fuera de su ámbito de aplicación, porque de lo contrario, no sería soberano. Como lo expresa Hobbes:

...resulta erróneo pensar que el poder que equivale virtualmente a todo el poder de la República y que en cualquiera que resida se acostumbra a llamar supremo o soberano, pueda estar sometido a otra Ley que la de Dios Todopoderoso...¹⁵

Esta opinión surge más claramente expuesta en la obra “De ciudadano”¹⁶ donde explícitamente Hobbes expone el tema de la “auto-obligación jurídica” de la siguiente forma:

Nadie puede darse algo a sí mismo, porque se supone que ya tiene lo que puede darse; ni obligarse consigo mismo, porque el obligado y el obligante serían una sola y misma persona, y como el obligante puede liberar al obligado, quien se obliga consigo mismo lo haría inútilmente, ya que puede liberarse a sí mismo a su arbitrio; y quien puede eso, ya es libre efectivamente...

A través de este párrafo, puede verse cómo comienza a precisarse la idea de que la fuente de origen de toda norma jurídica reside en el acto supremo de voluntad del soberano (PF).

Si nos pusiéramos en el caso del soberano (tal como lo caracteriza Hobbes) e intentáramos describir lo que significa que éste se encuentre sometido a límites jurídicos, nos veríamos conducidos imperceptiblemente al razonamiento precedentemente transcrito.

Es decir que el principio de alteridad (implícito en la idea de Hobbes) está indicando que para todo caso, cuando alguien ordena algo debe existir necesariamente otro individuo al que la orden se dirija. Por su parte, este último debe poder cumplimentarlo porque también se presupone que el emisor tiene poder suficiente para infringir castigos si la orden no resulta acatada.

Este supuesto de alteridad no se da en el caso del “soberano” y si él mismo pudiese predicarse, el individuo en cuestión dejaría de ser “soberano” precisamente por estar sujeto a las órdenes de otro individuo superior a él.

Por ello, dicho acto es externo a los deseos o intenciones del receptor de la orden ya que, si todo se dejara librado a su propia determinación, el conflicto no se solucionaría y en ese estado, todos carecerían de derechos.

Por esta razón, Hobbes sólo admitirá como Ley, en sentido jurídico, aquel mandato originado en la expresa voluntad (subjética) del grupo de individuos que efectivamente garantice su cumplimiento dentro de una sociedad determinada (PF).

El “soberano” será caracterizado en lo sucesivo como aquel individuo o grupo de individuos que, cuando quiere que los demás se comporten de determinada manera, posee el monopolio de fuerza suficiente para concretar sus propósitos.

Por supuesto, también se infiere de ello que el grupo "Soberano" debe poseer dicho poder en medida suficiente como para impedir ser sancionado o castigado por emitir dichas órdenes o realizar cualquier otra acción que pueda afectar al destinatario.

La referencia a estados psicológicos que expresan intenciones, deseos o motivos del soberano resulta una constante en la obra de Hobbes y llega hasta su famoso trabajo *El Leviatán* donde ratifica que el criterio utilizado para la identificación de aquél es de naturaleza exclusivamente fáctica.¹⁷

...De aquí se deduce que si la persona o la asamblea que tiene el poder soberano, ordena a un hombre que haga algo contrario a una ley anterior, la realización de ese acto queda totalmente eximida, porque no debe condenarse a sí mismo, ya que el mismo soberano es el autor, y lo que justamente no puede ser condenado por el soberano, no puede en justicia, ser castigado por ningún otro...A su vez, cuando el soberano, ordena alguna cosa hecha contra una ley anterior suya, la orden, respecto a este hecho particular, constituye una abrogación de la Ley...¹⁸

Pese a esta definida caracterización por parte de Hobbes, existe unánime consenso dentro de la Teoría Jurídica contemporánea que con la obra de Jeremías Bentham y la posterior de John Austin se concretan correctamente las características definitorias que una concepción imperativista de las normas, asigna al término "Soberano".¹⁹

En efecto, en la teoría de John Austin el concepto de "soberano" funciona como una especie de núcleo del cual se pueden inferir otras nociones (derivadas o dependientes) tales como: "obligación jurídica", "sanción", "súbdito", "sociedad política e independiente", "derecho", etc. Austin define "soberano" de la siguiente forma:

Si un determinado superior humano, que no se encuentra en hábito de obediencia hacia otro superior semejante, recibe obediencia habitual del grueso de una sociedad dada, ta

superior determinado es soberano en esa sociedad y la sociedad (incluyendo al superior) es una sociedad política e independiente.²⁰

El soberano o grupo de individuos soberanos deviene de ese modo caracterizado por dos notas de las que mucho se ha expuesto, a saber:

a) Una nota positiva que radica en la circunstancia de que este individuo o grupo de individuos recibe habitualmente obediencia de parte de la mayoría de los integrantes del grupo social, conocidos como súbditos (Supremacía).

b) Una nota negativa que resulta brindada por la circunstancia de que este individuo o grupo de individuos, no posee tal hábito de obediencia hacia otros (Independencia).

De este modo, el significado “representativo” que Austin adjudica al término es tan fuerte, que debe permanentemente recurrir al mismo para efectuar las más diversas distinciones.

Así, para establecer tan sólo un ejemplo de ello, en la Lectura Sexta²¹ las ejemplificaciones que utiliza para demostrar la vaguedad e incertidumbre de la definición de “sociedad política e independiente”, apunta a señalar que la existencia de esa persona o grupo de personas superiores —caracterizadas siempre del modo mencionado anteriormente— resulta elemental al momento de identificar si existe o no, en un caso concreto, tal tipo de sociedad.

Al dar el ejemplo de la Revolución Mexicana, se pregunta constantemente: ¿Cuándo fue que los habitantes de México obedecieron al grupo insurgente que desobedeció al monarca español?; ¿Cuándo fue que esa obediencia generalizada se hizo tan frecuente, terminante y con ese grado de generalidad, que permitía afirmar con absoluta precisión que, los mexicanos, ya no reasumirían su hábito de sumisión a la corona española?

Las respuestas del autor remiten permanentemente a la presencia de esas características (positiva y negativa) y establece que ello remite a una cuestión de hecho: la formación de hábitos de obediencia en los súbditos y de no sujeción del grupo insurgente a la Corona sino a la Junta Revolucionaria.

El mismo esquema se vuelve a poner de manifiesto cuando cuestiona los conceptos establecidos por J. Bentham, Hobbes y Groccio. Así, se afirma que esas características del “soberano” son las que permiten la distinción entre una oligarquía y una aristocracia liberal y de ambas, respecto de un gobierno popular. Tal distinción hay que buscarla, según el autor, sólo en el número de miembros que integran el grupo “soberano”.

De ese modo, “soberanía o soberano” es un nombre genérico que se utiliza para designar diversas composiciones de estos grupos humanos superiores. De ninguna manera, según afirma Austin puede concebirse que “soberano” y “monarca” constituyan palabras que posean el mismo campo de referencia semántica.²²

Por su parte el significado “sintomático” tal como parece surgir de lo explicitado hasta aquí, radicaría en una cierta tendencia de este autor por privilegiar, en la solución de los conflictos o problemas de coordinación del comportamiento social, la presencia de esos individuos superiores que establecen –hábitos mediante– las decisiones últimas en cuestiones que atañen al orden del grupo.

En tal sentido, la necesidad de encontrar una justificación al ejercicio “centralizado o monopolizado” de la fuerza genera en Austin la idea de que, si tal individuo no existiese, no habría “orden jurídico” alguno dentro del grupo.

En una palabra, se observa que la asignación de prioridad al principio de “seguridad jurídica” por sobre el de “libertad individual” obedece a ponderadas razones de utilidad o de lo que podríamos denominar racionalidad estratégica.²³

El argumento consiste en sostener que la preferencia por la libertad individual conduce irremediablemente a un estado de naturaleza el cual, según la descripción de estos autores, constituye la anarquía.

Así, nuevamente en Bodino, se destaca la necesidad de distinguir aquellas cosas que son del dominio privado individual respecto de las que forman parte de la “cosa pública” o de aquello “común a todos”.

El poder soberano se ejerce en forma ilimitada y absoluta únicamente respecto de esto último. Ese algo común a todos no es otra cosa que la seguridad en el disfrute de esos bienes básicos

como la vida y la propiedad individual que, sin la existencia del soberano, carecerían de garantía alguna.

Esa misma idea predomina también en la obra de T. Hobbes según la cual, dada la natural tendencia individualista del hombre, la sociedad política pasa a ser considerada una creación artificial establecida por convenios, que tienen el propósito de preservar al individuo "...de la muerte y el dolor".²⁴

Si el hombre desea garantizar dicho estado de cosas, deberá necesariamente renunciar al ejercicio del "...derecho que tiene según la naturaleza, a todas las cosas...".²⁵

Esa renuncia se efectiviza —conforme se dijo— únicamente por medio de convenios, ya que "...la concordia entre los hombres es artificial...".²⁶

Por ello, el soberano no será otro que aquel a quien "...sus conciudadanos han dado ese poder común, y al poder que poseen, poder soberano; el cual consiste en el poder y la fuerza que cada uno de sus miembros le han entregado mediante convenio...".

La preservación de la vida y la paz, siendo como son requisitos indispensables de cualquier otro disfrute posterior, hacen necesario el monopolio de ese poder, entendido como poder fáctico (PF) exclusivo del soberano.²⁷

Esta situación resulta totalmente precaria para el soberano ya que deja de tener efecto si bien se verifica que este último, se encuentra imposibilitado de garantizar fácticamente esa situación en forma permanente.²⁸

Idéntico sentido expresivo posee el término para John Austin si bien puede sostenerse que la idea de este autor es presentada en términos más claros y sistemáticos.

La necesidad de Austin de proporcionar un criterio a la vez simple y unívoco que le permita sostener cuando existe un orden jurídico y distinguirlo de otros similares, lo lleva a asignar a "soberano" un significado "representativo" reduccionista vinculado exclusivamente a conductas convergentes de obediencia dentro del grupo.²⁹

De ese modo, el súbdito resulta caracterizado por el hecho de que presta obediencia habitual al individuo o grupo de individuos su-

periores y viceversa, éstos últimos son identificados por carecer del referido hábito.

Dicha definición puede ser interpretada como un síntoma de la preocupación de Austin por la justificación de un sistema de orden garantizado, exclusivamente, mediante el ejercicio monopólico de dominio de este individuo o grupo de individuos superiores sobre el resto del grupo social (PF). Tal respuesta es la única que puede darse si pretendemos evitar la anarquía.

Privilegiar la libertad individual por sobre todas las cosas determinaría poner la voluntad de cada individuo, por encima de cualquier otra consideración. Pero si tenemos en cuenta que el hombre es por naturaleza egoísta, la posibilidad de alcanzar fines o propósitos comunes terminará diluyéndose en el desorden generalizado.

Así, por ejemplo, en la Lectura Sexta³⁰ este autor describe el caso de un grupo de individuos que viven en estado salvaje –calificándolo como “estado de naturaleza”. Dicho grupo, con el propósito de repeler una agresión exterior se someten a otro líder o grupo de líderes. Tan pronto como cesa tal situación de beligerancia, dejan de lado su temporaria sumisión y vuelven al estado originario.

En ese estado de la descripción, el autor formula la siguiente pregunta: ¿Existe allí Ley? y responde. “Aquí no hay ley, son simplemente leyes consuetudinarias impuestas por el orden común de la comunidad, pero que no están reforzadas por sanciones políticas o legales”.³¹

Tal es, según Austin, lo que históricamente sucedió en las costas de Nueva Holanda; en el continente americano y en las comunidades germanas al tiempo de su constitución. El exclusivo monopolio de la fuerza (PF) por parte de estos grupos es lo que permite su caracterización definitiva.

De este modo, queda claro que sin la existencia del individuo o grupo de individuos superiores, que por cualquier medio, logran obtener obediencia habitual a sus órdenes y que, por estos mismos medios, logra mantener su independencia habitual respecto de otro individuo o grupos de individuos superiores, no resultará posible admitir la presencia de un orden jurídico y, correlativamente, tam-

poco se podrá afirmar que existe una “sociedad política e independiente”.

En resumidas cuentas, el significado representativo del término “soberano” en Austin se caracteriza de la siguiente forma:

- a) Existencia de un individuo o grupo de individuos superiores;
- b) sus órdenes constituyen genuinos mandatos generales destinados al resto de los miembros del grupo (súbditos);
- c) la mayoría de los súbditos se caracterizan por rendir obediencia habitual a dichos mandatos generales;
- d) el superior no rinde obediencia habitual a ningún otro individuo o grupo de individuos superiores;
- e) ejercicio monopólico o centralizado y sin sujeción a reglas jurídicas de los medios para imponer esos resultados frente a la minoría desobediente.

Por su parte, el significado representativo asignado al término en cuestión, resulta ser un específico síntoma de la necesidad de Austin por justificar la preeminencia de la seguridad jurídica sobre la libertad positiva del resto de los individuos del grupo y mantener el denominado principio de “alteridad”. En el supuesto contrario, siempre para este autor, fenecería el Estado de Derecho, haría su aparición la anarquía concluyendo de esa forma, toda posibilidad de afirmar que dicho grupo de individuos constituye una sociedad política e independiente.

3. EL SOBERANO SEGÚN HERMANN HELLER

Al referirse a este mismo concepto, en su obra *La soberanía-Contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional*,³² H. Heller sostiene que: “...es indispensable determinar quién es el sujeto del poder soberano” ya que “...todo poder, contemplado desde abajo, aparece como un orden”.

Correlativamente, el autor sostiene que el error que cometen generalmente los juristas –y que supuestamente están llamados a evitar aquellos que se dedican a la ciencia política– es que invierten la frase indicada precedentemente al aplicarla para conceptualizar lo que es un “orden jurídico”. Dice Heller:

Austin y su escuela analítica inglesa acuñaron la siguiente frase: "Derecho es lo que está mandado". Pero no es posible concluir que todo orden social, establecido más o menos conscientemente, sea un orden de poder, pues un orden social puede nacer, bien de acuerdos y promesas o de mandamientos.³⁷

El autor pretende distinguir lo que él denomina "orden de poder" del que resulta logrado mediante "acuerdos". Según Heller la totalidad del orden social se conforma mediante la presencia efectiva de ambos elementos. No existe orden social que no se origine en una unión de voluntades.

A su vez, el orden de poder se da únicamente cuando en una sociedad existe de hecho una unidad decisoria última, permanente universal y concretamente efectiva.³⁴

Ello indica que nuevamente se impone la verificación de acto de obediencia por parte de la mayoría del grupo social, porque siempre se requiere para cualquier acción social del conjunto "...un mínimo de determinación indispensable".³⁵

Ese mínimo se asegura según este expositor, mediante la "...fijación del fin último que persigue la norma...".³⁶

Esta determinación no siempre es completa, y requiere para su realización de diversas instancias de poder, escalonadas de inferior a superior, que deben concluir en un "...límite máximo absoluto...".³⁷

Sin embargo, como para H. Heller, el "esto o aquello, implicado en cada decisión, sólo puede resolverse por el hombre",³⁸ resulta que también en esta instancia absoluta, se tendrán que explicar tales actos de decisión haciendo referencia a la existencia de una voluntad subjetiva identificable únicamente de modo empírico (PF).

Cualquier explicación diferente de la expuesta –entre las que Heller incluye la del propio Hans Kelsen– debe considerarse carente de claridad porque, necesariamente, la determinación final mínima del contenido de un mandato, tiene que ser obra de un acto de voluntad humana del mismo titular del poder.³⁹

Esta característica del orden de poder es lo que permite la distinción respecto del orden instaurado mediante acuerdos o con

venios. Estos últimos, son producto del concurso de voluntades de los contratantes que resultan insuficientes porque necesariamente en caso de desacuerdo de esas mismas voluntades, se impondrá la presencia de una unidad decisoria asegurando el cumplimiento de las promesas o expectativas de conducta que ellas generan.

Sin la existencia de la unidad decisoria última, universal, permanente y eficaz, la coordinación de la conducta social resultaría imposible. De allí, la necesidad de instaurar ese orden de poder que: "...debe decidir en todos los casos...",⁴⁰ es decir, establecer los límites de la voluntad de cada uno de los individuos que componen una comunidad determinada (PF).

Si bien entiende Heller que es imprescindible la existencia de reglamentaciones, considera como más importante, el acto de positividad—entendido éste, como determinación voluntaria de la finalidad del orden.

Por ese motivo, el titular de ese orden de poder (soberano), tiene que poder (PF) establecer para todo el resto de los individuos que componen el grupo en qué consiste la conducta normal.⁴¹ El derecho positivo es una realidad histórica y así como es creación de un acto de voluntad del titular de la soberanía, se dirige también a la voluntad del resto de los miembros de la comunidad.

La norma jurídica positiva, a diferencia de los postulados jurídicos fundamentales, presupone necesariamente un acto de determinación última del contenido y dicho acto de decisión solo puede estar fundamentado en un acto de voluntad humana. Ello así, porque el derecho legislado presupone actos de creación, permanencia y modificación que únicamente la voluntad de ciertos individuos puede concretar.⁴²

Es obvio a esta altura del análisis que, el soberano de Heller, no puede ser otro que aquella persona o grupo de personas de cuya voluntad depende la adopción de actos de decisión última y en los que, no puede caber duda, reside el supremo Poder Legislativo.⁴³

Hermann Heller parece decirnos que es el soberano, mediante sus actos de voluntad, el que determina cuáles son las normas jurídicas fundamentales que se transformarán en normas jurídicas positivas de la comunidad. Pero, concretamente, no resulta del todo claro cuál es la forma en que los referidos principios a los cuales

Heller denominaba “normas jurídicas fundamentales” son identificados por dicha unidad decisoria soberana⁴⁴.

Lo único que se confirma en definitiva, es que las mismas son transformadas en normas jurídicas por actos concretos de voluntad de aquellos que ocupan el grado máximo de decisión de esa comunidad.

De tal modo, pese al punto de partida aparentemente opuesto a la descripción Austiniana no resultan, entre ambos autores, grandes diferencias en lo relativo al significado representativo que se asigna al término “soberano”.⁴⁵

Por el contrario, en ambos casos, el soberano resulta identificado en forma fáctica por la exteriorización de su voluntad y la circunstancia de que dicha decisión es acatada por la mayoría de los miembros de esa sociedad. Esa exteriorización de voluntad, es la que, correlativamente, permite identificar las normas jurídicas y distinguirlas de las que no lo son.

Simultáneamente, el significado sintomático, estando siempre a lo precedentemente expuesto, resulta idéntico en ambos autores.

Así parece reconocerlo el propio Hermann Heller cuando expresa que el concepto de soberanía de la época de hegemonía de la Iglesia y de los Señores Feudales era un concepto relacional y luego, con la aparición de los Estados Nacionales, se convirtió en absoluto.⁴⁶

El principio de seguridad parece también poseer primacía en este autor. Según él, en estos casos, no existe ninguna consideración posible ni ninguna norma jurídica que pueda encontrarse por encima de la propia conservación del Soberano.

Esto es así precisamente porque, conforme sus ideas, el orden se construye sobre la base de actos de decisión humanos y los individuos que integran la unidad suprema pueden cambiarlos conforme cambia la situación histórica, sus propias necesidades o su “norma jurídica fundamental” para emplear palabras del mismo autor.⁴⁷

4. EL SOBERANO SEGÚN HANS KELSEN

El análisis del concepto de soberanía efectuado por Hans Kelsen es una de las mayores contribuciones de nuestro tiempo a la clarificación del mismo.⁴⁸

Sus opiniones han dado origen a infinidad de polémicas científicas (lo que de por sí, constituye una prueba de la fecundidad de su aporte) entre las que cabe citar precisamente la que sostuvo con Hermann Heller en la obra mencionada anteriormente.

La cantidad de trabajos en los que Kelsen abordó esta cuestión, hace difícil cualquier intento de establecer en pocas líneas sus tesis principales. Sin embargo, si se tiene en cuenta su especial punto de vista —que se ha mantenido coherente en toda su obra— y los específicos propósitos de este trabajo, todo ello puede tornarse menos complicado.

Se impone por ello, precisar que para Kelsen la persona llamada a describir el derecho, o sea el jurista, no constituye una “autoridad social”.⁴⁹

Ello implica que su tarea debe limitarse a proporcionar una descripción objetiva de las normas que conforman el “orden jurídico”. La descripción de cómo deberían ser las normas que tendrían que integrarlo, si bien no es descalificable, no es materia de su competencia.

La tarea del jurista, en suma, si pretende que sus resultados sean contrastables, debe dejar de lado toda consideración de cuestiones vinculadas a política jurídica.

El método —como especial forma de abordar y describir el acontecimiento jurídico— debe ser también específico y vinculado al objeto de su investigación.

Si se olvidara que el acontecer jurídico tiene una especial forma de existencia, diversa del acontecer natural y si, mediante dicho olvido, se intentara explicar el primero con los métodos utilizados para describir el segundo, se incurriría irremediabilmente en lo que Kelsen denomina “sincretismo metódico”.⁵⁰

Fundado en estos razonamientos, Kelsen pretende abandonar el término “soberano” para hacer referencia a ciertos individuos o grupos de individuos que, en los hechos, son considerados superio-

res al resto por poseer el supremo poder de decisión dentro de la sociedad.

Sin duda, como lo acredita la polémica suscitada por sus ideas centrales, la mayoría de los teóricos de su época pensaban lo contrario respecto de la correcta referencia del mencionado término.

Sin embargo, Kelsen no parece aceptar la tesis de que para describir una autoridad suprema, desde el punto de vista jurídico, sea necesario únicamente presuponer "...un poder efectivo, lo bastante fuerte para forzar el acatamiento del Derecho que establece"⁵¹

En su trabajo monográfico "El cambio del concepto de soberanía"⁵² Kelsen sostiene que seguir con el criterio de predicar "soberanía" para señalar la superioridad fáctica de algunos individuos con respecto al resto de los integrantes de una sociedad, ha terminado por convertir al concepto en "...una máscara verdaderamente trágica detrás de la cual se esconden las más diversas pretensiones de dominación".

Continuar con esta línea de ideas constituye un abuso en la utilización del término que conduce, según lo señala Kelsen, a que el jurista sólo deba verificar, en cada circunstancia histórica, quiénes son los individuos que, en los hechos, efectivamente imponen sus deseos e intereses al resto del grupo (PF).

Esto último, impediría definitivamente la distinción, que Kelsen sostiene se debe realizar, entre la descripción que emprende el jurista y la de un sociólogo o cualquier otro individuo que, para explicar el evento, usase un método causal. Este vicio es el que afecta a la teoría que Kelsen llama del "subjektivismo estatal".⁵³

Por su parte, la evolución del concepto de soberanía a través del tiempo explica el por qué de la lucha emprendida por la apropiación del prestigioso término.

Así, el concepto, con esa específica referencia, es resultado; en primer término, de la lucha del monarca en contra de la nobleza y los Señores Feudales, de la cual resultará triunfador el primero, dando de ese modo fundamento al denominado "Estado Absoluto".

Posteriormente, al amparo de la llamada teoría democrática del Estado, el sujeto del que se predica soberanía pasará a ser el "pueblo", y el derecho estará constituido, no por la manifestación de

voluntad del monarca, sino por las manifestaciones de voluntad del electorado.

Sin embargo, los teóricos no tardarán en advertir que “autocracia” y “democracia” no son términos incompatibles con “centralización” o “descentralización” de las funciones estatales. De allí, surgirá la teoría del “subjettivismo estatal” que verá en la voluntad de los individuos que componen el máximo nivel dentro de la organización estatal (cualquiera sea el número que la integre y sus modos de operar) el centro de imputación de la “soberanía”.

Por este motivo, para los teóricos del subjettivismo estatal (entre los cuales quedarían comprendidos Bodino, Hobbes, Austin y Heller) el poder fácticamente considerado, es necesariamente preexistente y por ello, superior al propio orden jurídico.

El derecho sólo posee existencia cuando el portador efectivo del poder soberano, mediante actos subjetivos de voluntad, lo reconoce y positiviza como tal (PF).

Por ello, no reconocerán la existencia del Derecho Internacional ni del propio Derecho Constitucional, sino como una especie de “moral positiva”, al decir del propio Austin.⁵⁴

El referido “subjettivismo estatal”, conforme este autor, conduce a necesarias paradojas. Ello así, porque: ¿qué puede significar que algún individuo o grupo de individuos en relación a otros sea “supremo” o “soberano”? Según Kelsen:

En la esfera social sólo puede significar una relación normativa concreta, a saber: una relación constituida por la validez de un orden normativo, de un sistema de normas del que derivan obligaciones y autorizaciones.⁵⁵

La sustitución del término “soberano” por el de “autoridad normativa” o “autoridad normadora” se ve con claridad, dentro de diversos trabajos de Kelsen.

Así, en su obra *Teoría Pura del Derecho* afirma que un sistema normativo de tipo dinámico tiene que presuponer una norma fundante que, siendo pensada por el jurista, sirve para identificar a la autoridad mencionada como: “...el establecimiento de un hecho productor de normas...”.⁵⁶

Se puede sostener que, conforme estos razonamientos, se produce con Kelsen, por primera vez, una definición explícita del concepto de “soberano” en términos de “hechos institucionales”.⁵⁷

Ello así, porque ya no cuentan los actos de voluntad subjetivos del que fácticamente ocupa el máximo nivel de poder dentro de la organización estatal.

Por el contrario, para verificar su existencia como acto jurídico típico, se impondrá la presuposición de una norma dirigida a su conducta, con su contenido, haciendo explícito de ese modo, que la misma tiene el sentido objetivo que únicamente aquella puede proveerle.

En otros términos, el mero deseo subjetivo o su expresión, por parte del portador del poder fáctico (PF) persiguiendo que otros se comporten de determinada manera, sólo adquirirá sentido objetivo, desde la perspectiva del jurista, si es posible pensar una norma que le otorga competencia (PN) para legislar en este o cualquier otro caso.⁵⁸

Como bien lo ha reconocido Joseph Raz,⁵⁹ Kelsen sustituye la referencia del término “soberano” que se verificaba en la teoría de Austin, por una norma fundamental.

De ese modo, el origen de la unidad de un orden jurídico ya no se encuentra en el cuerpo legislativo supremo como tal, sino en la norma que le confiere “competencia” o le otorga autorización para legislar.

Se puede por ello afirmar que la determinación del “soberano” en términos de “hechos institucionales”, para utilizar el término acuñado por John Searle, implica que en lo sucesivo no podrá sostenerse que existe un soberano o grupo soberano sin presuponer simultáneamente, ese mínimo de determinación que la norma jurídica le provee.

En el mismo sentido, y en relación al problema de la sinonimia: John Searle sostuvo que en un lenguaje ordinario, el usuario comprende que expresiones como “lucero vespertino” y “lucero de alba” son equivalentes en tanto se aborde dicha relación como cuestión de “hecho institucional”.

Los denominados “hechos brutos” (tales como los sonidos o grafismos que usamos en la comunicación) no podrían confirmar esa conclusión. Sólo el uso de una regla gramatical institucional

zada permite afirmar que ambos sonidos o grafismos, pese a su diferencia, poseen igual referencia.

Dentro de la ciencia jurídica ese mínimo de determinación que nos permite distinguir el “hecho bruto” del dominio respecto del “hecho institucional” que se adjudica a la autoridad suprema o soberana, tiene que ser proporcionada por una norma.

Ello no es otro que la indicación, por medio de una norma jurídica, del individuo o grupo de individuos que, en cuanto parte de un sector específico de la organización estatal, pueden producir—en términos de competencia (PN)— derecho positivo en sentido estricto.⁶⁰

Las relaciones de superioridad e inferioridad dentro de una sociedad dejan de ser, de ese modo, categorías fácticas que se predicaban de una cierta relación entre individuos.

Pasan a constituir, para seguir con la terminología adoptada, “hechos brutos” que no posibilitan el paso lógico desde una descripción de una relación causal entre individuos a otra específicamente normativa entre “personas jurídicas”.

Por el contrario, esa relación conforme “hecho institucional” pasará a ser entendida, única y exclusivamente, como la primacía de un cierto orden normativo y en definitiva tendrá como destinatarios tanto la conducta del “soberano” cuanto la de los propios “súbditos”.

Kelsen describe esta situación manifestando que el orden jurídico es válido (= existe) si el mismo se utiliza como un mecanismo efectivo para la interpretación normativa de la conducta humana.

De igual modo, se hace referencia al poder soberano cuando la conducta de los individuos que componen un órgano supremo, concuerda con las formas de organización previstas en el propio ordenamiento jurídico.⁶¹

La noción de orden termina siendo para el razonamiento jurídico, una cuestión a considerar en forma previa al “hecho bruto” del poder ya que constituye el único medio de establecer conducta recíproca entre los individuos que integran cualquier sociedad, en tanto “hecho institucional”.

Los miembros componentes de la sociedad no están sujetos —como piensa Austin— al individuo que posee suficiente poder (PF)

para imponer ciertas conductas dentro del grupo, sino al propio “orden jurídico”(PN) por cuya única virtud el soberano es identificado como un legislador.⁶²

No se trata de una situación de mero predominio material, sino de describir su forma de organización legal para cuya identificación, es imposible dejar de presuponer la existencia de normas jurídicas.

Según se desprende de lo expuesto, el significado “representativo” del concepto de “soberano” cambia radicalmente en la concepción kelseniana.

El mismo deja de tener referencia primaria hacia meros “hábitos”, como en el caso de Austin; o actos de acción efectivos de la unidad de decisión, como en el caso de Heller. Por el contrario la referencia primaria del término será, conforme se expuso, indefectiblemente normativa.

También cambia la intención en el uso de dicho término y por ende, existe un giro importante respecto al significado “sintomático” de la expresión. Tan es así que el propio Kelsen, al advertir las dificultades que presenta su carga emotiva favorable propone su reemplazo o eliminación dentro del discurso jurídico.

Es notorio observar como durante sus obras en pocas ocasiones Kelsen habla en términos de “soberano” y “súbdito” en cuanto individuos diferentes. La única diferencia apreciable desde el punto de vista jurídico es la que efectúa entre persona jurídica individual y persona jurídica colectiva.

El “Soberano” en cuanto persona jurídica suprema de una determinada sociedad es denominado “primer legislador” o simplemente, “legislador”, en el sentido de que dicho individuo en cuanto persona jurídica posee el poder (PN), para realizar actos jurídicos cuyo contenido puede, según cada sistema, estar determinado o indeterminado.

No obstante, el giro importante de esta teoría radica en el significado “representativo” que se le atribuye al término en cuestión saber: “Soberano” como concepto normativo que sirve para identificación de la “autoridad suprema” de una determinada sociedad.

Que también por medio de esa norma puede reconocerse al “soberano” como el hecho productor de normas y, en suma, como

elemento determinante para el establecimiento de límites externos racionales al propio discurso jurídico.⁶³

5. EL SOBERANO SEGÚN THEODOR GEIGER

Para concluir con el análisis de este concepto, efectuaré a continuación una síntesis del pensamiento de este sociólogo alemán cuya obra ha tenido poca difusión en los países de habla castellana.⁶⁴

La inclusión de sus ideas en este trabajo no sólo se origina en la consideración personal de que se ha descuidado el estudio de su obra, sino también porque procuro una comprensión interdisciplinaria del fenómeno de la autoridad jurídica suprema.

Como Hans Kelsen, este autor realizó serios intentos por lograr desmitificar los conceptos utilizados por los juristas. Sus obras destinadas a la distinción entre “verdad” e “ideología”, merecen ser destacadas.⁶⁵

Siendo sostenedor de que el único método de explicación de los fenómenos jurídicos es el causal⁶⁶ sin embargo, resulta de mucha utilidad para esclarecer la visión de la autoridad suprema, en términos de “hechos institucionales” que, según se sostuvo anteriormente, mantiene Kelsen desde una perspectiva dualista.

Geiger realiza un meduloso estudio de la teoría del subjetivismo estatal. Durante el desarrollo de su trabajo reconoce que dicha teoría no solo sostiene la tesis de que las normas jurídicas son expresión de una voluntad⁶⁷ sino que, además, las mismas son válidas u obligatorias precisamente porque existe esa voluntad suprema.

Al igual que H. Heller, sostiene que si el derecho positivo resulta de la expresión de esa voluntad, tiene que ser posible identificarla de algún modo.⁶⁸

Para ello, Geiger procederá a efectuar una distinción dentro de las formas del ordenamiento social.

El orden social según el autor mencionado, puede instaurarse de dos formas: Mediante la mera habitualidad de los comportamientos, lo que es propio de los estadios pre-jurídicos y por normas pre-establecidas que coadyuvan en la formación o mantenimiento del orden social junto con las primeras. Esto último es propio de sociedades desarrolladas.

En esta última etapa, el Estado, en tanto persona jurídica, constituye una “formación abstracta de la comunidad”⁶⁹ de tal modo que, en lo inmediato, no puede afirmarse que sus resoluciones sean únicamente producto de la voluntad de una persona o grupo de personas soberanas, sin la previa verificación del contexto en que tal proposición se formula.

Los actos de voluntad del soberano o grupo soberano, solo pueden entenderse como normas jurídicas, en la medida en que se presuponga que están “autorizadas para ello”⁷⁰ y tal autorización, solo puede provenir de ciertas normas mediante las cuales —el propio Estado— se encuentra organizado.

Siendo el Estado una forma de organización, para la determinación de la existencia de deberes jurídicos por parte del soberano, el jurista no precisa hacer referencia a estados volitivos subjetivos de los individuos que lo componen.⁷¹

El autor sostiene que en la concepción tradicional de la teoría de la voluntad se incurre en un razonamiento de tipo circular y de ese modo, no se puede llegar a explicar normas jurídicas como las del derecho constitucional. Pero es el caso que ellas son elementales para la comprensión del “soberano” en cuanto autoridad suprema.⁷²

También al igual que Kelsen, rechaza la noción de “soberano” que brinda la llamada teoría democrática, porque el “pueblo” no posee una voluntad independiente de la de los miembros que lo componen y “...una voluntad pasiva de este tipo no puede explicar el surgimiento de la norma como fuente del derecho”.⁷³

La cuestión de la incompatibilidad de los términos “poder” y “derecho” es, para este autor, histórica y se encuentra vinculada con las ideas sustentadas por el Iluminismo en contra del poder despótico del denominado “Estado Absoluto”.

Por ello, se aboga por la superación de tal incompatibilidad, ya que su dependencia o no, es cuestión de definiciones y, por cierto, en los desacuerdos entre éstas y la propia realidad se impone siempre la modificación de las primeras.⁷⁴

La elección de determinadas definiciones puede resultar arbitraria, pero en nuestro caso posee el único propósito de hacer comprensible una cierta porción de la realidad.

Puestos en tal tarea, se impone considerar el concepto de “poder”, vinculado al ámbito de lo social, como la probabilidad o grado de probabilidad que poseen determinados individuos de “dirigir el curso de ciertos acontecimientos”.⁷⁵

De esa forma, puede verificarse que en toda sociedad existe un grupo de individuos (que Geiger llama “portadores del poder”) los que, mediante ciertos factores de poder (como la fuerza física, la inteligencia, el carisma, etc.), logran establecer durante algún tiempo una relación estable en la determinación de los comportamientos por parte del resto del grupo social.

Esta situación es momentánea y propia de una sociedad prejurídica ya que, con el transcurso del tiempo, se va incorporando al grupo una cierta organización y la aparición de una clase burocrática; dicha clase, precisamente por conocer esa organización, genera un tipo de “saber especializado” en el manejo del denominado “aparato de poder”.⁷⁶

La interrelación de tales factores (denominados por Geiger: “primarios o categóricos”) provocará la configuración de una sub-clase del ordenamiento social, a saber: el ordenamiento jurídico de la conducta de los miembros del grupo social.

La regularidad de dicho ejercicio termina por influir en la configuración de la totalidad de las relaciones sociales, entre las que se encuentran las del ejercicio del “dominio” de unos sobre otros. Se contribuye de ese modo a su estabilidad durante algún tiempo.

Así, si la relación de dominio se ejercita sin sujeción a reglas preestablecidas, tal forma del ejercicio de dominio puede calificarse de “despótica” siendo su característica más relevante el hecho de que los soberanos del grupo dispongan a su entero arbitrio, las pautas que deben guiar la conducta del resto de los miembros que componen la sociedad.

Esta situación, según Geiger, no puede tener estabilidad duradera porque, incluso la mera repetición de acciones durante un lapso de tiempo por parte del soberano, terminará por “institucionalizar” una determinada forma del ejercicio de dominio lo cual, a su vez, le permitirá al resto distinguir las órdenes válidas de las que no lo son o lo que es igual, cuáles deberán ser obedecidas y cuáles no.⁷⁷

Se establece de esa forma, un modo rudimentario de regulación de comportamiento, cuyo destinatario también es el grupo soberano, y con ello, el establecimiento de un nuevo factor—esta vez, “secundario”, según Geiger—del poder.

Por ello, se puede sostener que la norma una vez establecida mediante su proclamación, “...tiene la capacidad de seguir actuando como una institución”,⁷⁸ determinando una suerte de limitación de la voluntad del propio grupo soberano.⁷⁹

Con el tiempo, el grupo dominante tendrá que asumir que incluso la proclamación de su voluntad deberá realizarse de conformidad al contenido enunciado por la Ley.⁸⁰

El grupo dominante (soberano) y el grupo dominado (súbditos) poseen, cada uno de ellos, buena parte de los factores de poder y, aún cuando debe suponerse que el primero lo posee en mayor grado que el segundo, dicha situación solo adquiere cierta estabilidad temporal cuando ambos tienen conciencia de esa circunstancia. Por ese motivo dice Geiger que el soberano “...es obligado a querer o a tener que...”.⁸¹

La teoría de la voluntad desde la cual se había partido, queda de este modo modificada, porque si bien Geiger reconoce que una norma es expresión de la voluntad de un soberano, las mismas no valen o son obligatorias simplemente por esa sola circunstancia.

Entre los extremos del “temor a la sanción” y el respeto “metafísicamente fundamentado ante el mandamiento de la Ley”, el factor decisivo está constituido por el hecho de que “el individuo toma en cuenta la dependencia recíproca dentro de la sociedad”.⁸²

Dicha interdependencia social, se presentará en primer instancia, bajo la forma de la “presión social del medio ambiente” pero se convertirá paulatinamente en un poder organizado, manejado por órganos públicos que reemplazarán la reacción espontánea de sus miembros, sustituyéndola por “sanciones regulares”.⁸³

En el Estado moderno, “soberano” y “súbditos” no pueden ser identificados haciendo referencia a meros “hábitos”—como lo afirma Austin— sino que se impone recurrir a formas de autorización institucionalizadas. De ese modo, para decirlo con expresiones de este autor:

...varias personas NN no designadas pero "institucionalmente" autorizadas... se dirigen con sus órdenes... a un conjunto de personas tampoco designadas sino sólo indicadas como sujetos para una situación hipotética...⁸⁴

La relación que se establece entre "soberano" y "súbdito" no es, por ello, de tipo personal ni directa, sino "interpersonal" ya que su efecto vinculante tiene una "fuente anónima, institucional".⁸⁵

Esa misma fuente anónima e institucional, es también la que se establece como criterio para el reconocimiento del propio soberano del grupo.

A modo de síntesis, puede verificarse en Theodor Geiger varios cambios importantes con relación a la tradicional forma de reconocer a la autoridad suprema de una sociedad, a saber:

1.- Las relaciones que se establecen entre el "soberano" y los "súbditos" no se consideran de modo exclusivamente vertical (de arriba hacia abajo), tal como se verifica en la posición de John Austin.

Las relaciones de dominio que configuran la forma del poder en cada sociedad, poseen la característica de tener una doble dirección o sea, que concurren ambos (soberano y súbditos) en la conformación de ellas.

Ambos extremos de la relación no detentan dicha capacidad (PF) en forma absoluta sino únicamente relativa.

De la relación de equilibrio que ambas presenten, dependerá la estabilidad y continuidad del sistema jurídico institucionalizado para el futuro.

2.- El orden jurídico (PN), como una de las formas del ordenamiento social, es el que contribuye fundamentalmente a la identificación del "soberano" tal como se lo conoce en las sociedades contemporáneas.

Estado y Derecho como fenómenos sociales e históricos son elementos de un conjunto.

Poder y Derecho, se dan simultáneamente y no pueden ser entendidos el uno sin el otro ni a partir de definiciones que proclamen la primacía temporal de uno de dichos elementos sobre el otro.

3.- La estabilidad, continuidad y permanencia del orden jurídico no depende del hábito de la mayoría de obedecer a un individuo superior (Austin) ni de la existencia de una unidad de voluntad para la decisión de las acciones del conjunto social (Heller).

La interdependencia de los miembros del grupo social es la que garantiza tal resultado final.

La forma de ella, en la sociedad pre-jurídica, se pone de manifiesto, primariamente, en la conducta efectiva de cada uno de sus miembros, como reacción ante el apartamiento de cualquier individuo respecto de ella. Posteriormente, dicha reacción se establecerá a partir de una organización específica del aparato de poder.

El significado “representativo” del soberano se desplaza de ese modo en Geiger –de la misma forma que en Kelsen– hacia la idea de “institucionalización” o “despersonalización” del mismo.

Sólo es posible identificar al soberano mediante una forma de organización jurídica del Estado. De ese modo:

...quienes detentan el poder tienen que elegir entre la legalidad o un manifiesto golpe de Estado. Aquí reside el efecto estabilizador de la constitución.⁸⁶

4.- Por último, cambia en Geiger el significado sintomático del término “soberano”.

El reconocimiento de la existencia de un “ordenamiento jurídico” no depende de la existencia de un grupo de individuos habitualmente obedecidos ni de una norma hipotética fundamental. La determinación de la forma del orden tanto social como jurídico se traslada a la aceptación por todo el grupo social de la existencia de relaciones recíprocas de poder entre circunstanciales dominantes y dominados.

Del equilibrio de dichas fuerzas (y de los factores primarios y secundarios que las conforman) dependerá tanto el reconocimiento de la autoridad suprema, cuando los criterios utilizados para verificar la existencia de las normas que se consideran válidas, y de la propia vigencia temporal del sistema jurídico en su conjunto.

Por eso, para Geiger:

La interdependencia social es el motivo jurídico al que corresponde el “tener que” jurídico o el “estar obligado”...⁸⁷

6. ACUERDOS Y DESACUERDOS ENTRE LOS ENFOQUES

Luego del análisis efectuado respecto de los puntos de vista sustentados por estos autores estimo que se puede determinar con mayor claridad cuáles son los motivos de la disputa.

Las diferencias se advierten sustancialmente en lo siguiente:

6.1. Con relación al significado “representativo” del término “soberano” se concluye que tanto Bodino, Hobbes Austin y Heller, utilizan únicamente criterios fácticos para su identificación.

En el caso de Kelsen, el criterio utilizado para ello, es primariamente normativo, mientras que en el caso de Geiger, si bien el significado del término no apunta exclusivamente a normas, la presencia de ellas –dada la evolución de la sociedad– se torna indispensable para cualquier descripción objetiva de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.⁸⁸

6.2. En lo relativo al significado “sintomático” del mismo término, se advierte identidad en los cuatro primeros autores, ya que –en todos ellos– parece necesaria la existencia de ciertos individuos con suficiente grado de poder centralizado (PF) como para garantizar el orden del grupo.

Es obvio, que en el caso de estos autores el orden jurídico se concreta únicamente a partir del monopolio de la fuerza por parte de ese grupo y ello, es una cuestión a determinar en cada caso y siempre en forma empírica.

En el caso particular de Kelsen, por el contrario, se hace necesario la presuposición de una organización establecida mediante normas. En realidad, la cuestión del soberano no puede agotarse en la localización de los individuos que garantizan mediante actos de mera fuerza el sostenimiento de un determinado orden.

En tanto “personas jurídicas” soberano y súbditos son centros de imputación de las normas. Por tanto, para Kelsen lo que permite identificar al soberano no es su fuerza material sino el poder

normativo (PN) el cual sólo resulta conferido por una norma positiva.

En el caso de Theodor Geiger tal significado también cambia, ya que la noción de orden social –y de orden jurídico como parte del mismo– no depende de hábitos de uno o varios individuos o de una unidad decisoria suprema, sino del propio grupo y de la conciencia de sus miembros de las necesidades que crea su mutua interdependencia.

No obstante ello, la consideración de la norma constitucional cuyo sentido, como ha sido explicado, no es igual al de una norma constatativa, impone la incorporación de un componente normativo para la definición del soberano.

En suma, existen dos tipos de definiciones del soberano desde el punto de vista representativo. Aquellas que consideran que el elemento fáctico (PF) es suficiente para su caracterización (Austin-Heller) y aquellas cuyo campo de referencia apunta primariamente a su determinación, descripción o configuración por parte de cierto tipo de normas (PN) como en el caso de Kelsen y, con las diferencias descriptas, en el supuesto de Geiger.

Veremos a continuación, durante el análisis del concepto de “obligación jurídica”, de qué modo esta forma de identificar la autoridad suprema de una sociedad, afecta el concepto que cada uno de ellos tiene del orden jurídico así como las consecuencias que de esa conceptualización se infieren.

NOTAS DEL CAPÍTULO PRIMERO

¹Una obra que he tenido muy especialmente en cuenta para seguir la evolución histórica del concepto de "soberanía" ha sido El concepto de soberanía de F.H. HINSLEY, Editorial Nueva Labor, Barcelona, España, año 1972. También he utilizado para esos mismos fines la obra de M.J. TOOLE, El pensamiento político y la tolerancia religiosa, en Historia del Mundo Moderno, Cambridge University Press, Edit. Sopena, Barcelona, tomo III, pp. 357/576; NAVILLE FIGGS, Las ideas políticas del Siglo XVI en las guerras de la religión, Cambridge University Press, Editorial Sopena, Barcelona, tomo II, pp. 623/674 y F. CHALELET, E. PISIER-KOUCHNER, Las ideas políticas del Siglo XX, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1984.

²KELSEN, HANS: "El cambio del concepto de soberanía", Monografía publicada en Homenaje a G. Del Vecchio, Biblioteca Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, publicada en idioma alemán y traducida por Ernesto Garzón Valdés (traducción inédita). Dice Kelsen: "La palabra "soberanía" que procede del latín "Supremitas" y en todos los idiomas modernos se ha transformado en una expresión técnica, no significa en el fondo, nada más que un superlativo, el ser supremo de aquéllo de que se habla. Sólo adquiere un sentido determinado a través del sujeto con el cual es vinculado el predicado. Su significado se reduce en el ámbito del Estado y del Derecho. La soberanía se convierte en expresión del hecho de que un sujeto se encuentra en un nivel supremo de la jerarquía de valores aquí vigentes. Pero, ¡qué es lo que la Ciencia del Estado y del Derecho no ha declarado ya como soberano!".

³SEARLE, JOHN: Actos de Habla (Ensayo de filosofía del lenguaje), segunda edición, Editorial Ediciones Cátedra S.A., Madrid, España, año 1969, p. 58. El ejemplo que Searle propone imaginar constituye una sociedad de sádicos que desean hacerse daño unos a otros produciéndose mutuamente en los oídos fuertes ruidos con el uso del sonido "BANG". A diferencia de cualquier otro juego (vgr: el ajedrez) la convención que utilizan los sádicos no es ninguna plasmación de algún tipo de regla constitutiva subyacente. En este caso, el ruido utilizado guarda relación natural o causal con el efecto deseado. "No existe ninguna regla al efecto para decir que "BANG" cuente como equivalente a "causar dolor" ya que el dolor puede conocerse o sentirse aunque uno no conozca las convenciones. Por el

contrario, hablar un lenguaje es, según Searle, "realizar actos de acuerdo con reglas" (p. 46, *ob. cit.*). Dice el autor: "...La estructura semántica de un lenguaje es una realización convencional de un conjunto de reglas constitutivas subyacentes". No hay por qué presuponer que esto último no ocurra con el lenguaje jurídico en tanto subespecie técnica del lenguaje natural u ordinario. Esta distinción también es utilizada por Alf Ross, *Sobre el Derecho y La Justicia*, Edit. EUDEBA, Bs. As., 1970, pp.11 y siguientes.

⁴ Como lo expliqué anteriormente (nota al pie N° 31 de la Introducción) ciertas expresiones como "Soberano" se pueden utilizar para expresar ciertas actitudes del emisor. Tal forma de utilizar el término perjudica su significado cognoscitivo e incrementa simultáneamente la ambigüedad y vaguedad del mismo. Esta forma de utilización puede ser conocida por el emisor, pero si se lo hace intencionalmente la palabra pasa a constituirse en una forma de encomiar, prestigiar o alentar un cierto estado de cosas que se considera correcto que exista con independencia de cualquier otra consideración. Es obvio que en este caso no se pretende informar lo que el término significa para el lenguaje castellano. Si tal circunstancia es ocultada, nos encontramos ante un típica "definición persuasiva" porque la misma se presenta bajo la apariencia de una proposición pero en definitiva contiene un imperativo, sugerencia, etc.

⁵ Como afirma Kelsen, "soberano" se origina en el superlativo "supremitas" que significa "lo supremo de aquello que se predica". En el uso emotivo, se utiliza la expresión como sujeto del cual se predica tal propiedad. Su utilización tiene que ver con el reforzamiento de determinados imperativos mediante la utilización del prestigio que posee la palabra. Ejemplos de ello abundan en los discursos jurídicos. Así, por ejemplo, ocurrió cuando bajo gobiernos de facto en nuestro País se utilizó la expresión "Decreto-Ley" para referirse a disposiciones del Ejecutivo y ante la inexistencia de Poder Legislativo en el mismo. Igual modo de utilización se observa en la expresión "obscenos" en el artículo 128 del Código Penal Argentino y "Comunista" en el Decreto Ley 17.401 (ya derogado). En ambas ocasiones, se utiliza la carga emotiva (sea favorable o desfavorable) del término para reforzar o provocar comportamientos que una determinada norma reclama y no para describir su significado dentro del lenguaje (Veáse para mayor abundamiento: HOSPERS, John, *Introducción al Análisis Filosófico*, Editorial Alianza Universidad, año 1980, tomo I, pp.74 y 77).

⁶ "Soberano" se usó originariamente para expresar la idea de que hay una autoridad final y absoluta en cada comunidad política, pero también puede hacer referencia a diferentes instituciones políticas que se desarrollan en la sociedad. En una sociedad primitiva la autoridad reposa sobre la coerción psicológica o moral más que en la fuerza. Por el contrario, en una sociedad desarrollada se hace referencia a una estructura de mando impuesta sobre una comunidad a la que se rige o intenta regir (*cfr.* Hinsley, F.H., *El concepto de soberanía*, *ob. cit.*, pp. 181 y siguientes). Sin embargo, cuando "soberano" se usa como sujeto del que se predica, el que lo hace por lo general expresa adhesión al estado de cosas que dice querer describir. En este sentido, es posible que el emisor adjudique al término referencias empíricas

tales como las que poseen los individuos que imponen conductas al resto, sin sujetarse a regla alguna. Por el contrario, quien piense que una organización social no depende necesariamente del ejercicio coactivo de algunos individuos sin sujeción a reglas hará referencia con dicho término a la supremacía de la Ley. En ambos casos, el sentido de la expresión es diverso pero ambos son sintomáticos. En la oración "El soberano tiene limitaciones jurídicas" uno puede no dudar de su significado sino de la fuerza con que la misma es usada. El receptor puede dudar si la oración expresa una aserción o si, por el contrario, su sentido es una orden, una súplica, un deseo, etc. (Véase para mayor abundamiento: Carrió, Genaro A., "Notas sobre Derecho y Lenguaje", *ob. cit.*, pp. 118 y siguientes).

⁷ BODINO, JUAN: Los seis libros de la República, Edit. Aguilar, año 1974, Madrid, España.

⁸ HOBBS, THOMAS: Elementos de derecho natural y político, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, año 1979; Del Ciudadano, Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, año 1966 y Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil", Editorial F.C.E., México, 2a. reimpresión, año 1984.

⁹ BODINO, JUAN: *Obra cit.*, p. 11.

¹⁰ BODINO, JUAN: *Obra cit.*, p. 57: "...el carácter principal de la majestad soberana y del poder absoluto consiste principalmente en dar ley a los súbditos en general, sin consentimiento...". Véase sobre la distinta capacidad del súbdito respecto del soberano NORBERTO BOBBIO, La teoría de las formas de gobierno en el pensamiento político, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, año 1987, pp. 86 y siguiente.

¹¹ Véase: BODINO, JUAN, *ob. cit.*, pp. 46, 47 y 48.

¹² BOBBIO, NORBERTO: *ob. cit.*, p. 96. También al respecto del mismo autor: Estudios de Historia de la Filosofía (De Hobbes a Gramsci), Editorial Debate, 1a. edición, año 1985, Madrid, España, capítulos I y II dedicados al modelo iusnaturalista y a las relaciones de la obra de Hobbes con el mismo (pp. 73 a 170).

¹³ HOBBS, THOMAS: Elementos de derecho natural y político, *ob. cit.*, p. 266.

¹⁴ HOBBS, THOMAS: *Ob. cit.*, p. 266.

¹⁵ HOBBS, THOMAS: *Ob. cit.*, p. 345.

¹⁶ HOBBS, THOMAS: Del ciudadano, *ob. cit.*, p. 134 resulta especialmente destacable la introducción efectuada a esta obra por parte de Norberto Bobbio en relación a la influencia del pensamiento de Hobbes sobre las teorías iusfilosóficas posteriores, en especial, sobre el denominado "positivismo jurídico".

¹⁷ En su obra Del Ciudadano (*Ob. cit.*, p. 134) Hobbes afirma: "...Tampoco puede obligarse el Estado, para con sus ciudadanos puesto que éste, si quiere, puede liberarlo de su obligación y lo quiere siempre que el Estado quiere (ya que para todo, la voluntad de cada ciudadano está contenida en la voluntad del Estado). El Estado queda libre cuando quiere, es decir, ya es libre efectivamente..." (Las cursivas me pertenecen). Obsérvese de qué modo para Hobbes la cuestión se vincula a actos volitivos de individuos superiores y no al Estado en cuanto organización, ya que

para este supuesto sería ridículo pensar en términos de actos de voluntad.

¹⁸ HOBBS, THOMAS: *Leviatán*, *ob. cit.*, p. 247.

¹⁹ La calificación de teorías imperativistas de la norma es extraída de la obra de H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, Bs.As., Editorial Abeledo-Perrot, en especial capítulo IV, pp. 63 y siguientes.

²⁰ AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, p. 193.

²¹ AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, p. 207.

²² AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, p. 274.

²³ Utilizo aquí el concepto de racionalidad estratégica descripto en la obra de Joseph Raz, *La autoridad del derecho*, *ob. cit.*, p. 42, es decir, aquel tipo de racionalidad que se utiliza en respuestas de tipo prudencial para la elección del comportamiento a seguir. En el ejemplo citado por Raz y adjudicado a Robert Paul Wolff ("In Defense of Anarchism", Harper and Row, 1970, p. 15/16) los individuos obedecen al que logra coordinar el comportamiento para abandonar el buque que se hunde, aún cuando este individuo no esté investido de autoridad como en el caso del Capitán del navío.

²⁴ Recuérdese que Hobbes no concibe al ser humano como sociable por naturaleza como Aristóteles, por ejemplo, sino que dicha sociabilidad es aceptada por los hombres por razones de conveniencia o de utilidad individual. La pregunta de Hobbes es la siguiente: ¿Por qué los hombres que preveen sus ventajas no pueden mantener continuamente la concordia sin necesidad de compulsión, igual que hacen otros animales? A esa pregunta Hobbes le da varias respuestas pero la que aquí interesa es la siguiente: "...la concordia entre los hombres es artificial, debiéndose a convenios. No debe, pues, sorprendernos que tales criaturas irracionales (se refiere a las abejas) se comporten en sus relaciones colectivas de forma mucho más sensata que los hombres, quienes lo hacen por medio de instituciones arbitrarias" (*Elementos de Derecho Natural y Positivo*, *ob. cit.*, pp. 246/247).

²⁵ HOBBS, THOMAS: *Elementos de Derecho Natural y Positivo*, *ob. cit.* p. 203.

²⁶ HOBBS, THOMAS: *Ob. cit.*, p. 205.

²⁷ HOBBS, THOMAS: *Ob. cit.*, p. 247.

²⁸ Esta idea subyace a todo el planteo de Hobbes al punto de exteriorizarse su predilección por el gobierno monárquico, despreciando simultáneamente el gobierno por medio de Asambleas. — Se ha sostenido que tal idea de Hobbes era provocada presuntamente por las revolucionarias innovaciones y el predominio de la Física de su tiempo (BOBBIO, NORBERTO: *Introducción a la obra de Thomas Hobbes El Ciudadano*, *ob. cit.*, p. 29). Así dice Bobbio que el hombre de Hobbes "es un ser de la naturaleza, determinado por leyes mecánicas y dominado por pasiones connaturales y prepotentes que configuran de modo irrevocable su posición en el mundo. La pasión más característica del hombre es quizás, en la antropología hobbesiana, la vanidad... Solo una pasión es en el hombre más fuerte que el amor propio: el miedo a morir... éste ser insociable que es el hombre se hace sociable por temor..." (p. 25) Las asambleas no eran seguras para concretar ese fin y por eso, prefiere el gobierno autocrático. Ello fundamenta que, según Bobbio, el soberano de Hobbes

sea "...la respuesta del miedo organizado al miedo desorganizado, pero el miedo es su esencia" (p. 27).

²⁹ HOBBS, THOMAS: *Elementos...*, *ob. cit.*, p. 343. Del mismo modo en *Del Ciudadano*, *ob. cit.*, p. 127/128 y *Leviatán*, *ob. cit.*, p. 181.

³⁰ AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, p. 194/195.

³¹ AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, p. 203/204.

³² HELLER, HERMANN: *La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, Editorial Universidad Autónoma de México, México, 1965, p. 113.

³³ HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, p. 113.

³⁴ HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, p. 114.

³⁵ HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, p. 114.

³⁶ HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, p. 115.

³⁷ HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, p. 115.

³⁸ HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, p. 116.

³⁹ HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, pp. 124, 131, 134, 136, 145, 173 y 184.

⁴⁰ HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, p. 120.

⁴¹ HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, p. 121.

⁴² HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, p. 131: "...únicamente la individualidad dotada de voluntad puede transformar las normas jurídicas fundamentales en derecho positivo... El derecho es creado, sustentado y derogado, única y exclusivamente, por actos de voluntad humana"

⁴³ HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, p. 134.

⁴⁴ Se debe aclarar aquí que Heller hace referencia con la expresión "normas jurídicas fundamentales" a lo que hoy podríamos denominar "principios jurídicos" (Véase: Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, España, año 1984, pp. 147 y siguientes). Personalmente no me ha resultado claro con qué medios, según Heller, la unidad de acción y decisión soberana identifica tales principios, es decir, qué criterios utiliza para su selección y posterior positivación. Es obvio que para ello puede recurrir a cualquier método, pero lo que el autor parece sostener —y por eso se opone a la concepción kelseniana— es que no existen para ese fin, criterios normativos vinculantes para esa unidad.

⁴⁵ También se impone aclarar aquí que se puede estar de acuerdo en sostener que mientras Austin hace referencia a "hábitos de mando y obediencia"; Heller opta por "actos de decisión" y es obvio, que estos últimos pueden no hacer referencia exclusivamente a hábitos de ese tipo. También puede reconocerse que la referencia a "hábitos" en la concepción Austiniana puede encontrarse vinculado a la idea de que esa relación entre individuos superiores y súbditos es normal, mientras que para Heller ello podría ser entendido como un mal necesario e inevitable del ejercicio del poder supremo. De todos modos, lo que quiero dejar en claro aquí es que ambos se refieren al soberano identificándolo a partir de ciertas capacidades, habilidades, etc. (PF) para imponer decisiones colectivas y que, por ese motivo, los criterios de identificación son iguales o se mueven en el mismo nivel de explicación. En igual sentido, véase: GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: "Hermann

Heller y John Austin. Un intento de comparación”, Sistema 57, ITS-Noviembre de 1983, Revista de Ciencias Sociales, p. 37 y siguientes.—

⁴⁶ HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, en p. 134, dice: “La conexión entre positividad y soberanía no se consiguió hasta que se organizó un poder estatal independiente, en el exterior, del Papa y del Emperador y, en el interior, de los Señores Feudales...El concepto de soberanía de aquella época era por su dualidad, un concepto comparativo, pero se transformó en un concepto absoluto en el instante en que fue superada la descentralización tradicional de la función legislativa”. Obsérvese en este párrafo como se intenta, al igual que en Hobbes y Austin, reafirmar el principio de “alteridad”. —Siempre que alguien manda debe necesariamente existir alguien que obedece y que se encuentra expuesto a sanciones por parte del primero en caso de desobediencia. En el caso anterior a la aparición de los Estados Nacionales, el Emperador podía verse expuesto a sanciones por parte del Papa, por ende, estaba sujeto a él y entonces, no era “soberano”.

⁴⁷ HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, en p. 313 in fine, lo dice del siguiente modo: “En tanto el Estado se construya por actos de voluntad humana, los hombres romperán, en el momento más inesperado, cualquier pretendida norma jurídica soberana, ya sea que al hacerlo rompan también una norma jurídica fundamental o, por el contrario, la conduzcan al triunfo”. Téngase nuevamente presente que cuando Heller habla de “norma jurídica fundamental” no hace referencia a normas positivas sino a lo que hoy denominaríamos como “principios jurídicos fundamentales”. Sin embargo, cuando en este párrafo hace referencia a la “norma jurídica soberana”, parece hacer referencia a la norma fundante kelseniana en tanto norma pensada por el jurista.

⁴⁸ Independientemente de la traducción citada en nota N°2 de este primer capítulo, Hans Kelsen se dedicó a este tema fundamentalmente en las siguientes obras: 1) Teoría general del Estado, Edit. Nacional, México, año 1965, capítulo IV; 2) Problemas Capitaes de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica), Editorial Porrúa S.A., México, 1987; 3) Teoría general del Derecho y del Estado, Edit. Universidad Autónoma de México, México, 1988; 4) Teoría pura del Derecho, Edit. Universidad Autónoma de México, México, 1979, pp. 285 y siguientes; 5) Derecho y paz en las relaciones internacionales, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 81 y siguientes; 6) Esencia y valor de la democracia, 2a. edición, Editorial Guadarrama, Barcelona, 1977; 7) Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho, Editorial C.E.A.L., Bs.As., 1969, pp. 93 y siguientes.

⁴⁹ KELSEN, HANS: “Causalidad e imputación”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N°21, 13/09/76, México, 1976, pp. 209 y 213: “La función de la autoridad legal no consiste en conocer y describir al derecho, sino en prescribir o permitir conducta humana...”, “...el científico social no es una autoridad social; su función es conocimiento; su tarea es conocer y comprender, no regular a la sociedad. La Sociedad dentro de la ciencia normativa es un orden normativo; los hombres pertenecen a dicha sociedad solamente en tanto su conducta está determinada por las normas del orden social (religioso o jurídico)”.

⁵⁰ KELSEN, HANS: Teoría pura del Derecho, *ob. cit.*, p. 15.

⁵¹ KELSEN, HANS: Derecho y paz en las relaciones internacionales, *ob. cit.*, pp. 88, 89, 90 y 91 respectivamente.

⁵² KELSEN, HANS: "El cambio del concepto de soberanía", *ob. cit.*, traducción inédita de Ernesto Garzón Valdés; Teoría General del Estado, *ob. cit.*, pp. 100 y siguientes. También en Problemas Capitales..., *ob. cit.*, pp. 340, 345 y 359.

⁵³ KELSEN, HANS: Teoría General del Estado, *ob. cit.*, pp. 100 y siguientes. También en Problemas Capitales..., pp. 340, 345 y 359.

⁵⁴ AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, pp. 258/259 y KELSEN, HANS: "El cambio del concepto de soberanía", *ob. cit.* y traducción citada.

⁵⁵ KELSEN, HANS: Derecho y paz en las relaciones internacionales, *ob. cit.*, pp. 88/89.

⁵⁶ KELSEN, HANS: Teoría pura del derecho, *ob. cit.*, pp. 202 y 204 respectivamente.

⁵⁷ SEARLE, JOHN: Actos de habla Ensayo de Filosofía del Lenguaje, Editorial Cátedra, S.A., Madrid, 1986, pp. 58 y siguientes. Este autor explica la diferencia entre "hecho bruto" y "hecho institucional" de la siguiente forma: Siendo que existen representaciones de lo que el mundo constituye, en ellas existen muchos hechos que el autor llama "brutos" tales como los que componen el conocimiento de lo físico o mental, los cuales pueden verificarse por simples observaciones empíricas o sensoriales (*Vgr.*: "Esta piedra está junto a la mesa" o "Me duele una muela", etc.) Pero paralelamente, también existen proposiciones (*Vgr.*: "Juan celebró una hipoteca" o "El soberano no tiene limitaciones jurídicas" etc.), que si bien incluyen una gran variedad de movimientos físicos, estados o sensaciones brutas, las mismas no cuentan como parte o prueba de que tales eventos, dadas determinadas condiciones y con un transfondo de instituciones, adquieren genuina significación. A estos hechos Searle les llama "Institucionales". El lenguaje como tal presupone la existencia de ciertas instituciones humanas (*Vgr.*: "Matrimonio", "Soberano", etc.). Las instituciones no son otra cosa que un conjunto de reglas constitutivas (*Vgr.*: "El soberano dio una orden" es una expresión para cuya comprensión es necesario presuponer reglas constitutivas que permitan su identificación como tal porque de lo contrario y por vía de meros hechos brutos no podríamos, por ejemplo, distinguir una orden genuina o sincera de la que no lo es).

⁵⁸ Kelsen señala esta característica de la norma jurídica como esquema de explicitación de conducta humana en la página 17 de su Teoría Pura del Derecho (*Ob. cit.*). Pero en distintas partes de esta obra dicha caracterización se hace presente, así respecto del tema puntual que trato aquí dice Kelsen que la norma fundante básica "...es aquella norma que es presupuesta cuando la costumbre mediante la cual la Constitución se ha originado o cuando ciertos actos constituyentes ejecutados conscientemente por determinados hombres, son interpretados como hechos productores de normas... cuando el individuo o la reunión de individuos que han redactado la Constitución sobre la que reposa el orden jurídico son vistos como una autoridad que impone normas." (*Ob. cit.*, pág. 206). Es

obvio que quien interpreta o ve tales acontecimientos de esa forma es el jurista en tanto sus proposiciones describen únicamente la configuración jurídica del acontecer (hecho institucional) y no el aspecto fáctico del mismo acontecer (hechos brutos).

⁵⁹ RAZ, JOSEPH: El concepto de sistema jurídico (Una introducción a la Teoría del Sistema Jurídico), Edit. U.N.A.M., México, 1986, p. 123. Allí se afirma que "Austin pensó un sistema jurídico como el conjunto de todas las disposiciones jurídicas legisladas, directa o indirectamente, por un soberano. Kelsen sustituye al soberano de Austin por la norma fundamental y deja el resto de la definición inalterada: un sistema jurídico es el conjunto de todas las disposiciones jurídicas creadas mediante el ejercicio de facultades conferidas, directa o indirectamente, por una norma fundamental...". Es necesario observar que el giro kelseniano no es insignificante ya que, precisamente con ese cambio de referencia, se comprueba que Kelsen no habla en términos de hechos brutos (como Austin) sino de hechos "institucionales".

⁶⁰ Dice Kelsen (Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.*, pp. 129 y 131) que "La obligación de cumplir determinada conducta no constituye un contenido objetivo distinto de la conducta ordenada en la norma jurídica...". En este sentido el sujeto y portador de la obligación jurídica son reunidos "...en el concepto de sujeto de derecho, como portador de las obligaciones y derechos estatuidos por el orden jurídico. Como sujeto o portador de la obligación, normalmente se designa al individuo cuya conducta constituye el contenido de la obligación, pero ese individuo no es una cosa que "porte" la obligación, como un objeto diferente en sí. En general, no es el individuo, en cuanto tal, el que es tomado en consideración en la situación exponente de una obligación jurídica, sino sólo una determinada conducta del individuo; sólo el elemento personal de esa conducta...". De este modo, la pregunta acerca de si determinada conducta del soberano es un acto jurídico o no, es una pregunta que se dirige a verificar la existencia de un criterio normativo dentro del orden jurídico en cuestión y no, a la presencia fáctica de algún tipo de acción efectuada por el soberano que pueda calificarse de mandato. No es al propio acto de mando del individuo (soberano) al que se refiere la proposición jurídica sino a sus acciones (de mando o no) en tanto las mismas sean relevantes para el orden jurídico en cuestión (*cfr.*: Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.*, pág. 296).

⁶¹ Hans Kelsen (Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.*, p. 296) afirma que en "...la imputación atributiva de una función, determinada por el orden jurídico, desempeñada por un hombre determinado, a la persona del Estado, sólo se expresa la referencia a la unidad del orden jurídico que determina la función...". "De tal modo el soberano sólo existe en tanto persona jurídica y tal adjudicación sólo es posible mediante normas que así lo determinan (También: *Ob. cit.*, p. 315: "No es el Estado el que se subordina al derecho por el creado, es el derecho el que regula la conducta de los hombres y, especialmente, la conducta orientada a la producción de derecho...")

⁶² *Cfr.*: ROSS, Alf, "Sobre los conceptos de "Estado" y "órganos del Estado" en el Derecho Constitucional", incluida en El concepto de validez y otro

ensayos, Colección Filosofía y Derecho, N° 6, Editorial C.E.A.L., Bs.As., 1969, pp. 85 y siguientes.

⁶⁵ Para comprender mejor el concepto de límites externos remito al trabajo de Genaro R. Carrió (Notas sobre Derecho y Lenguaje 3a. edición aumentada, Edit. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1986, "Sobre los límites del lenguaje normativo", pp. 261 y siguientes). Es especialmente importante el contenido del Parágrafo I de sus Notas y Comentarios de este trabajo. Allí, Carrió citando a Wittgenstein afirma que un límite sólo puede ser tratado dentro del lenguaje en que uno se expresa y lo que se encuentra del otro lado de ese límite constituye simplemente un sinsentido. De la misma manera en que al transgredir el límite externo de un discurso con referencia fáctica se produce un sinsentido fáctico igual cosa ocurre con el lenguaje normativo. El ejemplo de Carrió referido al asaltante que solicita "permiso" para hablar por teléfono al asaltado y dueño de casa, salvando las distancias, no es distinto del caso del individuo o grupo de individuos que poseyendo todos los medios de dominio a su alcance solicita "autorización" (en sentido normativo) para gobernar al conjunto de los miembros de cualquier grupo social. Es que en ambos casos la palabra "competencia" (en tanto permisión o facultamiento) resulta usada fuera del contexto normal de uso del lenguaje normativo.

⁶⁴ La obra más destacada de Theodor Geiger versa sobre temas de Sociología Jurídica. En castellano he tenido especialmente en cuenta Estudios de Sociología del Derecho, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1983. También tuve en cuenta para el estudio del mismo: Moral y Derecho. Polémica con Uppsala), Editorial Alfa, Barcelona, 1982 e Ideología y verdad, Editorial Amorrortu Editores, Bs. As., 1972. Sus estudios sobre el concepto de "Ideología" merecieron su inclusión en la recopilación de Kurt Lenk: El concepto de Ideología-Comentario crítico y selección sistemática de textos. Últimamente lo ha reivindicado Renato Treves en su Obra Sociología del Diritto, Giulio Einaudi Editore, Torino, Italia, 1988, pp. 169 y siguientes.

⁶⁵ GEIGER, THEODOR: Ideología y verdad, *ob. cit.*

⁶⁶ Véase: GEIGER, THEODOR: Estudios preliminares de sociología del derecho, *ob. cit.*, p. 47.

⁶⁷ GEIGER, THEODOR: Moral y derecho (Polémica con Uppsala), *ob. cit.*, p. 144.

⁶⁸ GEIGER, THEODOR: Moral y derecho, *ob. cit.*, p. 147.

⁶⁹ GEIGER, THEODOR: Estudios preliminares..., *ob. cit.*, p. 332.

⁷⁰ GEIGER, THEODOR: Estudios preliminares..., *ob. cit.*, p. 314.

⁷¹ GEIGER, THEODOR: Moral y Derecho; *ob. cit.*, p. 146.

⁷² GEIGER, THEODOR (Moral y Derecho, *ob. cit.*, p.150) afirma: "Si la jurisprudencia cuando habla de deber jurídico estuviera pensando en un sentimiento, no hablaría de los deberes jurídicos del Estado, de las comunidades y de las fundaciones. Por lo menos, del más tonto de los juristas puede suponerse suficiente entendimiento como para que no atribuya ningún tipo de sentimiento a una persona jurídica".

⁷³ GEIGER, THEODOR: *Moral y Derecho*, *ob. cit.*, p. 110.

⁷⁴ GEIGER, THEODOR: *Moral y Derecho*, *ob. cit.*, p. 124. También en "Estudios preliminares...", *ob. cit.*, p. 311, en la que afirma: "Lo colectivo como tal no es capaz de actuar".

⁷⁵ GEIGER, THEODOR: *Estudios preliminares...*, *ob. cit.*, p. 302.

⁷⁶ GEIGER, THEODOR: "Estudios preliminares...", *ob. cit.*, p. 303.

⁷⁷ GEIGER, THEODOR: "Estudios preliminares...", *ob. cit.*, p. 308.

⁷⁸ Es importante destacar aquí la similitud de razonamiento existente entre Geiger y la teoría posterior de H.L.A. Hart. Este último, en una reciente obra ha sostenido descripciones idénticas a las de este expositor.

⁷⁹ GEIGER, THEODOR: *Estudios preliminares...*, *ob. cit.*, p. 306.

⁸⁰ Dice Geiger (*Estudios preliminares...*, *ob. cit.*, p. 306): "La regularidad acostumbrada es un *fait accompli*, un factor secundario de poder". Puede observarse de qué forma Geiger soluciona el problema de la continuidad institucional de los "soberanos". En Austin existe una severa dificultad para explicar la misma por cuanto al desaparecer un soberano, el que lo sucede debe esperar la formación de "hábitos" de obediencias y tal descripción no resulta aceptable para los juristas (Veáse al respecto: H.L.A. HART, "El concepto de derecho", *ob. cit.*, p. 64 y ss.

⁸¹ GEIGER, THEODOR: *Moral y Derecho*, *ob. cit.*, p. 115.

⁸² GEIGER, THEODOR: *Moral y Derecho*, *ob. cit.*, p. 119, "Es posible que un gobernante desee una cosa pero, bajo la presión de las circunstancias, su voluntad político-real se dé por satisfecha con algo menos. En la necesidad de una limitación de sus pretensiones, se expresan las voluntades de los demás gobernantes que compiten con él. "Coactus vult, vult tamen". También en *Estudios preliminares...*, *ob. cit.*, p. 143.

⁸³ Obsérvese que esta misma idea de la "Presión Social" existente en el pensamiento de Geiger es similar a la que mucho después sostendrá el lógico Georg Henrik von Wright bajo el nombre de "Presión Normativa" ("Norma y Acción - Una investigación lógica", Editorial Estructura y Función, Madrid, España, año 1970, p. 27 y ss.

⁸⁴ GEIGER, THEODOR: *Estudios preliminares...*, *ob. cit.*, p. 321.

⁸⁵ GEIGER, THEODOR: *Estudios preliminares...*, *ob. cit.*, p. 148.

⁸⁶ GEIGER, THEODOR: *Moral y Derecho-Polémica con Uppsala*, *ob. cit.*, p. 115.

⁸⁷ GEIGER, THEODOR: *Moral y Derecho-Polémica con Uppsala*, *ob. cit.*, p. 142.

⁸⁸ Estimo que si bien existen grandes diferencias entre las explicaciones efectuadas por Hans Kelsen y Theodor Geiger ambas se mantienen en diferentes niveles. Por cierto, al pensar que el objeto de la ciencia jurídica es la de vert proposiciones acerca de normas, este autor evita la explicación de las relaciones causales que subyacen a su instauración. Por el contrario, Theodor Geiger bajo su descripción de carácter sociológico prioriza la explicación precisamente de esas relaciones causales que subyacen en el momento de promulgarse una norma constitucional. No obstante, es destacable la circunstancia de que Geiger no niega

que una norma constitucional no es una norma constatativa (en el sentido, de que constata cierta regularidad pre-existente a su promulgación) sino que implica un compromiso para el futuro. Este carácter prospectivo no sería discutido por Kelsen guardando las distancias y bajo la exigencia de que ambas conclusiones pertenecen a esferas de explicación distintas. De todos modos, sugiero que la explicación de las relaciones fácticas codeterminantes de la promulgación de una norma constitucional que provee Geiger son más perfectas y corroborables que las que brindan Austin y Heller en el mismo sentido.

CAPÍTULO II

LAS LIMITACIONES JURÍDICAS DEL SOBERANO

En el desarrollo del Capítulo anterior dejé establecidos los criterios utilizados para identificar o definir al “soberano” en tanto autoridad suprema de una sociedad política e independiente.

Se impone ahora, determinar de qué modo afecta la utilización de esos criterios cuando se los vincula al concepto de obligación jurídica y, obviamente, al significado que se adjudica a la proposición: “El soberano se encuentra jurídicamente limitado por sus propias normas”.

No me apartaré del mismo orden de consideración propuesto en el capítulo anterior, es decir, que examinaré en primer término las versiones de Austin y Heller, en cuanto responden negativamente a la cuestión.

Posteriormente, abordaré las tesis de Kelsen y Geiger que, al parecer, se inclinan por una respuesta afirmativa al mismo interrogante. Llamaré a las primeras, “versiones no limitacionistas” y a las indicadas en segundo término, “versiones limitacionistas”.

Procuro de tal modo, determinar cuáles son los motivos de la disputa y la naturaleza que posee la misma, es decir, analizar si las divergencias que se suscitan tienen su origen en un problema genuino o, por el contrario, como en definitiva sostendré, se trata de un pseudo-desacuerdo cuyo origen radica en la atribución del significado que cada uno de ellos adjudica a la proposición en su conjunto.

1. LA VERSIÓN NO LIMITACIONISTA

1.1. El modelo de Austin

Garzón Valdés afirma que una versión extrema, en el tema de la imposibilidad de establecer limitaciones jurídicas al “soberano”, está constituida por las ideas de John Austin.¹

Según las especiales características que dicho autor asigna a la autoridad suprema de una sociedad política e independiente, resulta imposible hablar de la existencia de tales limitaciones, porque:

- a) Hablar de ese modo constituye una contradicción dado que, una vez definido el soberano con las notas de supremacía e independencia, sostener que posee limitaciones jurídicas sería equivalente a proponer que suprimir se encuentra sujeto a otra autoridad superior o lo que es igual, que sería simultáneamente “soberano y no soberano”.² Llamaré a esta afirmación, argumento de la contradicción.
- b) Las restricciones jurídicas significan un estado de “sujeción” a otra autoridad superior y si no encontramos al final de la cadena al individuo libre de tal estado, las relaciones de autoridad se extenderían “hasta el infinito... lo que es imposible y absurdo”.³ Llamaré a dicha afirmación, argumento del regreso al infinito.
- c) Carecería de sentido hablar de una ley impuesta por un individuo a sí mismo, aún cuando admitiéramos que ese mismo individuo pudiese aceptar un principio como guía de su conducta y lo observe en todo cuanto de él dependa, como “si estuviera obligado... en virtud de una sanción”.⁴ Llamo a este argumento: la auto-imposición imposible.
- d) Por último, aún cuando podamos suponer que la auto-imposición fuese posible y pretendiéramos sostener que tiene sentido hablar de limitaciones jurídicas en el caso del “soberano”, ello no significaría una garantía contra la instauración de gobiernos despóticos.⁵ Llamaré a esta última afirmación, argumento de la inevitabilidad del despotismo.

Pasaré a considerar cada uno de ellos:

1.1.1. El argumento de la contradicción:

Como se especificó oportunamente, el concepto de “soberano” es en la teoría de John Austin una noción central, es decir, que a partir de ella se puede inferir el significado de expresiones tales como: “norma jurídica”, “obligación jurídica”, “deber”, etc.

Es más, sin esa noción y la posterior localización del “soberano” se haría imposible hablar con sentido de “orden jurídico” y, fundamentalmente, de sociedad política e independiente.

Dentro de dicho contexto, hablar de obligaciones jurídicas significa que esa clase de individuos superiores ha expresado un “mandato” con el sentido propio de un acto de voluntad dirigido a la conducta de otros individuos que tienen el hábito de obedecerlo.

Dicho orden contiene el aditamento de una amenaza, realizada por el individuo superior, de infringir daños para el caso de que tal conducta no llegue a verificarse del modo ordenado. Como se ve, la única forma de identificar normas jurídicas y, por ende, obligaciones, es —como lo señalara Joseph Raz²— la de ubicar su fuente de origen.

Ello así, por diversas razones: a) Porque no existe ninguna disposición imperativa que pueda calificarse como “jurídica” si no se establece mediante un acto de legislación, entendido como un acto humano deliberado, expresado en condiciones de absoluta libertad (es decir, libre de restricciones jurídicas); b) Porque ese acto en cuanto tal, únicamente puede ser producido expresa o tácitamente por esa clase de individuos superiores de cuya existencia continua dependen efectivamente las normas y las obligaciones jurídicas.

Ahora bien, cuando se analiza con detenimiento la serie de nociones que componen la teoría de Austin se puede verificar serias confusiones conceptuales que me permitiré destacar.

La primera es su falta de distinción entre “individuos superiores o soberanos” (en cuanto seres psicofísicos, que de hecho poseen el dominio del grupo social) y la “autoridad superior o soberana”, en tanto concepto normativo, genérico, abstracto y vinculado con determinadas capacidades que se detentan precisamente, por estar determinadas por normas específicas de facultamiento.

En otras palabras, “poder”(PF) en tanto habilidad o posibilidad empírica de llevar a cabo ciertas acciones y “poder”(PN) en tanto “competencia” otorgada por ciertas normas jurídicas que facultan a realizar u omitir esas mismas acciones.

Como consecuencia de esa confusión, las nociones de “poder” y “capacidad” son usadas en algunas oportunidades, para hacer referencia a relaciones de fuerza que se establecen entre individuos en especial, a las que se verifican entre aquellos que detentan los medios de imposición y aquellos que no los tienen. En otras oportunidades, sin las adecuadas precisiones dichas expresiones se usan para referirse a relaciones de tipo normativas.

Este error, producto de la ambigüedad de términos como “individuo”, “persona”, “poder” y “capacidad” se traslada posteriormente a las nociones de “deber” y “obligación jurídica”. Estas últimas resultan equiparadas a la condición de “sujeción” en que fácticamente puede encontrarse un grupo de individuos en relación a otro que se encuentran en posesión de medios materiales o de otro tipo para conformar las conductas del grupo.

Austin afirma que el “poder” del soberano no puede ser objeto en su “capacidad” colegiada de limitaciones jurídicas, olvidando que dichos términos pueden ser utilizados en el sentido de “posibilidad física o mental” para comprender y realizar una determinada acción pero también, simultáneamente, para hacer referencia a un “potestad o competencia”. Este último sentido del término, que resulta más apropiado al contexto del argumento de Austin, parece haber sido omitido por dicho expositor.⁷

Al partir de la idea de “hábitos” que comúnmente, como lo destaca H.L.A. Hart,⁸ hace referencia a la “mera convergencia fáctica” de la conducta, el autor queda vinculado al sentido ordinario de las expresiones “poder” y “capacidad” y, por ende, a la descripción de situaciones contrastables por los sentidos. De allí que, con posterioridad, resulte un sinsentido afirmar que ellos poseen limitaciones jurídicas.

Sin embargo, en el sentido normativo de términos, como “potestad” o “facultamiento”, más usual en el discurso jurídico, tal proposición no puede implicar ningún contrasentido.

Es perfectamente posible —así puede verificarse en las más diversas exposiciones doctrinarias— hablar de “soberano” con competencias jurídicas limitadas, porque lo que aquí importa no es ya el significado ordinario del término “sujeción”, sino su sentido “jurídico-formal”.⁹

Por otra parte, al vincular la autoridad del soberano a la necesaria presencia de alguna entidad o individuo capaz de tener tales actos de “voluntad”, la cuestión se hace más compleja de lo que en realidad parece.

En efecto, al afirmar Austin que únicamente se puede hablar de deberes y obligaciones jurídicas cuando estamos en presencia de ciertos individuos superiores que expresan su voluntad mediante mandatos u órdenes, se impone investigar la real o presunta existencia de dicho estado de cosas.

Como tales cuestiones son de naturaleza fáctica y se describen de modo vertical (soberano->súbditos) deben ser omitidas las relaciones que no poseen esa característica, pero son comunes en proposiciones que utilizamos cuando describimos acontecimientos conectados íntimamente con normas.

En ese sentido es normal, dentro del discurso jurídico hablar de relaciones de cooperación entre la autoridad suprema y los súbditos (9) y también es frecuente hacer referencia a relaciones que se establecen entre las propias normas jurídicas. Esas cuestiones, de seguir con la explicación Austiniana, quedarían fuera del contexto de las proposiciones características del discurso jurídico.

Sin embargo, el mismo autor se ve obligado a reconocer que las normas jurídicas son de algún modo “dadas” o “establecidas” y, en la medida en que uno se refiera a ese tipo de relaciones, tiene que ser necesario pensar en su vinculación con ciertas formas, procedimientos, etc., que son típicos para su instauración (*Vgr.*: ¿En qué idioma se darán a conocer? Si se acepta que el soberano no se pasa todo el día dando órdenes: ¿Cómo establecer el criterio distintivo entre aquellas que son tales de las que no lo son?)

Es éste, por otra parte, el aspecto al que frecuentemente recurre el jurista para dar a conocer sus ideas acerca de la autoridad suprema en términos de “competencias”, “potestades” y “procedimientos” para el establecimiento de las normas que componen un determinado “orden jurídico”.

Teniendo en cuenta esta precisión terminológica, podemos volver ahora al ejemplo que proporciona Garzón Vaidés (10) y suponer con él, que un soberano o grupo de individuos soberanos (S1) descrito en un tiempo determinado (to) al modo de Austin, es decir, en ausencia de normas jurídicas, dicta la siguiente norma (N1) al tiempo (t1):

to	S → Súbditos → -N	(relaciones de conductas convergentes. No existencia de normas).
t1	S → Súbditos → N1 =	“Cada vez que ordene que p, Uds. no deben obedecerme”.

Luego de un tiempo determinado (t2), el mismo soberano (S1) dicta otra norma (N2):

t2	S1 → Súbditos → N2 =	“Ordene que p”.
----	----------------------	-----------------

La pregunta que parece pertinente formular ante el dictado de N2, es la siguiente: ¿Se ha producido algún cambio de situación respecto del soberano (S) al dictar en el tiempo (t1) la norma (N1) o, por el contrario, su situación no ha variado y, por ende, éste último ha permanecido en forma constante en el estado en que se encontraba en el tiempo (to)?

Todo parece indicar que la respuesta de Austin sería que la situación respecto del soberano (S1) no ha variado porque precisamente éste se ha mantenido siempre en la situación que poseía en el tiempo (to), es decir, dentro de un ámbito en que las relaciones son siempre “fácticas” y que no son susceptibles de ser calificadas o explicadas a partir de relaciones jurídico-normativas.

Descriptivamente el cuadro de situación sería similar al siguiente:

ÁMBITO DEL SOBERANO	NORMAS JURÍDICAS	ÁMBITOS SÚBDITOS
to	-N	to
to	N1	t1
to	N2	to

Existe en esta explicación algo que no resulta descriptivamente sostenible ya que no puede comprenderse cómo, siendo el soberano un individuo o grupo de individuos (o sea un tipo de entidad material) localizables dentro de un marco espacio-temporal, resulte de este modo, que no se encuentre afectado por el transcurso del tiempo y las disposiciones de voluntad adoptadas en ese mismo ámbito.

Es posible que al menos nuestro sentido común nos indique que en el tiempo (t1) alguna modificación se operó en ambos extremos de esa relación, y que merece ser descripta proposicionalmente. Ello así, porque:

- a) No puede prescindirse en la descripción de esa situación de la clase de los súbditos, aún cuando la misma se emprenda mediante una proposición que asuma la pretensión de describir objetivamente lo que sucede en una simple relación de mando.

La mera afirmación de Austin de que la norma es “dada o establecida”¹¹ hace presumir que esta circunstancia lo ocurrido en el tiempo (t1) tiene que haber afectado por igual a ambas clases de individuos de esa relación.

- b) Del mismo establecimiento de la norma (N1) en el tiempo (t1) y en ningún momento anterior, resulta evidente que al “dar o establecer” la referida norma, el soberano (S) ha hecho explícito un criterio (de características normativas) para determinar cuándo el súbdito debe obedecerlo porque, hasta ese momento y por la misma inexistencia de normas, solo podía mantenerse implícito en su pensamiento.

Se ha producido de ese modo, una modificación en la situación originaria la cual, siempre a partir del establecimiento de N 1 por S,

no puede ser descripta haciendo referencia únicamente a cuestiones fácticas sino con el agregado de una prohibición a su respecto: ordenar p. Esa prohibición, por otra parte, es lo que hace posible hablar con sentido normativo, de competencias o incompetencias.

Es decir, que si en el primer momento (to) nuestro lenguaje y sus representaciones, se agotaban en la explicación de relaciones fácticas y verticales de mando y obediencia, con el establecimiento de N1 en el tiempo t1, para describir la situación se impone necesariamente el agregado de un segundo campo de referencias: el de las normas que facultan o autorizan determinadas conductas por parte de la autoridad suprema.

En términos gráficos:

CUADRO "A"

to	So → Súbditos → -N (Relaciones fácticas de mando)
t1	So → Súbditos → N1 = Ph. Ordenar P por S1
t2	So → Súbditos → N2 = Relaciones fácticas: Regreso a to.

CUADRO B:

to	So → Súbditos → -N (Relaciones fácticas de mando)
t1	So → Súbditos → N1 = Ph. Ordenar P por So
t2	S1 → Súbditos → N2 = Relación Normativa: Incompetencia de S1 para dictar N2.

Si se observa con detenimiento estos cuadros se advierte que en la explicación realizada por Austin (Cuadro A) no se ha producido el paso del poder fáctico (PF) al poder normativo (PN). Austin pretende explicar el poder normativo en términos de poder fáctico y a resultarle imposible, fracasa en su intento mostrando de ese modo que la naturaleza del soberano no cambia de to a t2 por el dictado de N1 en t1.

Si por el contrario se entendiera que N1 funciona como “norma de competencia” (lo que Austin no admite) la situación sería distinta (Cuadro B) ya que N1 constituiría un límite jurídico. Esto muestra que el PF no se limita con normas y si Austin se refiere a este tipo de poder tendría razón en sus afirmaciones.

Pero hay que tener presente que lo que aquí interesa explicar es el concepto de poder normativo (PN) y este, por definición siempre posee límites, al menos de naturaleza procedimental.

De este modo, los criterios utilizados por Austin para definir en primer término “soberano” y luego “obligación jurídica”, permiten calificar ambas definiciones como “persuasivas”.

En efecto, poseyendo el “soberano” características tan incompatibles con la de los “súbditos”, parece poco probable que entre ambas clases de individuos pueda existir otro tipo de relación que la de ser opuestos. Como no es esa la única relación que puede describirse entre ellos (dentro del discurso jurídico) se debe recurrir, como lo hace Austin, a nociones tan poco comprensibles como las del “mandato tácito” para explicar de algún modo, las órdenes de los individuos en quienes el soberano delega habitualmente su poder.¹²

- c) El fundamento que permite esa calificación se encuentra en el recurso que utiliza Austin para justificar sus descripciones.

En efecto, en primer término, Austin estipula como característica del poder soberano la de ser el único que detenta la capacidad de dar normas jurídicas al grupo. Con ello, hace explícito que las relaciones normativas de este tipo sólo afectan a la clase de los súbditos.

Sin embargo, después del reconocimiento de que respecto del “soberano” no existiría legalidad alguna, se sigue utilizando el término “competencia” fuera del único contexto en que el mismo resulta pertinente, tal como el de las normas.

De ese modo, favorecido por la ambigüedad del término “poder” y obviando el doble sentido de la palabra “capacidad” se logra hacernos persistir en la falsa creencia de que, pese al establecimiento de N1 por S. en t1, nada se ha modificado en la relación originariamente descripta.

Dicha forma de proceder, tiene mucha similitud con la utilización constante, por parte de la dogmática constitucional, del concepto de “poder constituyente originario”, el cual, siendo como es únicamente poder fáctico de imposición, trata de ser descrito en términos de “competencia” originaria e ilimitada del soberano legal.¹³

Si, contrariamente a lo expuesto hasta este momento, se reconociera que el término “competencia” en ese específico contexto, hace referencia a normas que confieren facultades o autorizaciones no podría afirmarse—como pretende Austin—que exista contradicción en sostener, simultáneamente, que un soberano (S1) puede tener poder fáctico de regresar a la situación verificada en to (mediante la cancelación de N1 por N2) y que, pese a ello, siempre hablando jurídicamente, carece de la capacidad (en términos de competencia para hacerlo.

1.1.2. El argumento del regreso al infinito

Si aceptáramos, como Austin, que el soberano posee de hecho las características de supremacía e independencia, sostener que el mismo posee limitaciones jurídicas implicaría—como ya se ha dicho—que existe otro individuo superior respecto del cual se encontraría en estado de “sujeción”, y la misma pregunta cabría formular respecto de este último. Por esta vía, resulta evidente que la cadena de sujeciones conduciría, inevitablemente, al infinito.

Esto último permite demostrar también que la situación en que se encuentra la clase de los “soberanos” coincide básicamente con la descripción de un estado de naturaleza permanente, es decir, que estos individuos superiores estarían siempre libres de cualquier tipo de restricciones impuestas por el derecho positivo. Esto conduce al argumento que ahora analizamos a las mismas dificultades que el anterior.

La exigencia impuesta por Austin de que el origen de toda norma jurídica tenga que encontrarse en un acto de voluntad del individuo o grupo de individuos soberanos es producto de la confusión entre el sentido causal-explicativo y normativo descriptivo del término “poder”; de “imponer restricciones” y; de “estar absolutamente libre de las restricciones del derecho positivo”.¹⁴

Porque la pregunta que nuevamente se impone, es la siguiente: ¿A qué tipo de “poder” se hace referencia? o mejor: ¿A cuál de las referencias del término “poder” se hace mención en dichas proposiciones?

La búsqueda de respuestas al interrogante nos remitirá nuevamente al problema anterior. Seguirá siendo claro que Austin, pese a ser consciente de la ambigüedad del término, mantiene como única referencia para la clase de los soberanos, fenómenos de naturaleza psicofísica vinculados al acto de mando.

Dichos fenómenos, sin embargo, sólo pueden asumir la cualidad de ser elementos probatorios de la existencia de relación jurídica pero no puede agotar su descripción en cuanto tal.

Siendo que el “soberano” debe encontrarse libre de “sujeciones” para ser tal, descriptivamente su condición se asemeja a la de un legislador que permanece siempre en situación “originaria”.

Es decir que el ámbito de su propio universo posee, por decirlo de algún modo, la característica de ser “a-legal” y, por ende, puede tomar decisiones en cualquier sentido.

Austin parece comprender que la descripción de esa situación en nada es equiparable a la que se verifica dentro del ámbito de la clase de los súbditos. Estos últimos quedan comprendidos dentro de un ámbito de total “legalidad”.

¿Cómo hacer entonces para establecer relaciones de “legalidad” entre individuos que viven en un universo de “a-legalidad” con relación a aquellos cuyas acciones se encuentran permanentemente dentro de un ámbito de legalidad? La cuestión, desde un punto exclusivamente lógico, parece imposible. Sin embargo, Austin afirma que entre los individuos superiores o soberanos y el resto de los miembros del grupo, las hay efectivamente.

Para el “soberano” del grupo, “querer” y “poder” implica lo mismo, situación que, como se explicó, no se verifica en el caso de los súbditos. Estos últimos, pueden querer muchas cosas pero sólo pueden realizar aquello que específicamente “quiere y permite” su soberano. ¿Cómo salir de esta situación?

Austin insiste en que el “querer” (subjetivo) del soberano debe ser “dado” o “establecido”,¹⁵ es decir, que debe ser comunicado de algún modo al resto de los individuos. Sin embargo, tal acción

debe ser realizada por medio de algún elemento convencional (*Vgr.*: un lenguaje con su propia gramática) y ello, necesariamente, remite a criterios normativos, como las reglas de la lengua en que se expresa.

Es indudable que no sólo las reglas gramaticales establecerán ciertas formas normativas para la comprensión de la orden, también se imponen muy diversas normas adicionales porque de otro modo, se tornaría muy complicado para los súbditos establecer (con criterio objetivo) que órdenes son auténticas y cuales no lo son. Se imponen por ello nuevas formalidades o procedimientos que se utilizarán para delimitar la cuestión.

De tal manera, precisamente el establecimiento de N1 por So en el tiempo (t1), es el que produce la modificación de la situación existente hasta ese momento. En efecto, el establecimiento de N1 es el que permite el surgimiento del discurso jurídico objetivo, con las características que lo tipifican.

Con anterioridad a la instauración de N1 por So, la descripción de la situación sólo puede lograrse si se la realiza en términos de sucesos y relaciones impuestas por la mera facticidad o, como se dice de ordinario, por imperio de los hechos. Por ello, no sería lícito hablar de una legalidad de tipo convencional y resulta obvio que dentro de ese ámbito no podrá evitarse el regreso al infinito.¹⁶

Pero es necesario señalar, que con la instauración de esa norma –y en ningún momento anterior– la situación no puede ser descrita utilizando la expresión “capacidad” con esa sola referencia. Se impone la introducción de una nueva definición que haga referencia a determinadas normas. Ellas indicarán características que deberán reunir la “autoridad suprema” en cuanto tal y el ámbito específico dentro del cual sus propias acciones tendrán relevancia jurídica.

Este tipo de normas y los enunciados que las describen son precisamente las que imponen un límite externo al discurso jurídico e impiden la fuga al infinito.

1.1.3. El argumento de la auto-imposición imposible

Este argumento no es novedoso en la historia del pensamiento jurídico filosófico¹⁷ y permite verificar definitivamente que John

Austin, aún siendo consciente de la fundamental diferencia entre el acto psico-físico (subjetivo) vinculado al acto de imponer normas jurídicas y las relaciones jurídicas que pueden instaurarse a partir de aquellos, mantiene la cuestión en un ámbito de total ambigüedad.

Es dable pensar que se intente por ese medio persuadirnos de que es imposible afirmar la existencia de un “orden jurídico” sin contar con la presencia de estos individuos superiores y el consiguiente esquema vertical-monopólico del uso de la fuerza.

Austin afirma que una norma jurídica no es otra cosa que “...la significación de un deseo”.¹⁸ Ese deseo se diferencia de otros por la circunstancia de que es expresado por el soberano del grupo bajo la amenaza de que si los destinatarios no lo cumplen pueden verse expuestos a represalias o castigos.

De esta forma, resulta que la expresión de deseos del soberano hacia su propia conducta no pueden tener ninguna relevancia jurídica. Pero esa descripción de lo que significa establecer una norma jurídica, adolece de deficiencias y errores que corresponde poner nuevamente de manifiesto.

a) En primer lugar, no distingue adecuadamente, aún para el caso de una orden directa, el propio deseo interno del que legisla, del acto de darlo a conocer. En ausencia de esta primera distinción, es difícil comprender como hará el eventual destinatario para interpretar lo que se espera que realice.

b) En segundo término, tampoco se explica cómo es posible asignar “sentimientos o deseos” a una persona jurídica. En efecto, siendo ésta última únicamente una organización producida por normas (que establecen las condiciones de su existencia; forma de establecer relaciones jurídicas mediante determinadas y específicas conductas, etc., etc.), resulta imposible adjudicarle los mismos atributos de un ser humano singular y concreto.

Es obvio entonces que para esta segunda consideración, se impone un nivel de abstracción superior por medio del cual poder determinar—teniendo en cuenta ese tipo de normas— las conductas que se consideran debidas y las que no lo son.

Así, por ejemplo, ante la afirmación de Ivor Jennings¹⁹ “El Parlamento británico hace lo que quiere”, un jurista puede seguir interrogando qué es lo que constituye un Parlamento: ¿Será la voluntad

de la simple mayoría de sus componentes? o, por el contrario, ¿dichas mayorías, pueden variar del tratamiento de una cuestión a otra?; ¿Qué condiciones debe reunir un individuo para ser parte de un Parlamento? etc, etc.

En suma: ¿Dónde encontraremos los criterios que permitan determinar, con algún tipo de precisión, si las acciones que emprenden estos individuos (circunstanciales integrantes del Parlamento) constituyen o no actos de legislación?

La respuesta de Austin es conocida pero, repitiéndolo una vez más, debe señalarse que el criterio que utilizan los juristas no es el indicado por este autor. Para estos últimos, constituye un recurso normal hacer referencia a normas (PN) más que a la mera convergencia de conductas de ciertos individuos para la determinación de la autoridad suprema de una sociedad.²⁰

1.1.4. El argumento de la inevitabilidad del despotismo

Para concluir Austin afirma que, aún suponiendo que fuese posible el establecimiento de normas jurídicas que limiten la capacidad del soberano, ello no constituye obstáculo ni garantía alguna para proteger a los súbditos de la presencia de lo que denomina el “despotismo jurídico”.²¹ Este argumento resulta, a mi entender, el más débil de los utilizados para defender las tesis del imperativismo.

En primer lugar, porque afirmar que una proposición es falsa, es menos grave que sostener, como lo hizo anteriormente Austin, que la misma carece de significación alguna.²²

En segundo lugar, porque Austin no proporciona ninguna definición de lo que entiende por “despotismo jurídico” en ningún punto posterior de su libro.

La pregunta que entonces se impone es precisamente la siguiente: ¿Acaso existen dos clases de despotismo (el jurídico y el que carece de dicho atributo)? Conforme lo he expuesto hasta aquí la respuesta parece negativa.

Ello, porque si el orden de un grupo se establece sin presuponer ningún tipo de normas previas lo único que puede sostenerse es que en él, impera la más absoluta discrecionalidad de quien controla e

aparato de dominio. Esta es precisamente la característica definitoria de los estadios no jurídicos.

En ese ámbito en que las relaciones de los individuos del grupo se establecen a partir de imposiciones determinadas por el “deseo o querer” de quienes detentan la efectiva posesión de los medios de control, no es correcto hablar de “potestades” y “competencias”, con la misma referencia en que el jurista las emplea.²³

Continuar, siempre en ese ámbito, hablando en términos de competencia o potestades muestra una severa confusión de límites entre lo que significa emitir proposiciones de política jurídica de aquellas destinadas a describir el contenido de normas positivas.

El jurista, como ha dicho Geoffrey Marshall²⁴ al igual que un historiador o un político puede en muchas oportunidades verse expuesto a cruzar de un nivel a otro en el manejo de tales proposiciones pero ello, no autoriza el olvido de la diversidad de intensión inherente a la emisión de una y otra.

Esto es, precisamente, lo que ocurre con ciertos juristas (presumiblemente afectados por ideas similares a las de Austin) cuando intentan justificar legalmente acciones realizadas por individuos cuyo único soporte es el monopolio de la fuerza (PF) y mediante las cuales imponen conductas al resto del conjunto.

Para ello recurren al habitual argumento de autorizaciones o facultamientos, en suma, de “competencias supremas”, establecidas a partir de la expresión (del querer o deseo) del “legislador soberano originario” individuo o grupo de individuos que, por cierto, se sitúan por encima o por detrás de cualquier ordenamiento jurídico.

1.2. El modelo de Hermann Heller

Resulta difícil poder aislar en la obra de este autor el concepto de “obligación jurídica” porque sus escritos (fundamentalmente la obra que he tomado como base para lograr ese propósito) presentan como característica destacable no deslindar adecuadamente los niveles descriptivos respecto de los prescriptivos.

Este autor se desliza con cierta facilidad de uno a otro sin dar aviso al lector, lo que genera la dificultad señalada cuando se persigue

—como en este caso— el objetivo de comprender el significado representativo o semántico del término en cuestión.

Son varios los tramos de la obra referida²⁵ que servirían para ejemplificar al respecto, pero me he permitido la transcripción de uno de ellos, para lograr dicho propósito. Así, según su particular punto de vista:

El trabajo del jurista será más o menos elevado y noble, según se proponga la creación de un orden más o menos justo y seguro.²⁶

Fundado en ese paradigma de labor científica —que no he de discutir porque no resulta mi propósito y ha sido abundantemente refutado— Heller manifiesta que ningún jurista podrá comprender al soberano y, correlativamente, el “orden jurídico” que le es propio, si hace abstracción de las relaciones causales que se encuentran implicadas en la cuestión.²⁷

Así, descartando el concepto de “poder” como el establecimiento de relaciones del hombre con las cosas, se detiene en el análisis del sentido de ese término cuando con él se hace referencia a la posibilidad de obtener obediencia de otras personas, sin entrar a considerar los motivos e intereses por los cuales ellas mismas obedecen.

A ese respecto sostiene que la palabra hace referencia a la capacidad de persuasión que tienen algunos individuos para obtener obediencia a sus órdenes.²⁸

A continuación dice el autor que no todo orden social es producto de la mera habitualidad o regularidad del comportamiento y que también puede ser analizado como el producto de un “sistema de normas”.

La instauración de un sistema de normas no siempre es producto de “actos de poder” sino que puede ser considerado como resultado de acuerdos y promesas realizadas entre los individuos. A dicho orden, lo denomina Heller “orden contractual”.²⁹

En el ámbito de lo jurídico, las estructuras de ambos tipos de relación son muy importantes pero el autor presta primordial relevancia a las relaciones que se establecen a partir del denominado “orden

de poder” y de ellas, a la noción de mandato y su precisa delimitación.

Dentro del ámbito de este tipo de relaciones, la determinación “fáctica” de la conducta debida no es libre de cierto grado de incertidumbre, pero siempre requerirá un “mínimo de determinación” para que el destinatario pueda comprenderlas y posteriormente conformar su conducta a lo exigido.³⁰

Heller piensa que ante ese tipo de incertidumbre se hace necesario el establecimiento de un “límite máximo absoluto” que servirá para la determinación de la conducta que el mandato establece como debida.

Dicho límite se encuentra cuando tal determinación es adoptada sin que exista compromiso alguno, es decir, cuando la determinación de la conducta debida depende únicamente de un acto de decisión realizado en condiciones de libre elección.³¹

Debido a esas condiciones, que caracterizan la determinación final de las relaciones de poder entre seres humanos, Heller considera que aún cuando concibiéramos a toda la humanidad como una “organización unitaria de poder” la creación de Derecho y, por ende, de obligaciones jurídicas estará invariablemente unida a actos concretos de decisión o actos de voluntad subjetivos, individuales o grupales.³²

Por tal motivo, siempre dentro de las explicaciones efectuadas por Heller, resulta imposible imaginar la instauración de un “orden de poder” si todo depende de decisiones individuales y subjetivas similares a las que se encuentran en el campo de las convenciones o contratos. Caso contrario, los conflictos individuales serían inevitables y no habría instancias para poner fin a los mismos.

La única forma de evitar la perpetuación del conflicto nos lleva a pensar al soberano como una unidad de voluntad individualizada, capaz de explicitar en última instancia, qué es lo debido y por qué lo es; además de hacerlo eficientemente de modo que dicho orden sea acatado por el resto de los miembros del grupo.³³

De este explícito reconocimiento —que según Heller, se impone que realice el jurista— depende que él mismo no pierda el objeto de su disciplina (o sea el derecho positivo) y no quede, como acusa que le sucede a Kelsen, con su ciencia y su arte “colgando del aire”.³⁴

Por esta razón, como se explicó en el capítulo anterior, resulta importante la localización fáctica del "soberano" dentro de una sociedad que pueda merecer el calificativo de política e independiente.

Ello así, según Heller, porque el orden de poder se presenta también como un sistema jerárquico unificado que exige como axioma supremo una voluntad que garantice una respuesta única y definitiva a los problemas concretos.³⁵

Estos individuos soberanos, no podrán obviamente disolverse en una red de relaciones abstractas e ideales, ya que ellos son quienes las crean y con sus actos subjetivos, determinan la unidad del sistema normativo.

De esa forma, según Heller, un sistema jurídico no es otra cosa que una serie de gradas, cuya jerarquía no está determinada por las normas de atribución de competencias sino por el concreto "poder de decisión y acción" que posee cada individuo dentro de la estructura social. En el vértice de tal estructura se localizará un "cierto grupo de personas" cuyo poder de decisión, ante el conflicto intersubjetivo, deberá ser "universal y eficaz".

En esta específica situación, no cabe hablar de competencia, porque ella está constituida por un acto concreto y particular de decisión realizado, como se ha dicho, en condiciones de absoluta libertad y en un ámbito, donde no se encuentren resistencias o, si las hubiere, ellas pudiesen ser efectivamente sometidas por medios propios.

En ningún punto de la grada jerárquica puede, quien pretende describir objetivamente el derecho y, especialmente, el "derecho del Estado", prescindir del "acto subjetivo de voluntad" que se encuentra implicado en cualquier acto de decisión.³⁶

De ese modo, siendo el soberano quien asegura la coordinación de todos los actos sociales es indudable, que estar "jurídicamente obligado" no puede significar otra cosa que tener un estado de sujeción a las decisiones de la unidad suprema de decisión y acción, ya que nadie puede estar exento de "ser aniquilado" en caso de necesidad.³⁷

Heller rechaza que dentro de una sociedad política e independiente existan dos voluntades: una que resuelve conflictos en esta-

do de “normalidad” y otra, que lo hace en situaciones de excepción.³⁸

Como puede inferirse, hablar de “limitaciones jurídicas” o de “obligaciones jurídicas” del soberano (LJ) significa (usando la propia metáfora de Heller) imaginar la posibilidad de instaurar una norma jurídica que obligue a los hombres a suicidarse, siendo ello más absurdo en el caso del soberano.³⁹

Del análisis precedente, puede concluirse que existe una absoluta similitud de pensamiento entre la concepción Austiniana y la de Heller respecto de la contradicción en que incurre quien sostenga que el soberano pueda encontrarse sujeto a límites jurídicos.⁴⁰

Se impone, por ende, efectuar respecto de esta teoría iguales críticas que a la anterior:

- 1) Por cometer el mismo error fundamental de violentar los límites externos del lenguaje jurídico, confundiendo el campo de referencia fáctico de las palabras “poder” y “capacidad” con aquellos caracteres especiales que tales expresiones poseen dentro del campo normativo (“potestad”, “autoridad” y “competencia”).
- 2) Porque al efectuar la determinación del significado de la expresión “mandato” no se discrimina entre el acto “psico-físico” (propio del deseo o el querer) de su expresión verbal o escrita más aún, cuando su sentido únicamente puede ser comprendido teniendo en cuenta el contexto lingüístico del estatuto y la propia situación en que tales términos son empleados.⁴¹
- 3) Porque únicamente la confusión de esos niveles (“querer”, “expresión del querer” y “sentido del querer”) es la que permite seguir sosteniendo persuasivamente —al igual que en Austin— que nadie puede “obligarse a sí mismo”, conclusión que no resulta correcta en la medida que confunde lo que significa “obligación jurídica” con “deseos o intenciones” del individuo emisor de un mandato.

Dicho error se hace evidente si bien se dirige la atención al contexto lingüístico en que la norma o el mandato jurídico se da a co-

nocer (es decir, mediante palabras de clase) y la situación en la que el emisor de la norma pretende comunicarse con cierta clase de destinatarios a fin de que, con fundamento en dicho mensaje, estos últimos realicen alguna acción genéricamente tipificada.

Mediante esta específica técnica legislativa, resulta posible afirmar que el destinatario genérico de la norma pueda perfectamente ser el propio órgano que la ha establecido. Nada de contradictorio se advierte en esta proposición, que, por otra parte, es común y habitual en cualquier discurso jurídico.⁴²

2. LA VERSIÓN LIMITACIONISTA

2.1. El modelo de Hans Kelsen

Este autor ha formulado variadas críticas a la noción de obligación jurídica tal como la postulan Austin y Heller. La mayoría de ellas apunta a cuestionar los fundamentos epistemológicos con los cuales estos autores pretenden abordar el conocimiento del orden jurídico.

Con relación al primer expositor, Kelsen no acepta que el establecimiento de “obligaciones o deberes” jurídicos dependa de la existencia de meros “hábitos” de obediencia a mandatos del soberano. Tal afirmación colocaría el origen de las normas fuera del sistema u orden jurídico cuando el jurista, debe encontrar respuestas a sus interrogantes únicamente dentro del mismo.

Decidirse por otra estrategia lo haría incurrir en el conocido “sincretismo metódico” cometiendo, simultáneamente, una falacia de tipo lógica.⁴³ El conocimiento de lo metajurídico, por ende, es ajeno al ámbito de la ciencia jurídica cuyo objeto de estudio se circunscribe a normas puestas por los hombres.

Hacer depender la existencia de obligaciones jurídicas de la verificación de hábitos de obediencia hacia un individuo superior (“soberano”) remite a consideraciones que únicamente pueden ser explicadas por el método causal, propio de ciencias naturales o sociales no normativas.

El criterio de Austin al identificar la existencia de normas y correlativamente de obligaciones jurídicas determinando fáctica-

mente su fuente de origen, vincula el acontecer normativo con cuestiones psicológico-causales y resulta desafortunada por varias razones:

- a) Porque como se expresó anteriormente para este expositor, las proposiciones de la ciencia jurídica tienen como campo primario de referencia fenómenos de características normativas. El conocimiento jurídico no apunta a responder “cómo es que los individuos se comportan habitualmente” sino “cómo deberían hacerlo”.⁴⁴
- b) Porque Austin al incluir en la noción de mandato la idea de “sanción” para el supuesto de desobediencia comete, según Kelsen, un grave error. —Dicho error se pone de manifiesto cuando tal sanción no se dirige al propio infractor sino a otros individuos que guardan con aquel cierta relación impuesta por normas positivas, como sucede en los casos de la denominada “responsabilidad indirecta”.

El jurista distingue, por este medio, al autor material de la conducta indebida del que, a la postre, será “responsable” (sujeto de sanción) conforme lo previsto en una norma.⁴⁵

- c) La simple circunstancia de que existe “obligación jurídica” porque el autor de la conducta indebida “teme a la sanción” tampoco constituye un elemento relevante para la configuración de esa noción.

Dicho estado psicológico del autor material del hecho calificado como “delito” no es imprescindible para la descripción de lo que es una obligación jurídica. Tal es lo que sucede en el caso de las denominadas “leyes retroactivas” al calificar como debidas conductas del pasado que, al tiempo de su producción, no tenían esa relevancia para el orden jurídico.⁴⁶

- d) Por último, las pretensiones de autores como Austin y Heller constituye un intento engañoso por hacer visible aquello que, por acontecer en la esfera de lo jurídico, no es susceptible de verificarse por los sentidos.⁴⁷

En definitiva, asignar al “soberano” de una determinada sociedad un supuesto poder (PF) para dar órdenes que deben ser obedecidas aún más allá de lo que establecen las normas positivas constituye para Kelsen, una ideología política y no una descripción objetiva de lo que sucede desde el punto de vista del jurista.⁴⁸

Por cierto que esa ideología no es exclusiva del imperativismo pero en él, se hace especialmente notoria la idea de que el “orden jurídico” se origina y permanece estable porque existe cierta superioridad (observable por los sentidos) de ciertos individuos sobre el resto de los componentes del grupo.

En concreto, por este medio se confunden las denominadas “relaciones de dominio” (PF) con las “relaciones jurídicas” (PN) poniendo de ese modo al soberano por encima de los individuos del grupo y además del mismo “orden jurídico” positivo (-LJ). De esa forma, el “soberano” según Austin y Heller no sólo impone el orden al grupo sino que pasa a constituirse en su único garante.⁴⁹

Iguals críticas dirige a la concepción de “obligación jurídica” de Heller, pero Kelsen agrega dos cuestionamientos adicionales:

- a) En primer término, Kelsen no acuerda con Heller respecto del modelo de “jurista” que éste último postula. Al respecto Kelsen sostendrá que ni el jurista ni ningún científico es una autoridad social.⁵⁰

Esto tiene especial relevancia para distinguir los niveles de ambos discursos porque mientras Kelsen intenta describir como está organizada jurídicamente una sociedad; Heller va más allá al sostener que el jurista debe justificar esas formas de organización.

- b) Ante la proposición de Heller de que el Estado cumple una función protectora del bien público, incluso sin el derecho positivo y aún en contra del mismo, Kelsen replicará que tal afirmación es ideológica.

Como se recordará Heller afirmaba que “en caso de necesidad” el soberano adopta decisiones que pueden ser calificadas teniendo en cuenta la norma positiva como “contra legem”. –Kelsen se

opone a ello porque sostiene que dicho argumento se utiliza única y exclusivamente como excusa para la realización de ciertas acciones que afectan al conjunto pero están motivadas exclusivamente en el interés de quien toma la decisión.⁵¹

Veamos ahora el pensamiento de Kelsen relativo al concepto de “obligación jurídica” y la sub-clase que tiene como destinatario al mismo soberano.

Para este autor la expresión “norma jurídica” no representa cualquier imperativo o cualquier otro tipo de orden. Por el contrario, la norma jurídica se presenta al conocimiento en la forma de un “juicio hipotético” mediante el cual se predica sobre la existencia de una cierta voluntad condicional por parte del soberano.

La forma en que se expresa una norma no es habitualmente: “Haz esto o lo otro, deja de hacer lo de más allá” sino; “Dadas determinadas circunstancias el Estado quiere que sucedan determinadas consecuencias”.⁵²

La significación que Kelsen atribuye a la expresión “voluntad” no es, obviamente, la del lenguaje ordinario. En efecto, con relación al jurista, la norma no sólo enuncia los requisitos a los cuales debe atenerse la voluntad de cualquier individuo sino además la propia voluntad del soberano.

Implica en suma la distinción tajante entre el acto “psico-físico” del individuo respecto de la misma expresión pero asignada a la persona en tanto, construcción jurídica particular efectuada por el mismo orden jurídico.

Las normas jurídicas positivas son las únicas que permiten efectuar la consideración del individuo y del propio soberano, en tanto objeto de interés para el análisis jurídico. Así, dentro del mismo orden jurídico, la voluntad del soberano al igual que la de cualquier otro individuo, son equiparadas por ser ambos sujetos de derecho.⁵³

El mundo descripto mediante un método causal-explicativo no posee un punto final de imputación, de allí, que en ese ámbito pueda producirse el tan temido “regreso al infinito” de John Austin.

El mismo fenómeno, explicado mediante un método de imputativo —único admisible para Kelsen en ciencias normativas— permite ver el punto final de la cadena de relaciones en una norma. La conducta humana es relevante de este modo cuando la misma resulta

descripta como obligatoria, facultativa, prohibida, etc., por una norma positiva o un conjunto de ellas.

De esa forma, según Kelsen, es posible considerar al soberano, desde el punto de vista jurídico, bajo relaciones verticales de dominio pero también en aquellas realizadas en un plano de igualdad o de coordinación con el resto de las personas individuales o colectivas.⁵⁴

Es por eso que la pregunta que se formula el jurista ya no es: ¿Cómo nacen los deberes jurídicos del Estado? sino más bien: “¿Cómo deben construirse los deberes jurídicos de la personalidad estatal?”.⁵⁵

Al formularse entonces la pregunta sobre la veracidad de la proposición de que el mismo Soberano tiene determinados deberes jurídicos y, por ende, limitaciones (LJ) Kelsen sostiene que debemos poner un especial cuidado en recordar que él mismo constituye una “persona jurídica” o sea, una construcción de ese tipo. De esa forma los deberes del resto de los individuos en tanto personas, no difieren sustancialmente de los de aquel.

En tanto no se conceptúe un “deber jurídico” por su vinculación exclusiva a un estado psicológico de sujeción interior de un individuo con relación a otro (LF o LE), la dificultad de comprensión de la auto-obligación jurídica (LJ) del soberano desaparecerá.

La noción kelseniana del “deber jurídico” no está vinculada necesariamente con actos de motivación. Por el contrario, la ciencia jurídica al describir el deber debe circunscribirse a una descripción objetiva de los nexos imputativos que una norma establece entre dos conductas humanas.

Las relaciones de dominio que se instauran entre dos individuos o grupos de individuos entre sí, no pertenecen al análisis propio del jurista. Ellas pertenecen al campo de la motivación y, por ende, al mundo del “ser” que sólo puede describirse, mediante la utilización del método causal.⁵⁶

En síntesis, la cuestión de si una conducta humana determinada (individual o colectiva) es una conducta obligatoria sólo puede encontrar respuesta adecuada en una norma positiva válida.⁵⁷

Una norma positiva es válida (y por tanto, existe y pertenece al “orden jurídico”) si otra norma del mismo tipo, considerada “meta-

fóricamente” como superior, determina las condiciones para su promulgación.⁵⁸

De ese modo, la proposición que indica que una norma es jurídica porque ha sido dictada por una “autoridad” posee en Kelsen diversa significación a la de Austin.

En concreto, el concepto “soberano” que Kelsen proporciona no hace referencia a una mera convergencia de conductas hacia sus órdenes por parte de los súbditos sino a la existencia de una capacidad o competencia para el establecimiento de las mismas.⁵⁹

El “orden jurídico” descripto de ese modo se encuentra regido por un principio dinámico⁶⁰ por lo cual la búsqueda del fundamento de validez de una norma no es una cuestión que pueda extenderse indefinidamente.

Por el contrario, se impone la presuposición de que todo orden jurídico posee una norma suprema o última, cuyo sentido es otorgarle “unidad”. Esa norma, como es conocido, fue denominada por Kelsen “norma fundante básica”. Ella posee según lo expone, varias características definitorias:

- 1) No es una norma positiva sino “presupuesta”;⁶¹
- 2) Es una norma pensada por el jurista, sobre la base de la cual éste último, establece la validez de todas las restantes normas que componen el “orden jurídico”;⁶²
- 3) su contenido es diferente al resto de las normas del “orden jurídico” en tanto ella, sólo establece “...un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora” o “un acto de delegación en una autoridad normadora”;⁶³
- 4) su presuposición no es de ningún modo “obligatoria”⁶⁴ y sólo constituye un requisito necesario para el que se propone efectuar una interpretación jurídico-objetiva de cualquier conducta humana concreta en cuanto “...acto de producción o de aplicación de normas jurídicas generales y válidas”;⁶⁵
- 5) no obstante lo anterior, su presuposición no constituye un acto arbitrario o discrecional del jurista⁶⁶ y no se dirige a cualquier orden o constitución en sentido positivo, sino a una “...bien determinada”;⁶⁷

6) conforme se infiere de 2), la referida presuposición no implica la afirmación de la existencia de ciertos hechos o de actos de voluntad de ningún individuo superior ni tampoco constituye una afirmación acerca de la existencia de “ningún valor trascendente al derecho positivo”.⁶⁸

Esta última idea ha provocado los más encendidos debates y es la que permite comprender desde la ciencia jurídica la veracidad de la proposición que afirma que no existe diferencia alguna entre el “soberano” y su “orden jurídico”.

El soberano es, en sí mismo, un determinado orden de la conducta humana. En el lenguaje técnico-jurídico “soberano”, “autoridad suprema” y “orden jurídico” poseen el mismo campo de referencia, aun cuando se admite que ambas expresiones poseen diversidad de intensión.⁶⁹

Concluye de ese modo el conocido vicio de la “hipóstasis”⁷⁰ en que incurría, según Kelsen, tanto la teoría política cuando la ciencia jurídica tradicional de su tiempo.

Según nuestro autor, las explicaciones de la teología y la concepción “substantivista” del lenguaje originaron la duplicación innecesaria respecto del origen del objeto de nuestras investigaciones.

De ese modo, los mismos problemas que enfrentó la teología para explicar las relaciones entre un “Dios-Creador” y un “Mundo-Creado”, mediante el argumento de un “Dios-Hijo”, se trasladan a la teoría jurídica.

Ambas recurren por igual a la presuposición de la existencia de un “Soberano” cuya característica definitoria le es adjudicada con independencia de su calificación por el orden jurídico. La “ilimitabilidad” frente a sus propias normas es característica definitoria tanto del “Dios-Creador” de la Teología cuanto del “Soberano” en Austin y Heller.⁷¹

Si consideramos al propio Soberano como una forma específica de orden o una de las formas de organización del poder las proposiciones que versan sobre “obligaciones” y “deberes” de su parte no pueden resultar distintas o contradictorias respecto de aquellas que se predicen del resto de las personas.

Para todo intento de conceptualización jurídica del soberano, él mismo constituye un orden y todo orden significa por definición: límite

o limitaciones (LJ).⁷² Las limitaciones que atribuye el jurista al soberano son los que posee cualquier órgano que lo componga al satisfacer los requisitos establecidos por la norma de delegación o de competencia suprema.

Todos los que integran ese organismo pueden (PF) realizar conductas que estén en desacuerdo respecto de las normas que hacen a su organización pero al hacerlo dejan de obrar como "soberano" o lo hacen fuera de los límites de su poder normativo.⁷³

Por ello se comete un abuso, según Kelsen, si se coloca al "Soberano" no sólo sobre el resto de los individuos del grupo sino, incluso, por encima del orden jurídico positivo. Ello así, porque la única forma de describir jurídicamente el significado de una relación de coordinación entre el propio soberano y el resto de los miembros es, precisamente, utilizando la misma norma como un "esquema de explicitación".⁷⁴

Por último, Kelsen admite que la cuestión del origen de la forma de la organización estatal pueda ser estudiado y explicado por otros métodos. El autor invalida al jurista cuando con sus proposiciones entra en la esfera de lo que no es específico de su competencia al tratar cuestiones de naturaleza normativa con los mismos métodos con que aborda la explicación de fenómenos metajurídicos.⁷⁵

Debe quedar claro de esa forma que la voluntad asignada al "Soberano" debe su existencia a la norma que delimita o establece la forma de su propia organización en tanto, él mismo es una persona jurídica.⁷⁶

El conocimiento de la "persona" en tanto sujeto susceptible de ser centro de imputación jurídica no es igual al estudio del hombre en tanto ser humano concreto. Por el contrario se trata fundamentalmente de la comprensión de un acto de creación artificial generado por el propio orden jurídico.⁷⁷

Preguntarse por las condiciones fácticas que hacen posible la dominación de un grupo humano determinado es un mal punto de partida para la explicación jurídica de lo que significa "tener obligaciones o deberes".

El interrogatorio propio del individuo que hace ciencia jurídica deberá concretarse de la siguiente forma: ¿De qué modo deben construirse los deberes jurídicos de la personalidad estatal? La

respuesta, debe ser localizada investigando primariamente el modo en que las propias normas jurídicas han limitado (LJ) el ámbito de competencia de la propia autoridad suprema.

De la misma definición del “soberano” efectuada en las normas jurídicas surgirán las propiedades (materiales o formales) que el orden de esa sociedad le ha adjudicado. Es obvio entonces, siempre de conformidad con ello, que el “soberano” tendrá siempre y por definición algún tipo de límites jurídicos.

2.2. El modelo de Theodor Geiger

Para la explicación de lo que significa “tener obligación jurídica” en la concepción de T. Geiger, se impone establecer algunas precisiones previas.

Para Geiger todo orden social puede ser descripto a partir de correlaciones de la conducta humana dentro de un grupo social.

Tales correlaciones seguirían un modelo en el cual, dada determinada situación característica (s) se producirá una respuesta tendencial típica de los individuos del grupo (g). Este esquema del comportamiento humano-social, da lugar a la producción de ciertas expectativas, que hacen que la conducta no esperada sea considerada como desviada o “tabú”(t). Gráficamente:

Conducta normal: $s \rightarrow g$; Conducta desviada: $s \rightarrow -g(t)$

Para una consideración empírico-descriptiva de la sociedad Geiger sostiene que como tal ella sólo existe en tanto socialización activa, lo cual torna parcial cualquier análisis de la misma en términos estáticos.

La frecuencia con que los modos del comportamiento se presentan es la que establece el marco que, a su vez, permite describir objetivamente la vida del grupo social.

El orden de cada situación típica y su reiteración durante un determinado lapso de tiempo, la hacen aparecer desde el punto de vista de un observador externo como una cierta “regularidad”,⁷⁸ pero ello no significa decir que la conducta social resulta conforme a reglas

Geiger efectúa una primera distinción dentro del concepto de “orden” diferenciando la regularidad propia de la naturaleza de la que se establece por la convergencia de la conducta de los miembros del grupo o sea la que es producto de la frecuencia de acciones humanas voluntarias y convergentes.

La expresión “ordenamiento social”, según Geiger, remite a representaciones de un sistema de normas, conforme a las cuales se configura la vida social porque sus miembros las siguen.⁷⁹ Por eso, se hace necesaria la distinción entre el “orden efectivo” de la conducta social respecto del “sistema de normas” que la regulan y también entre “norma subsistente” y su “expresión verbal”.

La vida social y su organización están determinadas por un conjunto de normas verbales que presentan un cierto orden jerárquico, es decir, por un “estatuto”.⁸⁰

Dentro de este estatuto existen normas que establecen la organización de su estructura (*Vgr*: designa miembros con determinadas funciones y establecen competencias) y otras que determinan la forma de organización de las acciones o el obrar (*Vgr*: fija derechos y obligaciones de sus miembros, sanciones para el caso de incumplimiento, etc.).

Ahora bien, ni toda conducta regular constituye una norma ni cualquier norma que exista en el grupo se encuentra expresada verbalmente. Decimos, según Geiger, que una norma existe cuando el modelo de conducta que prevee se presenta con el carácter de “obligatoria” o de ser “vinculante”.⁸¹

Una norma establecería de este modo, que la conducta típica (g) como respuesta a una característica situación (s) es “obligatoria” o “vinculante” (v) para una cierta clase de destinatarios (AA) ante los cuales, se presentan ciertos beneficiarios (BB) de esa misma conducta que pueden también estar determinados o no. Gráficamente:

$$(s \rightarrow g) \vee AA/BB$$

La proposición normativa es, para Geiger, la representación expresada con palabras de un determinado lenguaje, de la relación precedentemente indicada o sea:

$$w(\text{proposición normativa}) = (s \rightarrow g) \vee AA/BB$$

Es importante esta distinción, porque una “norma” puede existir sin ser expresada con palabras y porque, no toda expresión formulada en un determinado lenguaje, aunque tenga la forma gramatical de una proposición normativa, corresponde necesariamente a una norma.⁸²

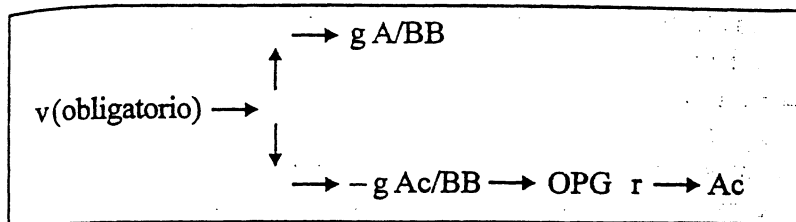
Por esta razón, Geiger se manifiesta contrario a la idea de que una norma constituya una “orden” o un “imperativo” porque pueden existir normas que al ser expresadas verbalmente sólo constataren la existencia de una norma subsistente o fundada en la costumbre. En tales casos se carece, como sucede con los imperativos, de una instancia ordenadora precisa y delimitada.

Esta afirmación tampoco lleva implícita una posición similar a la del denominado realismo escandinavo⁸³ o sea sostener que la validez de una norma obedezca, única y exclusivamente, a un componente metafísico, mágico o irreal.

Por el contrario, la idea normativa de “obligatoriedad” o “vinculatoriedad”, posee un fundamento discernible para Geiger porque “El desprecio hacia la norma no anula su obligatoriedad”.⁸⁴

Si en general, la mayoría de los destinatarios de una norma se comportan como ella lo establece y si, simultáneamente, algunos no lo hacen así, pero se reacciona en su contra con consecuencias desagradables, se terminará por conformar (por la propia idea de la mayoría) lo que Geiger denomina: “opinión pública del grupo” (OPG). Esto determina un nuevo modelo de correlación de conductas caracterizado del siguiente modo:

- a) La existencia de una norma que impone a todos los destinatarios la obligación de actuar: $s \rightarrow g$;
- b) La verificación de que ante el hecho de su inobservancia por parte de algún o algunos destinatarios determina con regularidad cierta reacción (r) por parte de la OPG. Gráficamente:



La conducta obligatoria para Geiger no es de este modo una de las dos opciones sino que ella esta constituida por “la alternativa misma”.⁸⁵

La obligatoriedad es de ese modo, una magnitud numéricamente mensurable determinada por la resultante entre la cantidad de casos en que la norma es acatada (porque se cumple o existe una efectiva reacción ante su incumplimiento) y el número de casos en que los destinatarios de la norma se encuentran ante la situación típica (s).

En definitiva, para Geiger la obligatoriedad de una norma es una relación establecida: “...para el pasado, sobre la base de la estadística de la moralidad o de los crímenes; para el futuro, como coeficiente de probabilidad”.⁸⁶

La cuestión se delimitará finalmente, dentro de un estadio desarrollado del grupo, cuando la reacción u opinión pública del grupo (OPG) se traslade hacia una instancia organizada de modo centralizado que, en definitiva, quedará constituida por los llamados organismos jurisdiccionales.⁸⁷ Estos harán más eficiente la presión social por la observancia de la norma.

Como puede advertirse, el modo de conceptualizar la obligación jurídica, desde el punto de vista sociológico deriva, en este autor, de la circunstancia de que el orden social no se instaura a partir de un esquema vertical “soberano-súbdito” (Austin-Heller) ni de “norma suprema-personas” (Kelsen). Ello dependerá de otra circunstancia, a saber: de la interdependencia social que establece como necesaria una cierta coordinación de la conducta humana.⁸⁸

Sin embargo, si esta explicación resulta aceptable para el caso de las denominadas “normas subsistentes” y sus correspondientes “proposiciones normativas declarativas”; no lo es en el caso de la “Constitución” en tanto caso típico de una “proposición normativa proclamativa”, para expresarlo con palabras de Geiger.⁸⁹

En efecto, la sociedad de derecho, como la llama Geiger, es una forma de organización en la cual, la propia interdependencia se encuentra concentrada en un poder central. Este poder central puede perfectamente ser detentado por un individuo, un grupo de individuos, o consistir simplemente en una "configuración impersonal".⁹⁰

Como lo colectivo no puede actuar por sí mismo, necesita que su manejo sea efectuado a través de ciertos individuos que asumen el rol de administradores de los medios.⁹¹

La probabilidad de que estas normas sean acatadas voluntariamente no depende, en muchos casos, de la fuente en la que se han originado. El sólo hecho de que la mayoría de los miembros de la sociedad adecúen sus conductas a ellas, constituye un factor más, para actuar de conformidad con lo dispuesto por ellas.⁹²

Por su parte, los portadores de dominio establecen ciertas normas (proposiciones proclamativas) con las cuales no sólo pretenden determinar la conducta del resto de los miembros sino, además, establecer las acciones oficiales de los individuos que forman parte de la instancia jurisdiccional.

Esta última instancia ejecuta las sanciones previstas en las normas y, de ese modo, se conforma el denominado "ordenamiento jurídico". Este último, no es otra cosa que: "...la legitimación de las relaciones intercurrentes de poder dadas entre los distintos grupos políticos de la sociedad de derecho".⁹³

Geiger sostiene que debe terminarse con la idea de la incompatibilidad entre "derecho" y "poder" porque tal disputa es en definitiva una cuestión vinculada a la forma en que ambas expresiones son definidas y, como se sabe, las cuestiones de definición son, en determinado sentido, arbitrarias.⁹⁴

Dentro de lo fáctico, no existen en la sociedad relaciones entre individuos que posean todos los factores de dominio frente a otro que carecen totalmente del mismo o "son susceptibles de ser descritos por su vinculación con determinado contexto histórico". Ello no implica que sea imposible definir "Derecho" de modo compatible con el "poder" porque, para Geiger, el primero sólo constituye una regulación del ejercicio de este último.⁹⁵

Pero, ¿qué es entonces una "proposición normativa proclamativa"? La referida proposición se establece cuando el portador d

dominio estatuye, mediante palabras u otros símbolos, cierto modelo futuro de conducta a seguir en el mismo ejercicio del dominio.

Así, al dictar una Constitución (en sentido jurídico-positivo) el “soberano” promete programáticamente, para emplear la expresión de Geiger, que las conductas de los integrantes del poder seguirán, en adelante, ciertas pautas señaladas precisamente por esa misma proposición.

Como puede verse, contrariamente a lo que sucede con la proposición normativa “declarativa” (que se limita a expresar con palabras lo que ocurre regularmente en el grupo), esta última, tiene un carácter “prospectivo”. Tal carácter “prospectivo” posee, según Geiger, un reverso: La expectativa de comportamiento que despierta en el grupo la propia proclamación de la norma y una cierta disposición a la resistencia, si se verifica una conducta desviada respecto de lo proclamado por parte de los individuos que detentan soberanía.

De tal modo que si las posibilidades de dominio, por parte del grupo portador de los medios, no fue advertida antes de la proclamación de la Constitución, cualquier intento contrario a ellas encontrará dos limitaciones (LJ) fundamentales:

- a) El abstenerse, por parte de ellos, de realizar conductas de dominio no sometidas a la norma proclamada, producirá expectativas y resistencia potencial por parte del resto del grupo. Expectativa y resistencia potencial la convertirán de ese modo en una “institución jurídica del propio Estado”,⁹⁶
- b) además, con la formación de los órganos especializados, ciertas conductas (propias del dominio) no serán ejercitadas en forma directa por sus portadores sino por los primeros. Esto genera un “saber especializado” que si bien se irá conformando primeramente por las directrices generales dictadas por los primeros, terminará siendo visto (por los componentes del órgano especializado) como una autovinculación objetiva del poder central.⁹⁷ Esto sucede, precisamente, cuando se organiza la propia instancia judicial.

La última afirmación no implica para Geiger, que los detentadores del poder no puedan hacer que se vuelva a la situación inicial (LF).

Lo único que se afirma es que no resultará sencillo lograr la obediencia del cuerpo judicial en su conjunto. Sobre todo si éste se mantiene firme en sancionar toda actividad del portador de dominio considerada como alejada de lo explícitamente proclamado en la Constitución.

La Constitución ha tornado más dificultoso el ejercicio arbitrario del dominio y en ello radica su efecto estabilizador, pero no puede evitar que las mismas, fácticamente hablando, puedan cambiar.

Allí radica según Geiger, la virtualidad de una Constitución positiva y la subsiguiente responsabilidad del poder judicial para impedir que ocurran sucesos como los que se verificaron en la Alemania de Hitler.⁹⁸

En síntesis, que la llamada “auto-obligación” del soberano es posible para Geiger. Tal posibilidad no sólo depende del grupo de individuos sometidos y del que posee los factores de dominio, sino también del conjunto de las funciones jurídico-estatales, en especial, de la instancia judicial.

3. El estudio de las ideas de estos cuatro autores respecto de los conceptos de “soberano” y “obligación jurídica”, permiten llegar a la conclusión que sus desacuerdos son de orden estrictamente conceptual.

Así, el concepto de “autoridad suprema” que establecen Austin y Heller, se encuentra vinculado a una referencia excesivamente restringida de lo que significa tener tal autoridad. Para ellos, el ejercicio efectivo de la dominación de ciertos individuos sobre otros, agota el campo de referencia del término. El correlato necesario de tal afirmación es la no existencia de norma jurídica en ausencia de un individuo o grupo de individuos que “impere” sin sujeción a otro.

La ausencia de tal individuo o grupo de individuos superiores determina la falta de orden, o sea lo que se define como “caos”. La configuración de ese estado de cosas, lleva correlativamente al supuesto “estado de necesidad” que impone nuevamente la presen-

cia de una autoridad con las características descriptas. Ella es, la que posibilita regresar al orden.⁹⁹

Este intento de personificar materialmente a la “autoridad suprema” en un individuo o grupo de individuos que ejercen efectivamente el dominio, es el argumento habitual del discurso de corte “autoritario”, especialmente, entre quiénes atribuyen a esas proposiciones la particularidad de describir contrastablemente la existencia de un orden constitucional en determinada sociedad.

Así, no es extraño encontrar afirmaciones de juristas que intentan justificar un golpe de Estado mediante la suposición de que ciertos individuos poseen un título “...propio de la revolución triunfante y no se considera obligado por precepto alguno que se oponga”¹⁰⁰ o directamente bajo el argumento: “...el poder supremo de la Nación, no está sujeto a límites jurídicos”.¹⁰¹

Del mismo modo, permanece la creencia en la existencia de un “poder constituyente originario y un poder constituyente derivado”,¹⁰² como si, en el primero, existiesen realmente normas que permiten seguir hablando, en sentido técnico-jurídico, de competencia legislativa (PN).

La propia Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, avalando esos mismos “golpes de Estado”, llegó a la afirmación de que los grupos dominantes de la situación fáctica en nuestro país poseían esa suprema capacidad de legislar para todos “por derecho propio”.¹⁰³ Los argumentos que fundamentan tan extremas proposiciones son comunes: se invoca el “estado de necesidad” y la amenaza del “caos” posterior.

En suma, el “soberano” no tiene limitaciones jurídicas porque está más allá de la propia norma jurídica. Cualquier norma de la que pueda predicarse su carácter “jurídico” tendrá que ser producida, según esta teoría, por un individuo o grupo de individuos que ejerzan efectivamente el dominio fáctico absoluto del grupo social.

Sin embargo, es posible sostener que “legalidad” y “dominio efectivo” no son términos coextensivos y no tener en cuenta ello puede, en una explicación jurídica del acontecer, conducir efectivamente a contradicciones o sinsentidos.

Estas expresiones pueden hacer referencia a sistemas normativos organizados bajo un tipo de autoridad fundada exclusivamen-

te en relaciones de dominio de unos pocos individuos sobre otros, pero esa referencia no es suficiente para la caracterización de todo sistema jurídico.

De hecho, cuando se hace referencia a la noción de representación dentro de una proposición jurídica, la palabra “autoridad” cambia su nivel de significación y por ello, resulta desafortunado hacer referencia a contextos tales como “estados de necesidad” o “caos”.

En efecto, no es necesario que cuando se habla de orden surja correlativamente la idea de un conductor material o empíricamente localizado. Así se verifica por ejemplo en muchas formas de organización en que las decisiones son adoptadas de un modo cooperativo sin que pueda ser localizado específicamente quien es el portador del acto de voluntad que determina tal decisión.

En un sistema jurídico poliárquico en donde todos conducen –y por ende, no existen súbditos en el sentido de Austin– existe también una forma de orden y no debe presumirse que ello conducirá, como por imperio de una legalidad natural, al desorden o al caos.

Extendida esta idea hasta abarcar un grupo social en su conjunto, la idea de su conducción se encuentra también íntimamente vinculada con la noción jurídica de “representación”.

La descripción de esta última no podría emprenderse a partir de relaciones causales sino mediante la referencia a ciertas normas que otorgan facultades. A través de este tipo de relación el individuo que confiere esa autorización podrá ser destinatario de imputaciones por consecuencias de acciones emprendidas por el individuo autorizado.

La idea misma de “representación” sería difícilmente susceptible de explicitación, sin recurrir a la presuposición de la existencia de este tipo de normas porque difícilmente tal fenómeno pueda hacerse visible a los sentidos.

De este modo intento señalar que el establecimiento de limitaciones jurídicas al soberano no es un presupuesto de cualquier tipo de orden sino exclusivamente de aquel que es producto de una organización jurídica al que suele denominarse “Estado de Derecho”.

En este último, el soberano es identificado cuando cierto individuo o individuos invisten su representación por presentar aquellas

características establecidas en las normas de la organización jurídico-estatal.

Al ser este tipo de normas las encargadas de definir deliberadamente esa autoridad resulta obvio que ella puede tener un mayor o menor ámbito de poder (PN) pero que por definición cualquier tipo de autoridad se encontrará limitada (LJ).

Así, algunos sistemas normativos establecerán únicamente condiciones formales, más o menos rígidas, respecto de la toma de ciertas decisiones por esta autoridad (*Vgr.* pueden establecerlo por simple mayoría, mayoría absoluta de sus miembros o directamente por plebiscito del electorado) o bien, como en el caso de la Constitución Alemana, privarles de tal poder (PN) mediante una prohibición expresa de realizar determinados actos de legislación. Ello así, porque una limitación formal de la autoridad o una limitación material de la misma, por parte de una norma, es sólo una cuestión de grado.

Podría sostenerse que este tipo de cláusulas constitucionales al fijar límites jurídicos estáticos al soberano son desaconsejables dadas las limitaciones propias de cualquier legislador humano.¹⁰⁴ Sin embargo, el propósito de este trabajo no es abordar el problema de la justificación externa de un sistema jurídico particular y por ende, tal cuestión queda fuera del ámbito de la explicación emprendida.

Por otra parte, si se confundieran esos niveles ello podría dar lugar a caracterizar un sistema jurídico más como un conjunto de excusas que de justificaciones. La gravedad de este tipo de confusiones fue puesta de relieve por Genaro R. Carrió al detallar lo que ocurre cuando se violan los límites externos de cualquier discurso normativo.¹⁰⁵

La verificación dentro del discurso de ciertos teóricos—que invocan la calidad de juristas—de proposiciones que culminan la cadena de explicación de “autoridad” en alguna capacidad o habilidad de un individuo o grupo de individuos para decidir cualquier cuestión dentro en un ámbito en el que no existen normas jurídicas, no nos debe conducir a postular un nihilismo absoluto respecto del conocimiento de aquello que constituye una “norma jurídica suprema” y de las relaciones que a partir de ella puedan instaurarse.

Del mismo modo que no resulta contradictorio afirmar que alguien tenía la obligación jurídica de hacer u omitir algo aunque por deter-

minadas circunstancias (*Vgr.*: falta de prueba de su intervención en la acción), sea improbable que sobrevengan sanciones; tampoco se incurre en contradicción al sostener que una autoridad suprema pueda cometer un acto antijurídico si actúa de modo desviado respecto de la norma que le otorga competencia aún cuando por específicas circunstancias de dominio, difícilmente pueda ser sancionado.

El jurista no podrá negar la existencia de acciones revolucionarias o los golpes de Estado y emitir proposiciones acerca de su desarrollo fáctico. Pero ello no es incompatible con la simultánea afirmación de que, desde la perspectiva de una cierta organización jurídica, tales acciones son emprendidas por personas incompetentes.

El individuo que asume la calidad de Juez, por ejemplo, es tal en la medida en que sus acciones satisfacen los requisitos y condiciones previstos en la norma que le otorga competencia jurisdiccional. Si él mismo no respeta esas órbitas de poder (PN), deja de actuar como tal y sus resoluciones no pueden recibir la calificación de normas jurídicas, aún en el supuesto extremo de que, por particulares circunstancias ajenas al ámbito normativo, logren las mismas ser eficaces.¹⁰⁶

Veremos en el próximo capítulo, al utilizar como ejemplo el denominado “derecho de resistencia”, de qué forma la circunstancia descrita anteriormente es exactamente igual en relación al soberano de una sociedad política e independiente.

NOTAS DEL CAPÍTULO II

¹ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: "Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano" en *El Lenguaje del Derecho-Homenaje a Genaro R. Carrió*, Editorial Abeledo-Perrot, Bs.As., 1983, pp. 157 a 180.

² AUSTIN, JOHN: *The Providence of jurisprudence determined*, Londres, *ob. cit.*, Londres, año 1954, p. 254.

³ AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, p. 254.

⁴ AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, p. 255.

⁵ AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, p. 254. Resulta importante destacar aquí que a través de este argumento aparece por primera vez en la obra de Austin la relación entre límites jurídico y garantías. Parecería evidente que la referencia a límites jurídicos del soberano no es igual en este párrafo con relación a los anteriores. En consecuencia se impone preguntarse: ¿En que sentido podrían constituir los "límites jurídicos" una garantía frente al despotismo siendo que éste por definición no es otra cosa que un poder ejercido sin sujeción a reglas, es decir, sobre la base del entero arbitrio del que posee la suma del poder fáctico del grupo? En el apartado correspondiente responderé dicho interrogante.

⁶ RAZ, JOSEPH: *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, Editorial Universidad Autónoma de México, México, año 1986, pp. 37 y siguientes.

⁷ Lo que quiero sostener aquí es que en el lenguaje jurídico también se usan estos conceptos (por ejemplo, para definir la capacidad civil de un individuo para realizar contratos, etc.) con la misma referencia que en el lenguaje ordinario. Sin embargo, también el concepto de "capacidad" presupone un elemento técnico que es propio del lenguaje de la ciencia jurídica (tal como la referencia a la competencia de la persona para realizar tales actos en términos normativos). Esto último es ambiguo en la obra de Austin.

⁸ HART, H.L.A.: *El concepto de derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Bs.As., pp. 69 y siguientes.

⁹ Esta distinción está perfectamente descripta en el trabajo de W.N. HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Editorial Centro Editor de América Latina, Bs.As., 1968, pp. 36, 67 y siguientes. Allí, se aclara que "una potestad jurídica

(como cosa distinta, por supuesto, de un poder físico o psíquico) es el opuesto de una incompetencia jurídica y el correlativo de una sujeción jurídica”

¹⁰ Conviene aclarar que he transcrito el contenido de la norma tal como lo imagina Ernesto Garzón Valdés (trabajo relacionado en nota 1 del presente capítulo). Sin embargo, las normas de este tipo no aparecen redactadas de esa forma. Un ejemplo de ello puede constituirlo el art. 30 de nuestra Constitución Nacional cuando declara abolidas para siempre las penas de tortura (Ph.p). De allí puede inferirse que S será soberano en todo el ámbito de acciones humanas que no impliquen torturar a un súbdito (-p), pero carecerá de competencia para ordenar “torturar” (p). Este tipo de normas es precisamente el que permite identificar junto a las procedimentales a cualquier autoridad jurídica en tanto “competente” para dictar ciertas normas o dar cierto tipo de órdenes. Ello así, porque la diferencia entre limitación normativa por vía de procedimientos o por contenidos es únicamente de grado.

¹¹ JOHN AUSTIN: *Ob. cit.*, p. 89. En p. 102 de la misma obra, afirma: “Como otra significación de deseo, un mandato es expreso o tácito. Si el deseo es expresado mediante palabras (escritas o habladas), el mandato es expreso. Si el deseo es expresado mediante conducta (o por otros signos que no son palabras), el mandato es tácito.”. Las dificultades de Austin para explicar en términos de mandatos tácitos las órdenes que producen otros individuos a quienes el soberano le delega facultades son insuperables. Tales dificultades han sido descritas en forma excelente por H.L.A. HART en *El concepto de derecho*, *ob. cit.*, p. 80 y siguientes.

¹² Véase a modo de ejemplo: HAURIU, MAURICE, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, 2a. edición, Edit. Reus, Madrid, p. 312; BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Derecho Constitucional*, Edit. Ediar, Bs.As., 1964, tomo I, p. 175; LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la ciencia del derecho Constitucional*, Editorial Alfa, Bs.As., 1953, tomo I, p. 108.

¹³ FRAGA IRIBARNE, MANUEL, *La crisis del Estado*, Edit. Aguilar, 2a. Edición, p. 363; VANOSSI, JORGE A. REINALDO: *Teoría Constitucional*, Edit. Depalma, Bs.As., 1975, tomo I, p. 487; QUIROGA LAVIE, HUMBERTO: *Derecho Constitucional*, Edit. Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, Bs.As., pp. 43 y 45, etc.

¹⁴ AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, p. 254.

¹⁵ AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, pp. 89 y 102.

¹⁶ Es imposible evitar el regreso al infinito porque en las relaciones causales no existe un punto final de imputación. De ese modo, cualquier efecto de una causa puede ser entendido a su vez como otra causa y la cadena no tendría fin. Es cierto que si seguimos con el razonamiento de Austin uno podría contentarse con localizar al So, si es que en realidad los hay. No obstante, Austin muestra que este tipo de criterios posee graves dificultades ya que por ejemplo, en el caso de Repúblicas Federativas como la de E.E.U.U., el autor pretende encontrar el soberano en el “electorado” y ya conocemos las dificultades que esto acarrea (Véase: H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, *ob. cit.* p. 96. También Carrió, Genaro R.: *Notas sobre*

Derecho y lenguaje, edit. Abeledo-Perrot, Bs.As., 3a. edición aumentada, año 1986, pp. 246 y siguientes y nota de p. 277.

¹⁷ En efecto, también puede encontrarse expuesto de igual forma en la obra citada de Juan Bodino (*Ob. cit.*, pp. 46 y 48), y en Thomas Hobbes (Elementos de Derecho Natural y Político, *ob. cit.*, pp. 57/58 y pp. 266/267). Respecto de Kant; Véase: González Vicén, Felipe, De Kant a Marx (Estudios de Historia de las Ideas), Fernando Torres Editor S.A., Valencia, España, año 1984, pp. 61 y siguientes: "La deducción trascendental del concepto de Estado". También: "La Paz Perpetua" del propio I. Kant, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1984, pp. 99 y siguientes.

¹⁸ AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, p. 89.

¹⁹ JENNINGS, IVOR: The Law and the Constitution, 5a. edición, 1959, p. 74.

²⁰ HART, H.L.A.: El concepto de derecho, *ob. cit.*, pp. 25, 76 y siguientes.

²¹ AUSTIN, JOHN: *Ob. cit.*, p. 254.

²² Sostener que una determinada proposición carece de significado es más grave que afirmar que la misma es falsa. Véase: HOSPERS, JOHN: Introducción al Análisis Filosófico, Editorial Alianza Universidad, Madrid, año 1980, tomo I, pp. 34 y siguientes.

²³ Véase: HOHFELD, W.N.: Conceptos jurídicos fundamentales, *ob. cit.*, pp. 68 y siguientes.

²⁴ MARSHALL, GEOFFREY: Teoría Constitucional, Editorial Espasa Universitaria, Espasa-Calpe, Madrid, 1982, p. 33.

²⁵ HELLER, HERMANN: La soberanía, *ob. cit.*,: Existen varios párrafos que podrían ilustrar acerca de lo que sostengo. Cito como ejemplos adicionales el indicado en página 171: "El trabajo del jurista consiste, precisamente, en aprehender, a través de la contemplación de las conductas relevantes para el orden social, aquellas que, por su contenido valioso o significativo, valen como derecho y, posteriormente, interpretarlas y sistematizarlas". En igual sentido véase también: pp. 201, 221, 291, etc.

²⁶ HELLER, HERMANN: *Ob. cit.*, p. 198.

²⁷ HELLER, HERMANN: La soberanía, *ob. cit.*, p. 111. Es importante ver respecto de la crítica de estas concepciones el trabajo de HARTMUT KLIEMT, Las Instituciones morales, pp. 175 y siguientes bajo el subtítulo: "Sobre la forma como influyen los ordenamientos normativos institucionalizados".

²⁸ HELLER, HERMANN: La soberanía, *ob. cit.*, p. 112: "...poder, quiere decir, persuadir a la obediencia por medios adecuados y, en caso necesario, obtener la obediencia utilizando medios propios"

²⁹ HELLER, HERMANN: La soberanía, *ob. cit.*, pp. 113 y 118.

³⁰ HELLER, HERMANN: La soberanía, *ob. cit.*, pp. 114, 120 y 134.

³¹ HELLER, HERMANN: La soberanía, *ob. cit.*, pp. 116, 121 y 122.

³² Es notable la similitud de esta descripción de Heller con respecto a la que efectúa Hegel. Así, este último autor, al definir al poder soberano, afirma que este contiene: "...en sí los tres momentos de la totalidad: la universalidad de la Constitución y de las leyes; la deliberación como relación de lo particular con lo universal; y el momento de la decisión final como autodeterminación, a la cual

retorna todo el resto y de la cual se toma el comienzo de la realidad. Este acto absoluto de autodeterminación constituye el principio del poder soberano como tal, cuyo estudio debe hacerse en primer término”(Filosofía del Derecho, p. 272). Véase también la crítica que Carlos Marx realizó a dicha noción de soberanía en Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel, colección 70, Editorial Grijalbo S.A., México, 1968, pp. 28/29.

³² HELLER, HERMANN: La soberanía, *ob. cit.*, pp. 118, 120, 121 y 145. En estas páginas se observa con claridad la tesis del autor cuando sostiene que la existencia del derecho depende a su vez, de la existencia de una voluntad detrás de las normas.

³³ HELLER, HERMANN: La soberanía, *ob. cit.*, p. 142.

³⁴ HELLER, HERMANN: La soberanía, *ob. cit.*, en p. 187 afirma: “Cada orden de poder es un sistema jerárquico de unificación de voluntad que exige una unidad ausente de contradicciones en su vértice, pero esta unidad ha de entenderse en el sentido de que, en ocasiones de cada uno de los problemas concretos que se conozca, tiene que dar una interpretación única”.

³⁵ HELLER, HERMANN: La soberanía, *ob. cit.*, p. 145.

³⁶ HELLER, HERMANN: La soberanía, *ob. cit.*, p. 221.

³⁷ HELLER, HERMANN: La soberanía, *ob. cit.*, p. 206.

³⁸ HELLER, HERMANN: La soberanía, *ob. cit.*, p. 290.

³⁹ El argumento de Heller para sostener que tal proposición es absurda radica en que es inimaginable que el Estado soberano intente promulgar una tal norma cuando el derecho mismo es una manifestación de la necesidad e inherente a su propia conservación.

⁴⁰ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: “Hermann Heller y John Austin. Un intento de comparación”, Sistema 57, ITS –Noviembre de 1983, Revista de Ciencias Sociales, pp. 37 y siguientes. –El autor sostiene que la divergencia entre Austin y Heller es más aparente que real en los siguientes conceptos: a) En la explicación del problema de la soberanía a partir de la descripción de la realidad social: b) En la noción de derecho positivo como conjunto de mandatos dados por el soberano: c) En el hecho de que ambos ponen especial énfasis en destacar la influencia del hábito de obediencia de los súbditos para la existencia de un orden jurídico: d) Ambos sostienen que la unidad del sistema jurídico tiene como punto de referencia último un acto de voluntad del soberano: e) Los dos tienen la misma dificultad para conceptualizar y hacer compatible su noción de soberanía con el fenómeno político-constitucional de los Estados Federales. Véase también al respecto HARTMUT KLIEMT, Las Instituciones Morales”, *ob. cit.*, pp. 177 y siguientes, sobre los enfoques reduccionistas.

⁴¹ Véase al respecto: GIOJA, AMBROSIO L.: Ideas para una Filosofía del Derecho, Editado por Suc. de Ambrosio L. Gioja, Bs. As., 1973, Sección XVIII: “El mandato y la expresión significativa”, p. 235 y Sección XIX, “El mandato obligatorio”, pp. 253 y siguientes: Especialmente en p. 248 in fine: “...el puro hecho psicológico, es una reflexión que nos pone en presencia de un hecho real, de un momento de nuestra vida, mientras que la reflexión que tematiza el objeto

intencional, es decir, el puro concepto del objeto, es una reflexión que apunta a un hecho ideal, a un sentido con sus caracteres.” y “La reflexión modifica siempre el sentido del acto sobre el que se reflexiona. En consecuencia, la expresión del acto de reflexión no es nunca la expresión del acto sobre el que se reflexiona”(p. 249).

⁴² Véase: HART, H.L.A.: El concepto de derecho, *ob. cit.*, p. 156/157. También: VON WRIGHT, GEORG HENRIK: Norma y Acción. Una investigación lógica, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, págs. 93/95. Un buen ejemplo para mostrar que “obligaciones jurídicas” y “deseos o intenciones” no se identifican es la distinción que la dogmática realiza entre “individuos” y “personas jurídicas”. Estas últimas son consideradas como instituciones. Pues bien, cuando el jurista usa el término soberano puede hacer referencia simultáneamente a los individuos y a la institución en tanto tal. Es decir, que en el caso de las descripciones del jurista se hace referencia fundamentalmente a “hechos institucionales” y no a “hechos brutos” para usar la expresión de John Searle.

⁴³ KELSEN, HANS: Teoría Pura del Derecho, Editorial Universidad Autónoma de México, México, 1979, especialmente notas al pie de pp. 31, 32 y 37 respectivamente.

⁴⁴ KELSEN, HANS: Teoría General del Derecho y del Estado, Editorial Universidad Autónoma de México, México, 1988 (4a. reimpresión). En página 83 expresa: “La afirmación de que una persona está legalmente obligada a una cierta conducta, es un acerto sobre el contenido de una norma de derecho y no sobre acontecimientos reales ni sobre el fuero interno del obligado”.

⁴⁵ KELSEN, HANS: Teoría General del Derecho y del Estado, *ob. cit.*, p. 82.

⁴⁶ KELSEN, HANS: Teoría General del Derecho y del Estado, *ob. cit.* citada, p. 85.

⁴⁷ KELSEN, HANS: Teoría General del Derecho y del Estado en p. 92 dice: “A través de los sentidos no se puede percibir el carácter jurídico de un fenómeno”.

⁴⁸ KELSEN, HANS: Teoría General del Derecho y del Estado, *ob. cit.*, p. 93.

⁴⁹ Véase: KELSEN, HANS, Causalidad e Imputación, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 21, México, año 1976, p. 213.

⁵⁰ Véase: KELSEN, HANS, Teoría General del Estado, Editorial Nacional, México, año 1985, pp. 104/105 en que afirma respecto del jurista que “...su función es conocimiento; su tarea es conocer y comprender, no regular la sociedad”.

⁵¹ KELSEN, HANS: Teoría General del Estado, *ob. cit.*, pp. 104/105, la cita completa dice: “...Así se enseña que, en general, todo debe ocurrir en la medida de lo posible, dentro de los cauces de la juridicidad; pero que el “Estado” tiene la misión de proteger el bien público incluso sin el Derecho y aún en contra del Derecho; dicese que “en caso de necesidad”; pero esto no significa, de ordinario, sino lo siguiente: “cuando así conviene a ciertos intereses políticos contrarios al Derecho positivo”.

⁵² KELSEN, HANS: Problemas capitales..., *ob. cit.*, p. 201.

⁵³ KELSEN, HANS: Problemas capitales..., *ob. cit.*, pág. 195: “De aquí que sea una contradicción el colocar al Estado, en el plano del orden jurídico, por encima de los sujetos, incluso del Estado mismo”.

⁵⁴ KELSEN, HANS: Problemas capitales..., *ob. cit.*, p. 346 donde afirma "Hay que procurar, sobre todo, con mucho cuidado, que desde los primeros pasos de esta investigación en torno al concepto de los deberes del Estado, no se pregunte cómo nacen los deberes jurídicos del Estado, sino cómo deben construirse los deberes jurídicos de la personalidad estatal". Recuérdese que Kelsen no habla en término de "soberano" porque como lo he puesto de manifiesto dicha palabra era considerada por este autor como portadora de una alta carga valorativa que afecta todo intento de circunscribirse al significado representativo dejando de lado el sintomático.

⁵⁵ KELSEN, HANS: Problemas capitales..., *ob. cit.*, fundamentalmente pp. 19 y siguientes.

⁵⁶ KELSEN, HANS: "Sobre el concepto de norma" en Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 21, México, 1976, pp. 202/203 y 212/213 (Este artículo constituye el primer capítulo de la "Teoría General de las Normas"-"Teoria Generale delle Norme", Giulio Einaudi Editore, Torino, Italia, año 1985, pp. 3 siguientes). -Iguales descripciones en "Teoría Pura del Derecho", *ob. cit.*, p. 201.

⁵⁷ KELSEN, HANS: Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.*, p. 208.

⁵⁸ KELSEN, HANS: Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.*, p. 208.

⁵⁹ Esa capacidad o esa competencia "...sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas..." (KELSEN, HANS: Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.* p. 208).

⁶⁰ KELSEN, HANS: Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.*, p. 202.

⁶¹ KELSEN, HANS: Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.*, p. 202.

⁶² KELSEN, HANS: Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.*, p. 204.

⁶³ KELSEN, HANS: Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.*, p. 204.

⁶⁴ KELSEN, HANS: Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.*, p. 208.

⁶⁵ KELSEN, HANS: Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.*, p. 209.

⁶⁶ KELSEN, HANS: Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.*, p. 209.

⁶⁷ KELSEN, HANS: Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.*, p. 209.

⁶⁸ Uno de los ejemplos de esa polémica lo constituye el libro de Hermann Hell que he utilizado como base para este trabajo.

⁶⁹ Puede consultarse sobre este acerto la propia obra de Kelsen: Teoría General del Estado, *ob. cit.*, p. 100; "La concepción del Estado y la Psicología Social (Conferencia especial a la teoría del grupo de Freud)", ensayo publicado en *The International Journal of Psycho-Analysis*, volumen 5, Enero, 1924 y posteriormente publicado en Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 21, México, 1976 (Ver especialmente pp. 256/259). Sobre la diversidad de intensidad de la expresión puede consultarse: ATIENZA, MANUEL: Introducción al Derecho, Editor Barcanova, Barcelona, 1985, p. 32 y siguientes.

⁷⁰ KELSEN, HANS: Teoría General del Estado, *ob. cit.*, pp. 100 y siguientes.

⁷¹ KELSEN, HANS: Problemas capitales..., *ob. cit.*, p. 340. También en Teoría General del Estado, *ob. cit.*, p. 100.

⁷² KELSEN, HANS: Teoría General del Derecho y del Estado, *ob. cit.*, p. 2.

⁷³ KELSEN, HANS: Problemas capitales..., *ob. cit.*, p. 195.

⁷⁴ Kelsen, HANS: Teoría Pura del Derecho, *ob. cit.*, pp. 17 y Problemas Capitales..., *ob. cit.*, pp. 195 y siguientes.

⁷⁵ Kelsen, HANS: Problemas capitales..., *ob. cit.*, p. 340.

⁷⁶ Kelsen, HANS: Problemas capitales..., *ob. cit.*, en p. 196, dice: "...la ley limita el poder del Estado solamente en el sentido de que no le concede, de hecho, un radio de acción mayor del que tiene la voluntad del Estado expresada en la norma jurídica... si no existiesen normas jurídicas, no existirían jurídicamente ni Estado, ni poder estatal...". También más adelante aclara: "...Dentro del marco del derecho formal, no tienen por qué cobrar relieve los factores materiales de la superioridad económica, moral, física o psíquica de un sujeto sobre otro. Enlazar a dos sujetos en una relación jurídica equivale, sencillamente, a equipararlos entre sí como persona, prescindiendo de toda diferencia de poder y de cualquier otra diferencia de hecho que entre ellos puedan existir".

⁷⁷ Véase Kelsen en cita a pie de p. N° 53 en este mismo capítulo.

⁷⁸ Geiger, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, año 1983, p. 46 y siguientes. Para una descripción y crítica de esta concepción: Véase: HARTMUT KLIEMT, Las Instituciones morales, Editorial Alfa S.A., Barcelona, 1986, pp. 185 y siguientes.

⁷⁹ Geiger, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, pp. 50 y 108 y siguientes.

⁸⁰ Geiger, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, p. 60.

⁸¹ Geiger, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 50.

⁸² Geiger, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 50.

⁸³ Theodor Geiger descarta especialmente la versión de la norma como un "mandato independiente" (Véase: Karl Olivecrona, Law as Fact, Copenhague y Londres, 1939. Existe versión en castellano bajo el título El derecho como hecho, Centro Editor de América Latina, Bs.As., año 1976, colección "Filosofía y Derecho", N° 2). Este rechazo se manifiesta especialmente en el desarrollo de Moral y Derecho (Polémica con Uppsala), Editorial Alfa, Barcelona, 1982, pp. 105 y siguientes. En Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, esta problemática se aborda a partir de la pág. 327 y siguientes.

⁸⁴ Geiger, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 61.

⁸⁵ Geiger, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 62.

⁸⁶ Geiger, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 63.

⁸⁷ Geiger, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 65.

⁸⁸ Geiger, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 78.

⁸⁹ Geiger, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 52. Igualmente en Moral y Derecho, *ob. cit.*, pp. 110 y siguientes.

⁹⁰ Geiger, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 311: Es decir que sería una "institución".

⁹¹ Geiger, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 312.

⁹² Puede observarse la anticipación de Geiger a la descripción que posteriormente realizaría H.L.A. Hart bajo la denominación de punto de vista interno de las normas jurídicas (El Concepto del Derecho, *ob. cit.*, capítulos 5 y 6).

⁹³ GEIGER, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 312.

⁹⁴ GEIGER, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 313.

⁹⁵ GEIGER, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 314:

“La situación jurídica no es lo contrario a la situación de poder, sino que es el estado de un poder disciplinado ...derecho significa que el gobierno de la conducta humana sigue caminos regulados”.

⁹⁶ GEIGER, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 309.

⁹⁷ GEIGER, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 337.

⁹⁸ GEIGER, THEODOR: Estudios de Sociología del Derecho, *ob. cit.*, p. 337, cuando afirma que el Poder Judicial Alemán de la época de Hitler: ...contaba con demasiado pocas personalidades, en cuya firmeza desafiante del peligro personal, hubiera podido apoyarse la resistencia colectiva del cuerpo judicial como un todo. En vez de esto, el cuerpo resultó un ejército de depravadas criaturas de la fuerza bruta”.

⁹⁹ Es curioso observar que también la palabra “caos” tiene vínculo con explicaciones de corte teológico. Así el Diccionario de la Real Academia Española (19na. Edición) define “caos” como aquel “estado de confusión en que se hallaban las cosas al momento de su creación, antes que Dios las colocase en el orden que después tuvieron” y también se observa ello, cuando el sentido común otorga a la palabra “necesidad” como “un impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido. Todo aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir...”, lo que está indicando que se hace referencia al nivel de problemas fácticos explicables obviamente por el método causal. Sin embargo, las directrices lingüísticas pueden no ser contradictorias si se realiza una clara distinción de niveles. En efecto, la expresión “necesidad” puede ser usada en el discurso jurídico en el primer sentido indicado (*Vgr.*: delito cometido en estado de necesidad) pero también puede ser utilizado en sentido “normativo” (*Vgr.*: “El parlamento está formado necesariamente por individuos elegidos por la mayoría del electorado”).

¹⁰⁰ DUMM, RAUL E.: “La opinión oficial sobre los poderes de la revolución”, *Jurisprudencia Argentina*, Sección Doctrina -I- 1956, pp. 135 y siguientes.

¹⁰¹ ETKIN, ALBERTO M. “Alcance y Facultades del Poder Constituyente”, *Jurisprudencia Argentina*, año 1957, tomo IV, pp. 15 y siguientes. –También RAYCES, FEDERICO: “Ensayos de Teoría Constitucional”, *Jurisprudencia Argentina*, 1957-III-p. 112; BECERRA FERRER, GUILLERMO: “Facultades de las convenciones constituyentes”, *Jurisprudencia Argentina*, 1957-III-pp. 114 y siguientes. Es importante al respecto: BIDART CAMPOS, GERMAN J: “Actos legislativos del poder ejecutivo “de facto” después de instalado el gobierno “de jure”: su derogación”, en *El Derecho*, tomo 49, p. 895 y “Gravedad Institucional en el Poder Judicial (Remociones, nombramientos y jubilaciones)”, en *El Derecho*, tomo 49, p. 895; BACIGALUPO, ENRIQUE: “Validez de las normas de gobierno de facto después de la elección de las autoridades constitucionales”, en *El Derecho*, tomo 48, p. 869 y CARRIÓ, GENARO R.: “Sobre la legislación “*in extremis*” de los gobiernos “de facto”, en *El Derecho*, tomo 50, p. 129.

¹⁰² ETKIN, ALBERTO M.: "Alcance y facultades del poder constituyente", en *Jurisprudencia Argentina*, 1957 -IV- pp. 15 y siguientes. Véase la crítica de BACIGALUPO, ENRIQUE a Germán Bidart Campos, "Algo más sobre la derogación de la legislación de un gobierno de facto", en *El Derecho*, tomo 49, p. 989 en cuanto distingue la legitimidad "...por la fuerza de un estatuto en cuya legalidad se cree" de la legitimidad "...por la disposición de un poder capaz de imponerse."

¹⁰³ Acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 10 de Septiembre de 1930 (Fallos 158-290 y 208-562).

¹⁰⁴ H.L.A. Hart ha descripto impecablemente las dificultades de previsión que enfrenta cualquier ser humano ante un acto de legislación si se tiene en cuenta su limitado conocimiento sobre las acciones objeto del mismo y su limitada capacidad para comprender adecuadamente sus propósitos. Véase: Hart, H.L.A.; *El concepto de Derecho*, *ob. cit.*, pp. 160 y siguientes.

¹⁰⁵ CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, *ob. cit.*, pp. 261 y siguientes.

¹⁰⁶ GEOFFREY MARSHALL (Teoría constitucional, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1982, p. 103) ha sostenido correctamente que los jueces ante circunstancias de este tipo no deberían actuar con la convicción del hecho irremediable ni con la específica idea de acelerar los acontecimientos prestando adhesión a esos hechos más allá de los poderes o facultades que la norma de competencia les ha otorgado. Un cuerpo de magistrados judiciales ante este tipo de circunstancias debería circunscribirse a renunciar o ser destituido del cargo. La razón de esa afirmación no obedece solamente a un supuesto deber moral del individuo que ocupa el cargo sino a la circunstancia de que ellos asumen la calidad de Jueces en virtud de un sistema normativo que no sólo resulta violado por los que intervienen en el acto de fuerza sino que se pretende su cambio por vías de hecho. Esta última circunstancia resulta sumamente relevante para lo que sostengo ya que precisamente ellos son Jueces en virtud de satisfacer los requisitos establecidos en una norma de competencia que pretende ser derogada o abrogada por acto de fuerza. A menos que ciertos individuos tengan cierta estructura ontológica que los haga identificables como jueces (cosa que resulta absurda) no hay duda alguna que los mismos, desde la perspectiva jurídica, sólo pueden ser calificados como tales, en la medida en que acaten el sistema normativo por cuya virtud ellos asumen el rol correspondiente.

CAPÍTULO III

EL CONCEPTO DEL DERECHO DE RESISTENCIA

1. INTRODUCCIÓN

Como pretendo utilizar el concepto del denominado “Derecho de Resistencia” para demostrar la existencia de un pseudo-desacuerdo entre los autores analizados en los capítulos anteriores, conven-drá efectuar en este apartado una breve síntesis de todo lo explicitado hasta el momento, en relación a las nociones de “soberano” y “limitaciones jurídicas” o “auto-obligación jurídica”.

1.1. En el primer Capítulo dejé establecido que los criterios utilizados por los autores estudiados para la determinación del concepto de “soberano o autoridad suprema” difieren sustancialmente.

1.1.1. Así, mientras Austin y Heller utilizan criterios empíricos (PF) para su identificación, este no es el caso de Kelsen (PN) y, con precisiones adicionales, el de Geiger.

Las variables de apreciación observables entre Austin y Heller, en la medida en que el primero hace referencia a una cuestión de “hábitos de obediencia” mientras que el último remite a “actos de decisión universales y eficaces” no afectan, desde el punto de vista conceptual, esa conclusión.

En efecto, las explicaciones vinculadas con “hábitos” o “decisiones” adoptadas por individuos hacen referencia a estados de cosas empíricamente verificables relacionados con comportamientos regulares del grupo.

En nuestro caso, dichas referencias tienen que ver con relaciones de dominio de unos individuos sobre otros o estados de conciencia (voluntad subjetiva), expresados en un tiempo y lugar determinado, por el individuo o grupo de individuos que poseen tal dominio del grupo.¹

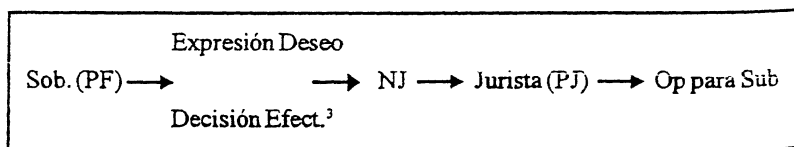
La tarea de investigar la existencia de tales condiciones requiere un método determinado para emprender su verificación y un lenguaje específico para abordar su posterior explicación.

Según la propuesta de estos autores identificar al soberano requiere, según el caso, determinar cómo son las relaciones de dominio existentes en el grupo, o quiénes son los que finalmente deciden por el conjunto. Tal es el criterio definitorio (representativo o semántico) asignado a “soberano”.

Si la norma jurídica es, por definición, un acto de mando o de decisión humana concreta, el jurista deberá limitar sus proposiciones a la determinación de la existencia de tales individuos y de las expresiones de deseos que ellos imponen al grupo en su conjunto.

Por su parte, este sentido representativo adjudicado al término en cuestión se encuentra causalmente determinado (significado sintomático) por la creencia, en tanto estado mental del emisor de la proposición, de que la presencia de este tipo de individuos superiores constituye una condición necesaria y suficiente para la existencia de orden.²

Este criterio, no sólo resulta útil para que los miembros del grupo determinen con certidumbre absoluta quien es el “soberano” y que conducta les requiere, sino que además hace posible la distinción de grupo respecto de otros de organización similar. En términos gráficos



1.1.2. Distinta situación se presenta respecto de los criterios utilizados por Kelsen para definir “soberano”. Si bien es cierto que este autor mantiene el componente de “eficacia” para la descripción de un orden jurídico en su conjunto, este elemento no es suf

ciente para tener tal concepto y correlativamente, determinar quien es el “soberano”.⁴

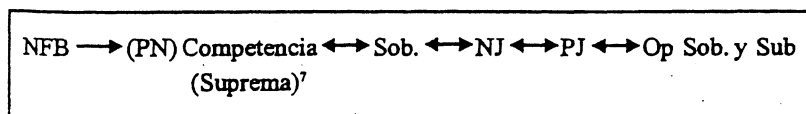
Para la determinación de tal cuestión resulta imprescindible incorporar un componente “normativo” (PN), es decir, la presuposición por parte del individuo que describe el orden del grupo, de una “norma fundante básica”. Dicha norma no significa otra cosa que un “facultamiento” o la otorgación de una “competencia” específica para legislar.⁵

Tal norma jurídica se dirige a la conducta del soberano en tanto “persona jurídica”⁶ perteneciente a un orden jurídico específico y, por ende, es únicamente una construcción de tipo institucional emprendida por el jurista.

Como puede verse, el criterio definitorio elegido por Kelsen resulta más complejo que el anterior y por tanto, restringe el ámbito de aplicación del término “soberano”.

Difiere también sustancialmente la intensión adjudicada a la expresión, porque la referencia a normas de competencias que otorgan “poder normativo” (PN) apunta más a la organización normativa del grupo como una cuestión distinta de las regularidades que son producto del “hábito” o “actos de decisión efectivos y universales” (PF).

De este modo, no todo individuo o individuos que logren ser obedidos por hábito o por contar con medios de imposición efectivos serán considerados “soberanos”. Para que tal proposición sea verdadera debe, necesariamente, apuntar a una norma que permita ver en tales conductas el ejercicio de una potestad o competencia suprema. Gráficamente:

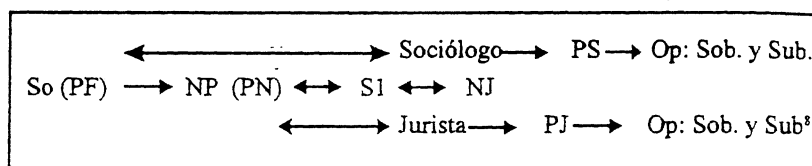


Esta descripción de “soberano” emprendida por Kelsen no es incompatible con las descripciones realizadas por Geiger.

Este último distingue al “soberano” que es parte de un orden determinado únicamente por normas subsistentes y constatativas, de aquel que es producto de la resultante de una combinación de estas

últimas con normas de tipo proclamativas. A este último tipo de orden, como se explicó anteriormente, lo denomina el autor: “Estado de Derecho”.

Su visión de la norma constitucional, en tanto norma proclamada por el individuo o individuos que ejercen el dominio circunstancial y relativo del grupo, se diferencia de la de Kelsen por la circunstancia de que la explicación del acontecer se encuentra a cargo de un sociólogo del derecho, pero ambas proposiciones poseen un aspecto prospectivo. Gráficamente:



Se infiere entonces que teniendo en cuenta las diferencias de nivel, ambas explicaciones del sentido (de una norma fundante básica y una proclamativa) mantienen cierta correlación no siendo tales proposiciones (la jurídica y la sociológica) incompatibles entre sí.⁹

1.2. En el segundo capítulo sostuve que la forma de caracterización de soberano llevaba a los autores propuestos a una distinta noción de lo que significa tener “obligación jurídica” y describí de qué forma, la teoría imperativista no puede eludir la paradoja de la “auto-obligación jurídica” del soberano.

1.2.1. Al vincular el concepto “soberano” con criterios de identificación exclusivamente empíricos (hechos brutos), los dos primeros autores propuestos conciben una norma jurídica como el arquetipo de un imperativo.

Consecuencia de ello es que, al considerar la norma jurídica como la expresión de deseos, estados mentales, inclinaciones de la mente, etc., de los individuos superiores, debe tener necesariamente otros destinatarios.

Tener “obligación jurídica” es, entonces, estar sujeto a las órdenes de otro u otros, y un orden completo tiene que poseer nece-

sariamente algún individuo o grupo de individuos que se encuentren exentos de tal estado de sujeción.

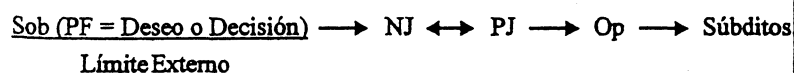
Una norma jurídica suprema, destinada a limitar el poder de este individuo superior, violaría el carácter de alteridad ínsito en la noción de “soberano” y también en el concepto de “obligación jurídica” precedentemente descripto. Tal proposición, dentro de este nivel de explicaciones, conduciría inevitablemente al sinsentido.

En efecto, del mismo modo que no podemos imaginar un individuo o grupo de individuos soberanos sin la presencia de súbditos (caracterizados como únicos destinatarios de sus mandatos), no podemos concebir la idea de obligación sin la presencia de “deseos”, “motivos”, “hábitos” convergentes entre ambas clases de individuos.

Por ende, pensar que el soberano se encuentre obligado jurídicamente (es decir, que sea destinatario de un mandato), tiene que describirse como un estado mental similar al de un individuo que desea auto-sujetarse a cierta pauta de conducta¹⁰.

Es obvio, que desde esta perspectiva la descripción de la situación se torna absurda, porque basta que el individuo desee lo contrario para que tal estado mental desaparezca y, consecuentemente, deje de sentirse obligado. Esto es, por otra parte, aquello a lo que se refiere Hobbes cuando afirma que es imposible establecer límites jurídicos al Leviatan, y algo similar le ocurre a Austin y a Heller.

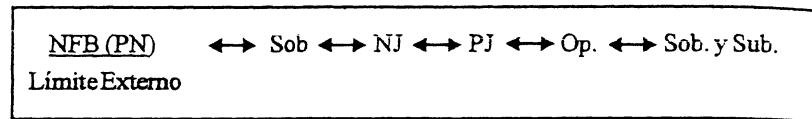
El límite externo de la proposición jurídica es, indudablemente, este tipo de actos volitivos (deseos o decisiones) de individuos superiores. Gráficamente:



1.2.2. La distinta referencia del concepto “soberano” en la teoría de Kelsen, hace que su noción de obligación difiera sustancialmente de la anterior.

En efecto, al versar las proposiciones jurídicas sobre el concepto “soberano”, en tanto autoridad normativa suprema, la descripción

de ella y de lo que significa tener “obligación jurídica” se determina, únicamente, observando la conducta humana en tanto relevante para determinada norma positiva o pensada.¹¹ Gráficamente:



Por su parte, la descripción de Geiger de la “auto-obligación jurídica” en términos de expectativas de conducta que despiertan las proclamas del grupo dominante, no se mueve en el mismo nivel explicatorio de la teoría kelseniana pero al igual que lo expuse anteriormente, dichas nociones no resultan incompatibles sino que guardan correlación.

En efecto, es compatible que una norma suprema sea utilizada como esquema de explicitación de la conducta del grupo dominante y, simultáneamente, dentro del nivel fáctico, se afirme que la “proclamación” por parte del grupo dominante respecto de la forma en que ejercerá el dominio en el futuro, producirá efectos vinculantes (aún en el nivel fáctico), tanto para el emisor como para los destinatarios.¹²

2. EL DERECHO DE RESISTENCIA

La extensión de este trabajo y el exclusivo propósito de utilizar el denominado “Derecho de Resistencia” para ejemplificar sobre lo sostenido hasta aquí, no me permitirá realizar precisas explicaciones históricas acerca de los acontecimientos que provocaron el surgimiento y cambio del citado concepto.

Como lo sostuve en la introducción, el propósito que persigo es indagar si el mencionado derecho de resistir a ciertas órdenes de la autoridad suprema, puede ser considerado como tal un “derecho” en sentido técnico-jurídico; y si él mismo, puede ser calificado como una sanción ante la comisión de un acto antijurídico por parte del soberano de una sociedad determinada.

Por tal motivo, las pocas acotaciones que realizaré en este sentido remitirán a la bibliografía utilizada para ese fin y, en forma especial, a los estudios realizados por González Vicén y Norberto Bobbio.¹³

Precisamente, tomo como punto de partida la definición propuesta por el primero de los autores nombrados concretada en los siguientes términos:

Derecho de resistencia se llama al supuesto imaginario derecho que asiste a un pueblo para no obedecer en determinados casos las disposiciones del poder central.¹⁴

Es dable observar un acuerdo entre los muchos autores que abordaron la cuestión, en el sentido de que este concepto pasó efectivamente por dos etapas históricas fundamentales antes de su configuración actual.

Así, se afirma que el cisma religioso europeo divide ambos periodos, y es definitivamente quien provoca el cambio del concepto.

En la primer etapa, existía una necesaria vinculación entre los mandatos divinos y los contenidos normativos que podía introducir el soberano. Este último, necesitaba del aval o consentimiento de la autoridad eclesiástica, y se afirma que, por ese motivo, se encontraba en estado de sujeción con esta última.¹⁵

La orden de autoridad cuyos contenidos no guardaran correspondencia con los mandatos de la Iglesia, debía ser resistida por los súbditos. Más que un derecho de resistencia, se habla en este periodo de un "deber" en sentido estricto.

La ruptura con tal forma de concebir el derecho de resistencia fue muy lenta, e impuesta por la necesidad de dar cierta estabilidad a las relaciones de dominio que predominaron en el continente europeo con posterioridad al acontecimiento citado.

Así, por ejemplo, se observa en la misma obra de Bodino cierto resabio de aquella idea porque la autoridad soberana en la sociedad política posee no sólo límites fácticos, sino además los que se originan en mandatos de contenido moral o religioso.¹⁶

La situación posterior al cisma, dio lugar a una paulatina sustitución de la idea de que el denominado "orden social" del grupo es un producto de las decisiones de un Dios único omnipotente, y de las autoridades terrenas delegadas.

Pero aún así, la idea de que dicho orden seguía dependiendo de un centro de poder absoluto (PF) no cesó, sino que se produjo una traslación, en términos metafóricos, de su centro de gravedad.

En efecto, el origen de las normas dejó de ser adjudicado al poder eclesiástico, pero iguales atributos de supremacía e independencia fueron utilizados para identificar al monarca absoluto.¹⁷

La reacción en contra de este último sistema de orden provocó el surgimiento de una serie de manifiestos políticos, en donde se postulaba la existencia de ciertos derechos de los súbditos que no se infieren de normas puestas por el monarca, sino que deben deducirse de la propia "naturaleza del hombre o de las cosas".¹⁸ Dichos derechos son caracterizados como innatos, lo que implica que no son el resultado de un convenio ni del mero reconocimiento de la autoridad soberana.¹⁹

La culminación de este proceso de cambio se produce en la denominada "Declaración Universal de los Derechos del Hombre" de la Revolución Francesa de 1789, aunque autores como Jellinek, afirman que su primera manifestación se concreta en los famosos Bill of Rights de 1776.²⁰

El argumento que fundamentaba tal derecho es explicado a partir de un convenio mediante el cual, el conjunto de individuos que componían la sociedad cedieron a otros sus propios medios de poder confiriéndoles, además, facultades para su representación. La condición de validez del referido acuerdo consistía en que estos individuos superiores debían asegurar la efectiva protección del ejercicio de esas capacidades innatas.

De este modo, es posible deducir que tales capacidades innatas no son en sí mismas, motivo de negociación o acuerdo de tal forma que, si esos individuos superiores no pueden garantizarlas, pierden su calidad de "soberanos".²¹

Ciertamente, en la consideración y descripción de estos derechos puede hacerse referencia a la condición del hombre en un doble sentido. En efecto, puede considerarse al individuo como formando parte de la naturaleza (o una relación de tipo causal), y también como persona afectada por cierta legalidad ideal o convencional.

En este último ámbito, propio de la razón práctica del hombre y, por ende, específico de las proposiciones normativas, es donde los términos ordinarios como "igualdad" y "libertad", entre otros, cambian sus recíprocas referencias.

Así, libertad (en sentido normativo) presupone la existencia de la libertad (en sentido natural), ya que sería absurdo concebir la primera sin la posibilidad de que el individuo pueda o no omitir la conducta establecida en la norma ideal.

Del mismo modo, la igualdad (en sentido normativo) presupone la igualdad efectiva de participación del individuo en la elaboración de la norma positiva.

En consecuencia, en lo sucesivo será importante tener en cuenta ambos niveles de referencia de dichos términos, porque ellos pueden cambiar el sentido de las proposiciones que se postulan al respecto.

Del mismo modo, tal como advertí al tratar la cuestión del "Derecho de Resistencia" la proposición que hace referencia a acciones contempladas en normas jurídicas difiere de aquella proposición que alude a diferentes aspectos (fácticos o morales) de la misma situación o contexto de acción.

Frente a la regulación positiva del derecho de resistir ciertas órdenes del soberano, se puede reaccionar como lo hizo Bentham,²² considerando tal norma como un absoluto sinsentido.

Pero también puede sostenerse que ella posee significado jurídico y suscitarse, de ese modo, una cuestión posterior sobre la naturaleza de tal calificación: ¿Constituye el establecimiento de este tipo de normas un derecho en sentido estricto?, o ¿Significa su instauración la creación de una obligación o un deber y, en su caso, tal deber es de naturaleza moral o jurídica?

Por último: ¿Podrá concebirse como una autorización, un facultamiento o un permiso otorgado por el orden jurídico al súbdito?

Veamos a continuación las respuestas que los autores estudiados han dado a estos interrogantes.

3. EL DERECHO DE RESISTENCIA EN AUSTIN Y HELLER

Como lo expresé anteriormente, las teorías de estos expositores los lleva a sostener que la autoridad suprema de una sociedad se encuentra, para decirlo de algún modo, por encima o por detrás de toda legalidad en sentido jurídico-positivo.

Es obvio, entonces, que si la autoridad suprema de una sociedad estableciese una norma de contenido similar al del Art. 20 de la Constitución Alemana o al Art. 17 de la Constitución de nuestra Provincia, dejaría automáticamente de ser soberano o, como lo expresa Heller, constituiría algo así como un intento de suicidio

La descripción de esa circunstancia demostraría, según estos expositores, lo absurdo de su establecimiento porque, al perder o limitar el soberano su propia omnipotencia en relación a la forma y al contenido de sus actos de legislación, haría desaparecer su condición de tal y con ello, provocaría la desaparición del orden.

En efecto, tanto Austin como Heller seguirían sosteniendo que el soberano es el único individuo superior que puede dar respuesta al problema del orden del grupo, y si pierde tal poder de imposición o decisión deja automáticamente de ser considerado soberano.

Si tal estado de cosas pudiese verificarse se presentaría, inevitablemente, una situación de anarquía (descrita como caos o muerte de toda organización social). Esta situación no puede durar indefinidamente de tal modo que, bajo el supuesto de un estado de necesidad, se impone, invariablemente, la instauración de otro individuo o grupo de individuos (con las mismas cualidades que el anterior) que impondrá nuevamente el orden al grupo.²³

Conforme lo graficara en el Capítulo Segundo,²⁴ se admite en las explicaciones de Austin y Heller que las relaciones de mando y obediencia existentes entre soberano y súbdito se mueven siempre en el plano del dominio fáctico.

Sin embargo, nada indica que sea imposible para una autoridad suprema de una sociedad política e independiente establecer una norma como N1, y el ejemplo de la Constitución Alemana hace que tal suposición no sea algo meramente imaginario.

Lo curioso del caso es que, una vez instituida la norma (N1), la única oportunidad para su acatamiento por parte de los súbditos de esa sociedad política e independiente se da, precisamente, cuando el soberano dicta la norma N2.

En este caso, desde el punto de vista de los súbditos, pueden darse dos situaciones descritas desde lo meramente fáctico: O bien, obedecen N1, considerando inválida N2 o, por el contrario, hacen lo que prescribe N2 calificando de inválida N1.²⁵

De todos modos, en uno u otro caso, los súbditos siempre obedecerán al soberano, o este logrará imponerse por medios propios, con lo cual quedaría demostrado el sinsentido de establecer la norma N1.

Pero si la descripción se emprende desde la perspectiva del soberano: ¿Qué quiere significar, en tal caso, que además del poder fáctico posee también poder de imposición (PN), siendo que no puede dictar este tipo de normas?

Es más: ¿Qué podrá significar “poder” en este contexto, si efectivamente la autoridad suprema de la República Alemana pudo promulgarla?

Dentro de la descripción de la teoría imperativista se verifica, debido a la referencia de sus proposiciones, que el “soberano” permanece estática y constantemente dentro de un círculo de relaciones puramente fácticas (inexistencia de normas jurídicas) pero con ello, no se alcanza a explicar que, además, posee poder en sentido de competencia o facultad para la creación de normas (PN).

No hay duda que las proposiciones de estos autores son descriptivas (sin entrar a discutir si las mismas son o no contrastables) de situaciones de dominio de un grupo de individuos sobre otros. Pero pese a ello, cabe formular la siguiente pregunta:

¿Aún bajo el reconocimiento de tal circunstancia, se infiere que esos individuos constituyen la autoridad suprema normativa (PN) del grupo en cuestión? o mejor aún: ¿Todo lo que ellos hagan, por el sólo hecho de que lo deseen o decidan, implica un acto de autoridad jurídica que debe ser obedecido?

Si estas preguntas tienen sentido (y afirmo categóricamente que lo tienen), entonces tal descripción resulta parcial porque no se ha logrado pasar desde una explicación en términos de relaciones fácticas a otra en términos de poder normativo y es precisamente este último, en definitiva, el que interesa explicar aquí.

Veamos ahora para probar el acerto anterior, qué puede significar para esta teoría resistir la orden del soberano.

Si la circunstancia permite inferir que el número de los que no obedecen (la resistencia es una forma de desobediencia aunque activa)²⁶ es mayor a la de aquellos que obedecen, entonces el individuo superior habría perdido su calidad de “soberano”. En una

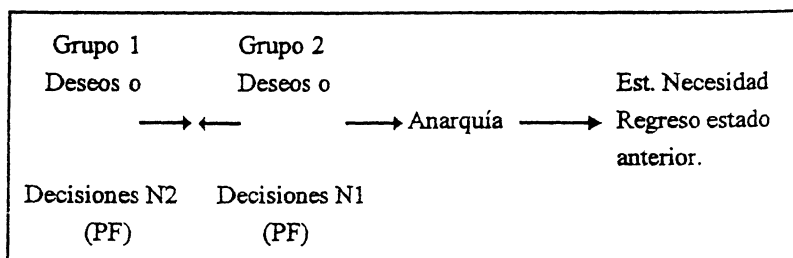
palabra, la calificación de “soberano” recae ahora sobre los que resisten.

Sí, por el contrario, los que resisten son numéricamente inferiores o tienen menor poder (PF) a los que obedecen, entonces, estos últimos serán simplemente “súbditos” expuestos a sanciones por parte de los primeros, y estos seguirán siendo considerados “soberanos”.

Si, por último, ninguno de los dos grupos contendientes alcanza a imponer sus deseos o decisiones y la situación se mantiene en el tiempo, aparece el caos o la anarquía. La anarquía genera un estado de necesidad que lleva a la restauración de un nuevo orden similar al anterior.²⁷

En una palabra, las proposiciones de estos autores acerca del “derecho de resistencia” poseen el mismo sentido que en el lenguaje ordinario se adjudica al término²⁸ o sea: bregar, rechazar, contrariar, ser renuente o contradecir la orden del grupo superior.

Como se ve, la explicación de uno y otro polo de la relación tiene como referencia un mismo plano fáctico. No se hace alusión aquí a ningún elemento normativo. Se trata de una relación de dominio en la que el grupo superior debe mantener —para ser calificado de soberano— el supremo poder de imposición, pues, caso contrario e que resiste, de llegar a ser superior, le hará perder tal carácter. Gráficamente:



Ahora bien, si se reconoce que el soberano por definición posee límites fácticos, entonces resulta evidente que, dentro de ese nivel de proposiciones, lo que se acaba de afirmar es todo lo que puede llegar a decirse del acontecimiento.

La explicación precedente pretende demostrar que tanto el imperativismo como el decisionismo utilizan los términos “poder”

“competencia” indistintamente cuando se refieren al soberano. Sin embargo, cuando hacen referencia a la clase de los súbditos, dichos términos resultan conceptualmente diferenciados.

De esa manera la explicación en términos normativos de la autoridad soberana resulta ser una pseudo-descripción del acontecer desde un punto de vista jurídico. Al parecer la alusión al elemento normativo apunta, en el plano pragmático, a reforzar o conferir fuerza motivadora a la pretensión de dominio de la clase de los soberanos.

4. EL DERECHO DE RESISTENCIA EN HANS Kelsen

Las reflexiones sobre este tema no son abundantes en la obra de Hans Kelsen, y sus ideas al respecto deben ser extraídas a partir del contexto general de su obra.

Es absolutamente claro que en la cuestión vinculada a la fundamentación jurídica del denominado derecho de resistencia a la autoridad soberana, el autor se manifiesta contrario tanto a las ideas del jusnaturalismo, en cualquiera de sus vertientes, cuanto a las del imperativismo o decisionismo antes descriptas.

Según Kelsen para que una acción humana cualquiera, sea calificada como “obligatoria”, “prohibida” o “facultativa”, resulta imprescindible la existencia previa de una norma positiva o pensada que se dirija a tal conducta, con su contenido, haciendo que la misma adquiera relevancia o carácter jurídico-objetivo.

Por esa razón, no existe para el autor un derecho subjetivo *a priori* para resistir la orden de cierto individuo o individuos poderosos si, en forma simultánea, no concurre la posibilidad —prevista en el mismo ordenamiento— de interponer acciones o recursos en contra de tales expresiones de deseos o decisiones.³⁰

En ese sentido, la idea de que existen dos tipos de legalidades (una natural y otra positiva), originada en el pensamiento kantiano, mantiene plena vigencia en la teoría kelseniana.

Como es conocido, Kant sostuvo que todo individuo de la especie humana podía ser considerado como afectado por la denominada legalidad de la naturaleza. Desde esa perspectiva, el hombre constituye un objeto más entre los muchos que existen y lo rodean.

En tal medida toda acción humana es afectada por la naturaleza y, muy especialmente, por pasiones que condicionan la facultad racional y la tornan débil en términos generales.

El conocimiento de este tipo de legalidades es posible por métodos directos y específicos, porque se hace referencia a cierto tipo de acontecer que se encuentra más allá de la propia voluntad del individuo. De este modo, puede entenderse por qué el individuo no es libre por naturaleza.

Por el contrario, vistas las cosas desde un ámbito de legalidad ideal, aquel método tiene que resultar inviable. En tal caso, el concepto de libertad sufre un giro fundamental.

Se transforma en un postulado de la razón práctica entendida, esta última, como una capacidad legisladora propia del hombre por la cual, él mismo, hace posible su coexistencia pacífica con otros individuos cuyos intereses no siempre son compatibles con los suyos.³¹

Desde esta perspectiva, la acción de resistir las órdenes del soberano no puede ser calificada a partir de un derecho conferido por la legalidad natural.

Si el fenómeno de la autoridad y el orden social instaurado fuesen considerados una consecuencia necesaria de hechos relacionados con la naturaleza (en sentido amplio), siempre sería imposible o absurdo pensar que una norma convencional pudiese limitarlos.³²

Sin embargo, si el derecho de resistencia fuese instituido en una Constitución en sentido histórico-positivo, la respuesta no sería tan rotunda o contundente y se impondría realizar consideraciones adicionales.

A ese respecto el mismo Kant definió la libertad del ciudadano, en tanto persona del derecho, como aquel estado "...en el que nadie está obligado a obedecer más que lo que la ley dice..."³³

De tal forma, en un sistema organizado mediante una norma positiva limitativa del tipo N1, esa misma autoridad suprema no podría con posterioridad exigir obediencia a una norma como N2 porque la misma habría sido dictada fuera del ámbito de su poder o competencia (PN). Esa autoridad, en este caso, estaría según Kant limitada por dicha norma, y podría ser resistida "...por medio del Juez".³⁴

Volviendo a Kelsen, el problema planteado parece requerir para su fundamentación de una doble perspectiva.

Como la pregunta por la limitación del soberano puede tener, conforme este autor, un doble sentido según que la misma apunte a una autoridad suprema descrita a partir de una norma lógico-hipotética, o a la que es producto de una primer Constitución histórico-positiva; del mismo modo la cuestión del derecho de resistencia requiere tener presente esa doble perspectiva.

El concepto de soberano en el primer sentido es un concepto estrictamente formal. Soberanía en ese nivel implica “supremacía de competencia” y por tal, entiende Kelsen, la posibilidad de un orden de determinar autónomamente su propio contenido, es decir, sin requerir del facultamiento otorgado por una norma que pertenezca a otro orden normativo superior.

Por ello se concluye que más allá de tal norma de competencia, no existe ninguna posibilidad de explicación jurídica del orden social de cualquier grupo humano.

Tal supremacía de competencia resulta de la presuposición por parte del jurista, de una norma fundante básica cuyo sentido – pese al cambiante tenor literal adjudicado por el autor – es el de un facultamiento en sentido amplio.

Siendo tal límite supremo, como se dijo, de naturaleza exclusivamente formal, y no existiendo fuera de él ningún tipo de acción o recurso en sentido técnico-jurídico, es obvio que resulta imposible ejercer resistencia en el sentido de interponer recursos o defensas legales (RN).

Por otra parte, dicha norma fundante básica no es un acto de creación jurídica en el sentido de que alguien autorizado legalmente la haya producido. Por eso, siempre dentro de ese nivel, tampoco puede representarse su contenido como el establecimiento de una obligación o un deber jurídico.

Más allá del mismo orden jurídico en su conjunto, sólo existen puras relaciones de dominio o relaciones normativas inferidas de un orden moral determinado o determinable. Por ello, según Kelsen, resulta lógicamente imposible en esos contextos extraer normas jurídicas.³⁵

Situación distinta se presenta si abordamos el análisis de un sistema normativo a partir del establecimiento de una primera Constitución histórica.

En efecto, a partir de la instauración de tal Constitución el ámbito de validez, limitado en principio a esa cuestión formal, puede avanzar hasta el establecimiento de límites normativos de tipo material.

Sólo de este modo, en un sentido técnico jurídico, puede afirmarse que ciertos individuos, en tanto componentes de la persona jurídica suprema, tienen obligación de no crear normas de determinado contenido.³⁶

Dentro de la órbita específica del poder (PN), cualquier persona jurídica tiene derecho de resistir ese tipo de órdenes (RN) si y sólo si, existe algún tipo de recurso impetrable ante una persona jurídica con potestad jurisdiccional.

De ese modo, únicamente, la conducta de ordenar p puede (PN) ser considerada un acto antijurídico y, por ende, serle imputable al autor de la misma una sanción como consecuencia.

Si tal organismo jurisdiccional no existe, el concepto de resistencia vuelve al ámbito de la legalidad natural o de otro tipo de legalidad ideal (como la impuesta por una moral determinada), y ambas situaciones carecen por sí mismas de relevancia para formar parte de una proposición jurídica.

Tal concepto de resistencia (RF) sólo puede ser explicado en términos de relaciones de fuerza o dominio, característica necesaria y suficiente de cualquier poder fáctico, o bien, ser inferida a partir de alguna norma moral cuyo contenido tampoco es relevante para el orden jurídico en cuestión.³⁷

De la descripción precedentemente efectuada puede verse por qué sostuve que Kelsen no explica la noción de norma ni de sistema jurídico en términos de “hechos brutos”.

La presencia o ausencia de status jurídico asignable a cualquier conducta humana depende, fundamentalmente, de la existencia de normas que poseen el carácter de “hechos institucionales”, o al menos cumplen funciones similares a normas regulativas definitivas del lenguaje ordinario.³⁸

Sin ninguna duda, las ideas de Kelsen han presentado su flanco más débil cuando ha intentado explicar la característica de la norma fundante en sentido hipotético y él mismo concluyó en sus últimos escritos reconociendo que tal suposición partía de un dato falso.³⁹

Sin embargo, esta no es la cuestión del interrogatorio desde el cual partí, ya que, la pregunta que formulé iba dirigida a la indagación del sentido de una norma limitativa del tipo N1, es decir, una norma en sentido histórico-positivo.

Respecto de este último sentido, dentro de la concepción kelseniana, no parece existir inconveniente alguno en sostener que la autoridad suprema pueda encontrarse en situación de destinataria con respecto a esa norma y, en consecuencia, limitada en su poder normativo por un deber de omitir la promulgación de normas con determinados contenidos.

En síntesis, para Kelsen, la palabra “resistir” poseería un doble sentido. En un sentido fáctico, “resistir” aludiría a la posibilidad de acciones que intentan provocar un cambio irregular de la base del sistema. Es obvio, que en tal sentido no cabe apelar a la existencia de un derecho o poder normativo para ejercer dichas acciones. En cambio, en un sentido normativo, “resistir” alude al ejercicio de una facultad conferida por el orden jurídico de interponer acciones tendientes a la derogación de normas promulgadas fuera del ámbito de competencia de la autoridad suprema.

Bajo este último supuesto sería correcto afirmar, proposicionalmente, que el soberano además de encontrarse limitado por el orden jurídico en cuestión (en el sentido, de que el orden define formalmente su propio status jurídico) estaría, además, obligado jurídicamente a no promulgar normas con determinados contenidos.

5. EL DERECHO DE RESISTENCIA EN T. GEIGER

Como se recordará Theodor Geiger sostenía que los grupos de individuos pueden ser clasificados en dos clases, según se rigieran exclusivamente por hábitos y normas constatativas o si, además de estas últimas, su sistema de orden social contara con normas proclamativas. Limitaré el análisis del concepto de resistencia a este último tipo de grupos.

Geiger sostiene que todo grupo con poder coactivo (PF) dentro de un integrado social, posee límites. Tal límite se encuentra en distintas motivaciones, que el resto del grupo tiene para oponerse a ciertas prescripciones que son consideradas impropias o impopulares.

Por cierto, sobre el tipo de motivaciones que impulsa a la gente a dichas acciones el autor no se explaya porque, según dice, se sabe poco y, además, van cambiando según el transcurso del tiempo y los individuos que componen los grupos.⁴⁰

Partiendo de la idea de que el orden de un grupo es producto de esa multiplicidad de fuerzas existentes en el mismo, y ante la inexistencia de un poder absoluto, se impone pensar que una norma proclamativa (como la propia Constitución) será el producto de un compromiso entre ambos componentes del conjunto social.⁴¹

El dictado de una constitución por parte de la autoridad suprema del grupo no constituye, únicamente, la constatación de un hábito de conducta anterior por parte del soberano. Como el mismo Geiger lo reconoce, tampoco su promulgación significa una norma declarativa de tal hábito de conducta.

Este tipo de norma constituye, simplemente, una declaración hacia el futuro que informa al resto del grupo cómo será ejercitada la conducta de dominio por parte del soberano.

Conforme la descripción de Geiger, tal norma expresaría: “Dada cierta situación (s) la respuesta de la autoridad soberana será (g)”. Esa respuesta tendrá carácter vinculante para el que proclama la norma frente a los que se consideran sus beneficiarios o destinatarios.

De tal modo, en el caso de darse una respuesta no esperada (-g), dicha acción será sancionada con una reacción de todos los demás en contra del poder central.

La adecuación de la conducta de la autoridad soberana a lo establecido en la norma proclamada durante un cierto lapso de tiempo producirá la institucionalización de la misma generando un nuevo factor real de poder.

Esa institucionalización de la conducta, según Geiger, se produce por las expectativas de comportamiento que la autoridad soberana despierta en el resto del grupo. El reverso de tal expectativa será la resistencia de los beneficiarios de la norma proclamada, en contra de cualquier conducta de dominio incompatible con ella.⁴²

La opción de la autoridad suprema ante ese tipo de resistencia puede consistir en la búsqueda de un mayor poder (PF) para impo-

ner el resultado deseado, pero dicha búsqueda requiere de tiempo y de ello, infiere Geiger, se desprende el poder estabilizador que posee una Constitución.

De esa forma, la norma constitucional no elimina el poder fáctico en favor del poder normativo, pero este último termina siendo un factor estabilizador relevante de las relaciones sociales dentro del grupo.

La estabilidad de las relaciones de dominio tampoco radica en la posibilidad de resistencia de los que no poseen los factores primarios de poder. Por el contrario, al ampliar sus funciones, el poder soberano tiene que efectuar una división del trabajo y encomendar a otros individuos las funciones de legislación, justicia y administración.

Los componentes de esa organización terminarán adquiriendo una conducta persistente en el ejercicio de tales funciones, lo que torna desfavorable cualquier tendencia a un cambio abrupto, intempestivo o discrecional de la norma proclamada.

Bajo este supuesto, según Geiger, resultan importantes las acciones que desplieguen los que integran el organismo jurisdiccional porque al constatar la conducta desviada pueden (PN) declarar la medida como inconstitucional y resistir dichos cambios por vías legales (RN).

La introducción de este tipo de norma prospectiva dentro del análisis sociológico muestra que, aún dentro de un plano de explicación causal de las conductas de dominio, resulta necesario tener en cuenta la referencia al poder en sentido normativo.

Esta cuestión se hace evidente cuando el autor alude al comportamiento de los integrantes del órgano jurisdiccional en tiempos del Nacional-Socialismo Alemán, afirmando que si ellos hubiesen ejercido correctamente sus competencias, la estabilidad de dicho régimen no hubiese sido posible.

En efecto, si dentro de ese Estado de Derecho la organización jurisdiccional prevista en la Constitución hubiera ejercido el poder (PN) otorgado por la norma proclamada habría existido la posibilidad de ejercer resistencia (RN) ante las decisiones fundadas únicamente en los factores primarios de dominio.⁴³

En esa situación, el único sentido de la resistencia quedó en el ámbito de la mera facticidad (RF), ya que no se contó con la autoridad necesaria (PN) para otro tipo de acciones.

6. Se impone para finalizar este capítulo determinar las conclusiones que pueden extraerse del análisis efectuado:

6.1. En primer lugar, haber tenido en cuenta los diferentes niveles de referencia de los enunciados utilizados por los autores estudiados, permite observar con mayor claridad donde reside concretamente la disputa entre ellos.

En efecto, la distinción de tales niveles permite confirmar que los límites externos de los enunciados sobre la autoridad de Austin y Heller coinciden entre sí pero son diversos respecto de los dos últimos expositores estudiados.

Austin y Heller toman como límite externo del enunciado sobre limitaciones jurídicas, cuestiones vinculadas a la expresión de deseos o decisiones últimas de individuos históricamente localizados (hechos brutos).

Por el contrario, el límite externo de los mismos enunciados, tanto en Kelsen como en Geiger, será una cuestión vinculada a diversas formas de la organización institucional del poder.

Esto no significa en modo alguno que los últimos expositores nieguen el elemento fáctico que subyace a toda relación de dominio de un grupo por otro. Por el contrario, es posible inferir que ninguno de los cuatro expositores estarían en desacuerdo respecto de ello.

En efecto, ninguno de ellos negaría que en todo grupo humano existen relaciones de predominio fáctico de unos sobre otros. Todos afirman que, dentro de ese nivel, siempre existirán limitaciones a la conducta de imposición por parte del soberano.

Tampoco se niega que dentro de esas relaciones puedan existir limitaciones de carácter ético. El propio Kelsen sostendría, que el caso de quien se ampare en un sistema jurídico que haya perdido vigencia para resistir las órdenes del nuevo soberano sería un caso típico de limitación ética y, por ende, dentro de este ámbito tampoco existiría desacuerdo.

La divergencia se concreta únicamente en la adjudicación de sentido de la proposición jurídica sobre limitaciones al soberano.

En este sentido, cabe concluir que la referencia a límites institucionales que definen la autoridad soberana, es lo que establece las diferencias fundamentales entre uno y otro tipo de proposiciones.

En efecto, si el enunciado sobre la posibilidad de limitación jurídica del soberano apunta a la verificación de elementos tales como deseos, motivos, intereses, decisiones, etc., de determinados individuos poderosos; y si, además, se explicita que la expresión de tales estados subjetivos son los únicos elementos a verificar para acreditar la existencia de normas jurídicas, no hay duda alguna que la respuesta al interrogante será siempre negativa.

— Pero si, por el contrario, lo que importa indagar para verificar la existencia de tales limitaciones jurídicas es la adecuación de la acción a lo descrito en normas positivas, la respuesta puede ser diversa.

En efecto, si se tiene en cuenta que el soberano resulta definido en cuanto a sus atributos por la propia norma constitucional, el status jurídico de sus acciones depende de su adecuación o no al contenido de ella.

En oportunidades, la atribución de competencias específicas pueden circunscribirse al establecimiento de procedimientos (o límites formales, tales como el lenguaje en que las órdenes serán expresadas, procedimientos para la promulgación de reforma, etc.). Tales limitaciones permiten a los destinatarios distinguir órdenes genuinas de autoridad de aquellas que no lo son.

Otras normas constitucionales pueden avanzar más allá del mero rito procedimental, y establecer ciertas prohibiciones para impedir definitivamente la reforma de normas con determinados contenidos.

La diferencia entre las primeras y estas últimas siempre será de grado, porque ambas introducen criterios normativos definitorios de lo que constituye para el orden jurídico-positivo una autoridad soberana.

Así, por ejemplo, cuando una Constitución establece que la autoridad soberana está constituida por una Asamblea Constituyente y determina su forma de integración; los procedimientos a seguir para la correcta promulgación de reformas; y fija (contingentemente) algún límite material (*Vgr*: prohibición de ordenar o autorizar torturas como en el supuesto del Art. 30 de nuestra Constitución Nacional), no hace otra cosa que definir institucionalmente al soberano.

Si llegara a suceder que los integrantes de esa Asamblea no respetaran los límites de esa competencia, la conducta desviada sería calificada como una usurpación de funciones.

De hecho, este tipo de conducta sería imputada a los individuos que pretenden integrar la Asamblea pero que, al no satisfacer los requisitos condicionantes de la norma constitucional, cabe considerar que actúan en tanto personas jurídicas individuales y no como órgano soberano.

En consecuencia, debe interpretarse que las sanciones previstas en normas Constitucionales como las del ejemplo, no tienen como destinatario a la persona jurídica soberana de ese orden.

El destinatario de tales previsiones legales y centro de imputación de sanción no es otro, como se ha dicho, que él o los usurpadores, o sea, personas jurídicas individuales en la explicación kelseniana.

6.2. Simultáneamente quedaría demostrado que, manteniendo con precisión la diferencia de niveles del lenguaje, en ningún momento una explicación por métodos causales puede hacer comprensible el fenómeno normativo de la autoridad soberana.

Ello así, porque dentro de ese nivel la única explicación posible de limitaciones del soberano tiene relación con actos brutos de imposición fáctica y, aunque sea obvio explicitarlo nuevamente, no puede dar una descripción adecuada del elemento institucional propio de cualquier fenómeno jurídico.⁴⁴

De insistirse en esa forma de explicación, todo el razonamiento tenderá indefectiblemente a quedar invalidado y la razón de ello radica precisamente en la imposibilidad lógica de extraer del mero hecho de dominio poder normativo alguno salvo, claro está, que para ello se recurra a argumentos persuasivos no susceptibles de contrastación empírica o lógica.

6.3. De tales desarrollos se desprende que la explicación jurídica del soberano no puede emprenderse sin la incorporación de reglas regulativas externas que, a la par de otorgarle autorizaciones o potestades, lo definan institucionalmente.

El establecimiento de tales normas adjudicativas de competencias (PN) definen en ese mismo nivel (directa o indirectamente), el ámbito formal y material dentro del cual las propias acciones o de-

cisiones del soberano puedan ser consideradas como actos genuinos de autoridad suprema.

6.4. De esa forma, el cambio de la estructura profunda de los enunciados sobre limitaciones jurídicas del soberano tienen que afectar también el concepto de resistencia a las órdenes de esa autoridad.

En efecto, dentro de la exposición de los primeros autores estudiados, el único concepto posible de “resistencia” a las órdenes del soberano, tiene que hacer referencia al nivel fáctico que es propio del significado adjudicado al término por las reglas del lenguaje ordinario (RF).

Por el contrario, en autores como Kelsen y Geiger la diversa referencia de la proposición en su conjunto hace posible ver el concepto de “resistencia” con características normativas. Es decir, como posibilidad —dentro de un sistema normativo— de que los ciudadanos puedan interponer recursos o acciones ante los organismos jurisdiccionales.

Si desaparece toda posibilidad de contar con tales organismos jurisdiccionales, todo retorna al ámbito de las limitaciones fácticas o éticas del soberano.

En este último supuesto, no se advierte diferencia entre unos y otros expositores. Los cuatro considerarán que en el ámbito de lo fáctico, el único significado atribuible al concepto de resistencia es el que le adjudica el lenguaje ordinario.

La diferencia entre unos y otros radicaría en la admisión o no de que esa situación pueda también ser descripta en términos de derechos en sentido estricto.

Austin y Heller sostendrán que los súbditos no poseen tal derecho en forma absoluta, en tanto que Kelsen y Geiger, sostendrían que posiblemente en ninguno de los extremos de esa mera relación de dominio, puede hablarse de derechos en sentido estricto.

6.4. Los dos ámbitos de referencia (PF y PN) de las proposiciones jurídicas sobre las limitaciones del soberano pueden y deben complementarse.

Dicha complementación debe surgir de nuevas y mejores investigaciones de lo que sucede en ambos tipos de relaciones de las conductas humanas.

Sin embargo, no parece correcto confundirlos, como sucede en el caso del imperativismo, porque independientemente de la simplificación excesiva del problema, parecen contener directivas que exceden el marco de lo que puede considerarse como meramente explicativo.

Los problemas normativos vinculados a la autoridad soberana merecen ser considerados de este modo, porque también puede ocurrir que exagerar indebidamente el componente normativo y establecer una tajante separación entre ambos niveles —como parece suceder en el caso de Kelsen— puede también conducir al receptor de tales proposiciones a nuevas y más graves confusiones.⁴⁵

Analizaré estas cuestiones con más detalle en el próximo capítulo y también haré consideraciones sobre algunas propuestas relativas al sentido que debe adjudicarse a las normas constitucionales que otorgan el derecho de resistencia ante determinadas acciones de la autoridad soberana, cuando ellas no respetan los límites estáticos fijados por aquellas.

Llegaré finalmente, a modo de conclusión, a la exposición y defensa de mi propia posición respecto del tema que ha sido objeto principal de esta investigación.

NOTAS DEL CAPÍTULO III

¹ Así por ejemplo, cuando se habla de decisión se hace referencia a estados subjetivos de voluntad o estado interno de la mente, deseos, inclinaciones o simplemente voluntad respecto de un acto. —De todos modos, ninguno de estos autores se refiere a la voluntad que queda en el fuero íntimo de los individuos superiores o miembros integrantes de la unidad de decisión, sino a su expresión porque lo primero no sería verificable más que por el individuo que efectivamente posee ese estado de conciencia. —La expresión o comunicación de tal estado de la mente es la que permite verificar, por parte del que describe lo que acontece, la existencia empírica de ese estado de conciencia o elemento subjetivo interno al individuo poderoso. Véase: Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, *ob. cit.*, pp. 170 y ss. y H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, *ob. cit.*, pp. 89 y ss.

² De la lectura de los textos de Bodino, Hobbes, Austin y Heller propuesta en el Capítulo Primero se extrae sin mucho esfuerzo, que si tales individuos desaparecen, lo que ocurre es que el grupo deja de tipificarse como sociedad política e independiente y hace su aparición un estado de anarquía o caos. El estado de anarquía es el que llevará al grupo como por un estado de necesidad a la restauración de un sistema similar al anterior. También: Bentham, Jeremy ("Anarchical Fallacies", en *Works*, Edit. Bowring, II, pp. 522 y ss. y *The limited of Jurisprudence Defined*, Edit. por C.W. Everett, Columbia University Press, New York, 1945, II, pág. 101 y en "Of Law in general", Edit. por H.L.A. Hart, *Collected Works*, Atholone Press, Londres, 1970, p. 1.

³ En este gráfico debe entenderse por Sob=Soberano; PF=Poder fáctico; NJ=Norma Jurídica; PJ=Proposición jurídica; Sub= Súbditos.

⁴ Puede verse: Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, *ob. cit.*, nota al pie de página N° 121 en p. 211 y ss. También dentro de esa obra véase: p. 217 y "Una Constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales" (*ob. cit.*, p. 219).

⁵ Así, dice Kelsen (*Teoría General del Estado*, *ob. cit.*): "El orden jurídico estatal es creado en todas sus gradas por hombres cuya función creadora está determinada por el orden mismo, desde el momento que las normas de grado superior establecen las condiciones bajo las cuales habrán de ser creadas las normas de grado inferior (*ob. cit.*, p. 339) y "Del concepto de órgano del Estado (cuyo instrumento creador

del orden estatal) faltan uno y otro límite: El de creación de la norma fundamental, porque tal función no es creación jurídica en el sentido de establecimiento del derecho positivo; y el de realizador de los puros hechos, ya no supraordinarios en calidad de normas a ningunos otros, porque tras ellos está precisamente como sistema de normas, el orden jurídico completo...” (*ob. cit.*, p. 342).

⁶ Kelsen lo expresa de la siguiente forma: “...La teoría jurídica muestra que en esta nueva esfera tiene que crearse con sus propios elementos un nuevo sujeto, completamente distinto del “hombre” del sistema de la naturaleza: la persona jurídica, supuesto que se precisa un sujeto como “portador” o “titular” de las funciones específicas de este sistema autónomo... El órgano del Estado como sujeto no es, evidentemente, sino la persona jurídica en relación con la creación o aplicación del Derecho” (Teoría General del Estado, *ob. cit.*, pp. 346 y 347 respectivamente).

⁷ NFB=Norma fundante básica; PN=Poder Normativo; Sob=Soberano; NJ=Norma jurídica; PJ=Proposición del jurista; Sub=Súbditos.

⁸ PF=Poder fáctico convergente existente entre soberano y súbditos antes de la emisión de la norma proclamativa (Existencia de normas subsistentes y constataciones únicamente); NP= Norma proclamativa (Constitución). NJ=Norma jurídica; PS:Proposición sociológica. PJ=Proposición jurídica. So y S1=Soberanos. Sub: Súbditos.

⁹ Lo que me interesa destacar es que si se distinguen los dos niveles de significación (el sociológico y el jurídico) ambas proposiciones son compatibles y, simultáneamente, queda demostrado que aún sociológicamente hablando, es imposible eludir la referencia a instituciones normativas para describir lo que acontece a nivel de la autoridad suprema de un grupo y de sus relaciones jurídicas con el resto de las personas del mismo. Remito nuevamente al ilustrativo trabajo de Hartmut Kliemt, Las instituciones morales, *ob. cit.*, p. 185 y ss.

¹⁰ Un ejemplo de ello constituiría una norma que el soberano dicte y por la cual dispone que le está prohibido fumar. Pues bien, cuando él quiera hacerlo dejará de estar obligado razón por la cual, una norma de ese tipo, al estar dirigida hacia su misma persona, resulta un sinsentido. Al corresponder al soberano en forma exclusiva y excluyente la facultad de establecer normas jurídicas, toda noción de una jurisdicción autónoma o toda forma de ley de carácter privada, y auto-vinculante es incompatible con el concepto de soberanía. –Se ve de esta forma que toda autoridad legal o bien es directa o tiene que surgir de una delegación efectuada por el soberano. Una norma jurídica es tal porque emana, bajo la forma de un mandato del individuo o individuos que poseen la fuerza material completa de imposición dentro del grupo. Por otra parte, la norma jurídica influye de un modo directo sobre la conducta de los súbditos a través de la amenaza de sanción. Dicha amenaza obviamente no puede auto-destinarse al emisor “soberano” porque él podría (PF) dejarla sin efecto cuando quiera. Y dicho estado psicológico lo puede tener cuando desee lo cual muestra, como afirmaba Hobbes, que no está sujeto a ningún otro individuo y que es libre efectivamente.

¹¹ Para Kelsen el mandato emanado del sujeto que ejerce el poder fáctico “...no es otra cosa que el hecho de que la manifestación de voluntad de ciertos hombres

especialmente cualificados (los llamados órganos del Estado), dirigida a provocar la conducta de otros (los súbditos), es determinada por la legislación como condición del deber jurídico... La manifestación unilateral de una voluntad, a la que se da el nombre de mandato autoritario, es únicamente... una condición establecida por la norma jurídica general" (Teoría General del Estado, *ob. cit.*, p. 111).

¹² Pese a la circunstancia de que T. Geiger sostiene que la "validez" de una norma reside en la "chance" de eficacia, o sea la probabilidad de que se determine alguno de los siguientes efectos: o bien la conducta establecida en la norma se realiza o bien, la no realización de la conducta determina la aplicación de sanciones, es obvio que distingue bien un sistema compuesto únicamente por normas verbales constatativas del hábito, de aquel que se encuentra institucionalizado. En estos últimos sistemas la presión social por el cumplimiento se encuentra organizada en forma centralizada "la reacción espontánea es reemplazada por sanciones reguladas" (*Cfr.*: Moral y Derecho Polémica con Uppsala, *ob. cit.*, p. 143). Por eso, para él —al igual que en Kelsen— una norma jurídica no es un imperativo sino un componente más de un estatuto o programa de orden para ser aplicado a situaciones o acciones futuras del grupo (*Cfr.*: *ob. cit.*, p. 149). El resultado de esta explicación es similar a la emprendida por Kelsen, porque en el caso de la Constitución lo que establece es que "...varias personas NN no designadas pero institucionalmente autorizadas..." pueden (en el sentido de estar facultadas) dirigirse a "...un conjunto de personas tampoco designadas, sino tan sólo indicadas como sujetos de una situación hipotética" (*Cfr.*: *ob. cit.*, p. 148). El hecho de que el sociólogo se pregunte acerca del por qué se llegó a dicho estatuto y el jurista sólo describa la forma de organización del orden a partir de su establecimiento, hace únicamente a niveles proposicionales diferentes. Lo importante es que ambos indican la presencia de hechos institucionales insoslayables para la explicación de la autoridad suprema o soberana.

¹³ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe: "El derecho de resistencia en Kant", incluido en Kant después de Kant —En el bicentenario de la Crítica de la Razón Práctica, Instituto de Filosofía del C.S.I.C., Edit. Tecnos, Madrid, 1989, pp. 13 y ss.— BOBBIO, Norberto: El problema es tratado por este autor en varios artículos. A modo de ejemplo Estudios de Historia de la Filosofía (De Hobbes a Gramsci), especialmente el Capítulo titulado: "El modelo iusnaturalista", Editorial Debate, Madrid, 1985, pp. 73 y ss.

¹⁴ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe: *ob. cit.*, p. 13.

¹⁵ Es llamativa la similitud de la descripción histórica emprendidas por Kelsen y Heller respecto de lo relatado. Así, Kelsen ("El cambio del concepto de soberanía", *ob. cit.*) afirma que "...en esa época la mayor parte de los Estados Europeos, desde el punto de vista secular, formaban parte de la Asociación del Sacro Imperio Romano Germánico pero desde el punto de vista espiritual estaban incorporados a la Iglesia, como el Emperador era considerado como Señor Feudal y el Papa como Jefe espiritual de los Príncipes, se dio un periodo en el cual —al menos por lo que respecta a la concepción básica— por encima de los Estados particulares, se elevaba la doble autoridad de un orden jurídico secular y otro espiritual...". Por su parte,

Heller (*La soberanía, ob. cit.*, p. 134) sostiene: "...la conexión estrecha entre positividad y soberanía no se consiguió hasta que se organizó un poder estatal independiente, en el exterior, del Papa y del Emperador y, en el interior, de los Señores Feudales..."

¹⁶ BODINO, JUAN: Los seis libros de la República, *ob. cit.*, p. 85: "...el soberano no es imagen de Dios, el que logre la paz y la armonía deriva de la obediencia de los súbditos a las leyes emanadas del soberano y de la adecuación de estas leyes civiles a las leyes naturales y divinas..."; "...contra Dios y la naturaleza no puede actuar (se refiere al soberano), sería un acto de 'Lesa Majestad Divina...' (p. 53) porque "...todos los principios de la tierra están sujetos a las leyes de Dios y la naturaleza..." (p. 51).

¹⁷ Efectivamente puede verse que Bodino otorga al Soberano los atributos de ilimitabilidad, perpetuidad y absolutez del poder que anteriormente era adjudicado al Papa y por delegación al Emperador durante el periodo denominado del Sacro Imperio Romano (*Cfr. ob. cit.*, p. 46 y 48).

¹⁸ Me refiero aquí fundamentalmente al conocido "Discurso de la Servidumbre Voluntaria o El contra uno" atribuido a Etienne De La Boétie, recientemente publicado en castellano con un Estudio Preliminar, Traducción y Notas a cargo de José María Hernández-Rubio, Editorial Tecnos, Madrid, 1986. Es importante dentro de este histórico manuscrito la referencia, en su primera parte, al dilema del Ulises de Homero utilizado para poner de manifiesto el problema de la servidumbre de muchos en favor del Monarca Absoluto y el por qué, tal poder, debía ser resistido por el pueblo en su conjunto.

¹⁹ Existen muchos ejemplos de este tipo de teorías acerca del derecho de resistencia. Así, por ejemplo, John Locke (*Ensayo sobre el gobierno civil*, párrafo 223) responde con esos argumentos a quienes afirman que enseñar al pueblo a resistir órdenes del soberano, cuando éste los lesiona ilegalmente, es fomentar rebeliones y crear simultáneamente caos e inestabilidad. En la obra y párrafo citado, sostiene que con igual criterio habría que sostener que un individuo honrado no tiene derecho de resistir a un ladrón o a un pirata. Así, afirma: "...cuando en casos semejantes, ocurren desgracias, no hay que culpar de ellas a quienes defienden su derecho, sino a quienes atropellan al de su vecino...". Se pregunta más adelante dentro de la misma cita: "¿Verdad que sería una paz admirable la que reinaría entre el fuerte y el débil, cuando el cordero presentase sin la menor resistencia su cuello para que lo desgarrase el prepotente lobo?". En este párrafo, Locke habla de los abusos de la autoridad soberana en términos de "...violencia ilícita"; "...los que atropellan a sus vecinos..."; "...quien le pone violentamente las manos encima..." y afirma: "No hay que culpar a quienes defienden sus derechos" refiriéndose al derecho de resistencia que adjudica a los ciudadanos.

²⁰ George Jellinek, *Teoría del Estado, ob. cit.* p. 127 y ss.

²¹ Garzón Valdés utilizó el término de "no negociables" para ciertas materias que no eran parte del convenio. Estas materias podrían ser, por ejemplo, el uso de la energía atómica para fines bélicos, los cuales no sólo comprometen la subsistencia del orden estatal particular sino el de toda la especie humana. Por

este motivo, no se piensa en someter dichas decisiones de la autoridad soberana a reglas procedimentales que dificulten su promulgación (*Vgr.* mayoría absoluta o unanimidad de los votos de sus miembros) sino en limitaciones “estáticas” que impidan la discusión definitiva de esa cuestión. En algún modo, esto equivale a prohibir definitivamente cualquier tipo de consideración acerca de la regulación de tal actividad o a eliminar el tratamiento del tema de la forma de organización que adopta la sociedad en particular. (*Cfr.* Garzón Valdés, Ernesto, “Legitimidad y Racionalidad”, Manuscrito utilizado para dictar una conferencia bajo ese título en la sede de la Facultad de Derecho, año 1986).

²² En la obra de Bentham “Anarchical Fallacies” (*ob. cit.*, p. 522) se pone de manifiesto su rechazo en la siguiente frase: “Antilegal rights, the mortal enemies of Law, the subverters of government and the assassins of security—the order of chaos...”, “...right, the substantive right, is the child of— Law; from real laws come real rights”. Se ve también que para Bentham las relaciones de mando y obediencia son el presupuesto del poder supremo y es el que divide de un modo terminante dos categorías de individuos. Ningún individuo puede escapar a esta categorización: sea obedeciendo (súbdito) o ejerciendo el mando (soberano). De tal modo, la relación precitada hace a la existencia tanto de la política cuanto del derecho de un modo inevitable.

²³ Intento mostrar que las relaciones explicativas de la autoridad suprema o soberana propuestas por Austin y Heller se mueven siempre en un plano meramente fáctico: Del concepto de “soberano” (descrito en términos de hábitos o de actos de voluntad efectivos y universales) se pasa al concepto de “obligación jurídica” (descrita como estados de sujeción respecto de otro u otros individuos). De este último, se pasa a la noción de “orden” (descrito en términos de mera regularidad o convergencia de comportamientos) y el producto final es la existencia de una “sociedad política e independiente”. A la inversa, si el “soberano” o la “unidad de decisión eficaz y universal” intenta renunciar a su omnipotencia (PF) por medio de normas que limiten dicha capacidad, ello provocará necesariamente la aparición de “anarquía” (Descrita como un estado de naturaleza en donde los individuos carecen de derechos en sentido estricto). Si tal situación se mantiene indefinidamente determinará por un “estado de necesidad” la instauración de otro soberano similar y así sucesivamente. Es como si todo derecho y toda obligación jurídica debieran necesariamente ser creados y sostenidos por ese poder supremo porque de lo contrario entraría en juego un principio de disolución, como fuerzas centrífugas que forman parte de la naturaleza humana (*Vgr.* carácter antisocial o egoísta de los individuos) que harían imposible la vida en común.

²⁴ Véase Capítulo II, Apartados dedicados al análisis del concepto de soberano en ambos autores.

²⁵ A fin de respetar la terminología de Austin admitamos que “válida” e “inválida” tienen que ver con la pregunta acerca de cuando el soberano dicta órdenes que los súbditos identifican como mandatos dirigidos a ellos.

²⁶ Los juristas hacen distinciones específicas al respecto. Así, por ejemplo, distinguen entre “Resistencia a la Autoridad” respecto de la “Desobediencia” y

el "Atentado" en contra de la misma. Así, con relación al primer concepto algunos sostienen que el mismo está justificado por un "derecho subjetivo natural" de resistir las órdenes de la autoridad cuando las mismas constituyen un acto de opresión. Este derecho, dicen (Enciclopedia Jurídica Omega, Tomo XXIV, Editorial Bibliografía Argentina, Bs. As., 1967, p. 784) "...deriva de un orden de determinaciones que no es propiamente el del Estado, sino aquel otro que la conciencia ha revelado y revela siempre como superior al de las determinaciones estatales". Esta resistencia a la orden considerada opresiva puede ir desde los fenómenos mínimos de oposición a la orden hasta el extremo de la insurrección". La desobediencia, por el contrario, es ajena al ámbito de la fuerza física, es básicamente "dejar de prestar asistencia a un requerimiento de la autoridad, o en virtud, de un deber legal" (Véase: Enciclopedia Jurídica Omega, *ob. cit.*, tomo VIII, p. 601). Por último, atentar contra la autoridad es afectar de algún modo la voluntad del funcionario imponiendo la voluntad del particular para que aquel no actúe con la libertad y decisión propia del cargo que ocupa o sea que consiste en una acción de un particular contra la administración estatal que sanciona a "quien coacciona la voluntad de un funcionario (o asimilado a tal) para hacerle ejecutar u omitir un acto propio de sus funciones específicas" (Enciclopedia Jurídica Omega, *ob. cit.*, tomo I, p. 935).

²⁷ Es útil aquí recordar la situación que dio fundamento a las ideas de Michel L'Hopital ante el interminable conflicto entre Hugonotes y Papistas. Como la guerra no cesaba por el similar poderío de los contendientes se sostiene que éste afirmó: Ya que no podemos salvar la religión al menos salvemos el Estado. (Véase: Tooles, M.J.: El pensamiento político y la tolerancia religiosa en Historia del Mundo Moderno, Cambridge Univ. Press, Barcelona, Edit. Sopena, tomo III, pp. 357/576. También: Neville Figgs, "Las ideas políticas del Siglo XVI en las guerras de la religión", Cambridge Univ. Press, Edit. Sopena, Barcelona, tomo II, pp. 623/674). El lema del partido que funda L'Hopital era "Orden y Paz" y apuntaba a una solución definitiva de la lucha entre ambos bandos religiosos sosteniendo: "Si no se salva la Religión, cuanto menos mantengamos en pie al Estado".

²⁸ Resistir no es otra cosa que oponerse un cuerpo o una fuerza a la acción o violencia de otra y resistencia, es la acción o efecto de resistir o resistirse. Como la autoridad es reconocida en términos de hechos brutos resistir es ser renuente en hacer aquella acción que resulta ordenada por el individuo o individuos que dominan al grupo, designaré en adelante a este tipo de sentido del término: Resistencia fáctica-RF (Véase: Diccionario de la Real Academia Española, 19na. edición, año 1970, p. 1138).

²⁹ Como decía Blaise Pascal (Pensamientos, Edit. Orbis S.A., Bs. As., 1984: 157): "Queréis llegar a la fe, y no sabéis el camino ...seguid el modo por donde ellos comenzaron haciendo como si creyeran, tomando agua bendita... Naturalmente eso mismo os hará creer, y os embrutecerá...". Se trata de inducir a la obediencia o hacer actuar, en este caso a los gobernados, sobre la base de producir una creencia a partir de la cual la acción tiende a derivarse obligatoriamente. Es lo que se conoce como decisiones de creer que nos llevan a actuar como si creyésemos en lo que

decimos para generar la conducta deseada. Aristóteles en *Ética a Nicomaco* afirmaba que realizar buenas acciones implica algo así como trepar cuesta arriba (lo que requiere esfuerzo, sacrificio, etc.), por ende, debe crear resistencias. — No obstante, el resultado del esfuerzo es fijar una creencia tal que las acciones o conductas fluyan naturalmente de cada uno como el agua corre cuesta abajo (Para una crítica de esta concepción: DAVIDSON, D., "Mental Events", L. Foster y J. W. Swason (compiladores), *Experience and Theory*, pp. 79/101, Amherst, Mass, University of Massachusetts Press, 1970, donde se critica la idea precedentemente descrita porque tal decisión de creer debe necesariamente ir acompañada de una "decisión de olvidar", es decir, olvidar la decisión de creer).

³⁰ Cfr.: Kelsen, Hans (*Teoría Pura del Derecho*, *ob. cit.*, p. 146 y ss.).

³¹ Cfr.: GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, "El derecho de resistencia en Kant", publicado en *Kant después de Kant* (En el bicentenario de la Crítica de la Razón Práctica) Javier Muguerza y Roberto Rodríguez Aramayo (Eds.), Inst. de Filosofía del C.S.I.C., Edit. Tecnos, Madrid, 1989, pp. 15 y ss.

³² Kelsen afirma que es tan absurdo legislar sobre lo que necesariamente va a ocurrir como hacerlo respecto de aquellas acciones que nunca sobrevendrán. (Cfr: *Teoría Pura del Derecho*, *ob. cit.*, pp. 55 y 105).

³³ KANT, Immanuel: "Lase Blätter aus Kants Nachlass, Mirge-teilt v. R. Reick, en *Altpreussische Monatsschrift*, N.F., Bd. XXI, (1894), p. 626, citado por Felipe González Vicén en *De Kant a Marx* (Estudios de Historia de las Ideas), Fernando Torres Editor S.A., Valencia, España, 1984, p. 51 (Especialmente nota al pie N° 60).

³⁴ Cfr.: GONZÁLEZ VICÉN, Felipe: *De Kant a Marx* (*ob. cit.*, pp. 52 y 96, con citas extraídas de *Lose Blätter*, p. 626): Se observa aquí que la palabra "resistir", en el contexto citado, no es empleada en el sentido ordinario expuesto en Nota 28. Por el contrario, en este párrafo la palabra "resistir" se entiende como la posibilidad de interponer acciones o defensas ante un organismo jurisdiccional. Llamaré a tal sentido: "Resistencia Normativa" (RN).

³⁵ Son varias las citas de Kelsen que se refieren a ello. Así, por ejemplo, en *Teoría General del Estado* (*Ob. cit.*, p. 137) dice Kelsen que de igual modo en que, desde el punto de vista metodológico, la naturaleza debe ser descripta conforme a una legalidad de tipo causal "... desde el punto de vista jurídico, no hay, no puede haber más que Derecho y sólo puede ser "dado" lo que puede determinarse con arreglo a la propia legalidad específica del Derecho: la ley jurídica... al afirmar la unidad del punto de vista se afirma, al propio tiempo, la unidad y la unicidad del sistema, la exclusión de todo otro sistema ya sea el de la naturaleza o cualquier otro sistema normativo...".

³⁶ Así, generalmente toda Constitución Positiva establece lo que podríamos denominar ámbito formal de competencia o el procedimiento de su propia modificación estableciendo los requisitos que un individuo debe satisfacer para poder ser miembro integrante de esa persona jurídica (edad, capacidad mental, residencia, etc.); las distintas formalidades procesales del acto de modificación (*Vgr.* mayorías requeridas para la aprobación o rechazo de cada propuesta, etapas del proceso de

modificación), etc. Pero también, puede establecer la materia dentro de la cual sus resoluciones serán consideradas válidas. Kelsen ha insistido que ello es así porque la conducta humana puede ser afectada o tener relación con el orden jurídico de tres modos distintos: a) Activa: cuando el individuo se encuentra sometido a la norma; b) Pasiva: cuando produce o participa en la producción o creación de normas y c) Negativa: cuando el mismo se encuentra libre respecto de ella (Cfr.: Teoría General del Estado, *ob. cit.*, pp. 197/198). En el caso que tratamos aquí puede simultáneamente caracterizarse como una relación activa y también pasiva frente a la norma, en tal medida, su descripción no es completa si se realiza en términos de competencias o facultades sino que además deben tenerse en cuenta las “obligaciones” y “deberes” de los miembros que componen el órgano soberano (Cfr.: Teoría General del Estado, *ob. cit.*, p. 139: la obligación jurídica de un hombre es distinta en este ámbito: “No hay duda que en aquella, en un sentido técnico, existe también la obligación de ciertos hombres –los órganos legislativos y jurisdiccionales del orden inferior– de no crear normas de determinado contenido”).

³⁷ Kelsen sugiere esto en varias partes de su obra. Incluso llega a afirmar que sin Tribunales no puede hablarse de orden jurídico. Según su concepción “...son elemento esencial del derecho objetivo los Tribunales de Justicia. En las comunidades en que no existen Tribunales de Justicia podrá haber usos sociales, hábitos y prácticas, podrán los imperativos morales surgir efectos en algunos casos, pero sólo podrá hablarse de “Derecho” allí donde existan Tribunales de Justicia, aunque sea bajo la forma más primitiva y rudimentaria” (“Problemas liminares de la teoría jurídica del Estado”, *ob. cit.*, p. 224).

³⁸ Cfr.: Hans Kelsen, “La concepción del Estado y la Psicología Social (Con referencia especial a la Teoría del Grupo de Freud)” (*ob. cit.*, p. 253). En este artículo es especialmente destacable su distinción entre “grupos primitivos variables” respecto de los que denomina “grupos artificiales estables”. Los primeros son caracterizados por tener un líder efectivo mientras que los segundos reemplazan al líder por una idea. Esta idea da lugar a lo que Kelsen llama “organización”: “La organización y la institución son, señaladamente, complejos de normas, sistemas de preceptos reguladores de la conducta humana...” (*ob. cit.*, p. 254).

³⁹ Kelsen (En: “Die Grundlage der Naturrechtslehre”, *Das Naturrechts in der Politischen Theorie*, Wien, Springer Verlag, 1963, pp. 119 y ss; citado por Alberto Calsamiglia, Kelsen y La Crisis de la Ciencia Jurídica, Edit. Ariel, Barcelona, 1978 afirmó: “En obras anteriores, he hablado de normas que no son el contenido significativo de un acto de volición. En mi doctrina, la norma básica fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición sino que estaba presupuesta en nuestro pensamiento. Debo ahora confesar que no puedo seguir manteniendo esta doctrina ...la he abandonado al comprobar que una norma (Sollen) debe ser el correlato de una voluntad (Wollen). La norma básica es una norma “ficticia” basada en un acto de voluntad ficticio que realmente no existe”.

⁴⁰ *Cfr.*: Theodor Geiger, *Moral y Derecho (Polémica con Uppsala)*, *ob. cit.*, p. 94.

⁴¹ *Cfr.*: Theodor Geiger, *Moral y Derecho (Polémica con Uppsala)*, *ob. cit.*, p. 100.

⁴² *Cfr.*: Theodor Geiger, *Estudios Preliminares de Sociología del Derecho*, pp. 333 y 335.

⁴³ GEIGER, Theodor, *ob. cit.*, p.

⁴⁴ *Cfr.*: Raz, Joseph, *La autoridad del Derecho-Ensayos sobre Derecho y Moral*, Edit. U.N.A.M., México, 1985, p. 61, parágrafo iv) en adelante. También: Hartmut Kliemt, *Las Instituciones Morales*, *ob. cit.*, p. 174: "...las modificaciones institucionales están siempre codeterminadas por los datos institucionales precedentes y, en esa medida, no se puede actuar nunca en el plano de la conformación institucional con independencia de la historia institucional precedente, condensada en las disposiciones de comportamiento...". Todo intento de interpretar al derecho en término de hechos brutos fracaza porque según Kliemt: "...el poder efectivo de las personas que ordenan (monarca, miembro del Parlamento, Juez) está fundado y limitado a su vez por normas jurídicas. La capacidad de elevar las normas a la categoría de normas jurídicas obligatorias y válidas depende del hecho de que ya existe un sistema jurídico. Por ello, el derecho no puede ser definido como "lo que ordena la persona ordenante" (*ob. cit.*, p. 179).

⁴⁵ Véase al respecto: GUIBOURG, Ricardo A., *Derecho, Sistema y Realidad*. Edit. Astrea, Bs.As., 1986, pp. 21 y ss. (Capítulo II: "Sistema y Entorno"). En este capítulo, se plantean diversos interrogantes que producen ciertas ambigüedades de la teoría kelseniana con su versión de la norma fundante básica. -Uno de ellos, que interesa destacar aquí es: ¿Cual es el momento en que puede afirmarse que la revolución ha triunfado, que el antiguo orden perdió su eficacia (y, por consiguiente, validez) y que ha surgido un nuevo sistema normativo? Interrogante cuya respuesta deja Kelsen a la apreciación de cada ciudadano pero, en especial, a los juristas.

CAPÍTULO IV

EL CASO CONSTITUCIONAL

1. Luego del examen de los enunciados sobre limitaciones jurídicas del Soberano, se impone concluir este trabajo estableciendo el sentido jurídico que corresponde adjudicar a la normas constitucionales cuestionadas.

En la Introducción, luego de transcribir el tenor literal de las normas incorporadas a la Constitución Alemana durante los años 1948 y 1978 y, con las precisiones del caso, la del artículo 17 de la actual Constitución de la Provincia de Córdoba, dejé formulados varios interrogantes cuya respuesta corresponde intentar ahora.

1.1. En primer lugar, puse de relieve la existencia de una discusión doctrinaria acerca del carácter de tales cláusulas limitativas. Las dudas de la dogmática constitucional giran alrededor de la posibilidad de entender dichas normas como el establecimiento de un límite estático e inmodificable del núcleo de esas Constituciones.

1.2. En segundo lugar, se discute si es posible considerar los dispositivos legales que otorgan el derecho de resistencia, como el establecimiento de una obligación jurídica impuesta a la propia autoridad soberana que la promulgó, para el supuesto de que la misma intente dictar normas cuyo contenido sea incompatible con aquella.

1.3. En tercer lugar, una vez determinado el sentido del término “vigencia” incorporado en el tenor literal del artículo 17 de la Constitu-

ción de la Provincia de Córdoba, formulé el interrogante acerca de la viabilidad del ejercicio del derecho de resistencia ante el hipotético supuesto de que futuros constituyentes intenten modificar o derogar dicha norma, o cualquier contenido que forme parte de su núcleo, mediante el procedimiento previsto para ello.

1.4. Si la pregunta anterior fuese contestada afirmativamente, se impone otro interrogante: ¿Quién será el que aplique las sanciones establecidas en dicha norma, y cómo sería posible el ejercicio de tal derecho frente al cambio deliberado y no violento de esos contenidos? o en otros términos: ¿Quién será el que decidirá en definitiva tal conflicto?

Mis tesis, brevemente anticipadas en la misma Introducción, se concretan en los siguientes términos:

- i) Que el tenor literal de esos dispositivos no constituyen un sin sentido, y que las proposiciones acerca de ellas poseen plena significación jurídica;
- ii) que para la fundamentación conceptual de tales proposiciones no es necesario recurrir al auxilio de fundamentos ajenos a la propia legalidad instaurada;
- iii) que el derecho de resistencia incluido en esas normas constitucionales, con algunas precisiones, constituye un genuino derecho en sentido jurídico-objetivo;
- iv) que el ejercicio de tal derecho es posible y también con algunas precisiones, puede constituir una forma de sanción ante la acción de los individuos que pretenden integrar el órgano soberano, cuando ella excede el marco de competencia material establecida por el orden jurídico en cuestión.
- v) Que el establecimiento de estas precisiones conceptuales sobre el referido problema es una cuestión que supera el marco de interés de los teóricos del derecho, siendo fundamental para comprender diversas actividades de los hombres, cuando ellas entran en relación con sistemas normativos que intentan conformarlas de distintos modos.

2. Es importante dejar establecido definitivamente mi rechazo de toda consideración simple en términos de hechos brutos (tales como deseos, decisiones, habilidades, etc); acerca del significado de “so-

berano” y “limitaciones jurídicas”, cuando ellas forman parte de proposiciones jurídicas.¹

En tal sentido, estimo haber alcanzado suficiente precisión para acordar que la expresión “soberano”, dentro de proposiciones jurídicas, no tiene necesariamente un correlato empírico.²

En todo caso, se puede acordar que la inclusión de tal expresión cumple básicamente una función técnica consistente en presentar, en forma abreviada, un complejo (más o menos amplio) de condiciones de diversa especie.

La frase nominal “El soberano existe”, inserta en la estructura profunda de esos enunciados, debería ser reemplazada por “La persona jurídica soberana existe” para poder observar, con adecuada precisión, lo que intento poner de manifiesto.

Si efectuamos tal sustitución, el término en cuestión no hará referencia a cierta clase de individuos sino a un complejo de condiciones mediante las cuales se pone de manifiesto, jurídicamente hablando, que esos individuos, al satisfacerlas, se encuentran autorizados (PN) para realizar ciertas acciones que deben ser interpretadas como “actos de autoridad”.

Asimismo, dado el cumplimiento de tales requisitos y al igual que en cualquier acto jurídico análogo, de la realización de los mismos se infieren derechos y obligaciones para sus destinatarios.³

En virtud precisamente de ese complejo de condiciones establecidas por el propio orden jurídico resulta posible confirmar que esos individuos pueden (PN), cumpliendo con esos mismos requisitos, establecer disposiciones que tengan como destinatario al mismo órgano jurídico que ellos integran.

Afirmar entonces que el soberano existe, al remitir normalmente a ese complejo de condiciones, determina que las proposiciones dirigidas al mismo requieran —para su calificación de verdaderas— la presuposición de un transfondo de cuestiones como la propia existencia del sistema jurídico; la existencia de una generalizada obediencia a sus disposiciones; la vigencia de un sistema institucionalizado de eventuales sanciones; la probabilidad de su continuidad, etc., etc.

Dicha proposición subyacente consistiría brevemente en lo siguiente:

- 1) Dadas las condiciones C1, C2, C3...Cn establecidas en el conjunto de normas pertenecientes a S1 para que exista soberano (en tanto autoridad normativa suprema);
- 2) Y dado que los individuos I1, I2, I3...In satisfacen tales condiciones;

Entonces:

- C) Los individuos I1, I2, I3...In son "Soberanos" de ese grupo y pueden (PN) ordenar las conductas x, y y z para ser cumplidas por los destinatarios, entre los cuales pueden encontrarse los individuos del propio órgano que la promulga.⁴

Las condiciones establecidas en la primer premisa harán referencia, en oportunidades, a ciertos hechos brutos (tales como capacidades, habilidades, etc.), y en otras, se vinculará con definiciones estipulativas pero, todas ellas, serán establecidas por normas positivas, al menos dentro de una organización que calificamos como "Estado de Derecho".⁵

En suma, todas ellas revestirán la característica propia de "hechos institucionales" que, de ser satisfechos, permiten hablar de "autoridad" y considerar las conductas de tales individuos como "actos de autoridad normativa".

Si ahora avanzamos sobre el sentido de la frase verbal: "...posee (o no) limitaciones jurídicas" que se predica del soberano, debemos admitir nuevamente la existencia de una cierta ambigüedad. Ello así, porque ella puede tener al menos dos significados:

- a) En ocasiones, decimos que el soberano posee limitaciones jurídicas entendiendo por tales, la existencia de ciertas condiciones procedimentales establecidas por la norma constitucional que estipulan el ámbito formal de competencia del órgano. Tales formalidades son denominadas limitaciones formales (LF) y son útiles para identificar una expresión genuina de actos de autoridad, y diferenciarlos de aquellos que no lo son o no los satisfacen.
- b) En otras oportunidades, predicamos la existencia de tales li-

mitaciones, para hacer referencia a normas que tienen como destinatario al propio soberano, y que establecen que la realización de ciertas conductas específicas (tales como la de promulgar normas con determinado contenido) son condición necesaria para negar existencia jurídica a dichos actos o, eventualmente, establecer sanciones por su realización. Tales cuestiones son denominadas Limitaciones Materiales (LM).

Uno y otro sentido adjudicado a la expresión "limitación jurídica", guardan estrechas conexiones entre sí e incluso, como lo expresé anteriormente, es posible entender que tal distinción puede ser, en más de una ocasión, una cuestión de grado.

Así, por ejemplo, si entre las condiciones de existencia del soberano se incluyen normas que fijan procedimientos para la promulgación oficial de otras normas, resulta obvio señalar que para su identificación, es requisito necesario el cumplimiento de los pasos previstos en la misma.⁶

Si, por el contrario, alguna de las citadas condiciones (C1, C2, C3,...Cn) incluye la prohibición expresa de introducir ciertos contenidos en las normas que se intenten promulgar, será necesario afirmar que el soberano posee también límites materiales.

De este modo, como lo he señalado reiteradamente, las proposiciones vinculadas al "soberano" en tanto "persona jurídica", hacen que el sentido de los términos "poder" y "voluntad" cambien rotundamente respecto de las proposiciones del lenguaje ordinario.⁷

La veracidad o no de proposiciones que afirman la existencia de "poder" o "actos de voluntad" del soberano, es una cuestión relativa a las condiciones (formales y materiales) previstas en las propias normas positivas de determinados sistemas jurídicos en vigencia.

En el caso de la norma vigente en la República Federal Alemana, resulta confirmado que su autoridad soberana, a partir de esa promulgación, posee un poder (PN) limitado tanto por condiciones jurídicas de tipo procedimental (LF) cuanto por la imposibilidad deóntica de introducir determinados contenidos mediante reformas que intente promulgar en el futuro, siguiendo esos mismos procedimientos (LM).

Así, se advierte que las proposiciones citadas anteriormente, no se dirigen a la determinación de ciertos estados subjetivos o habili-

dades de los individuos que integran la persona jurídica soberana. Al menos, es posible sostener que ellas no se refieren a tales cuestiones “per se”, sino como una condición más, establecida por el propio orden, para que pueda hablarse de “acto de autoridad”.

Las proposiciones sobre el poder del soberano pueden hacer referencia indistintamente al nivel fáctico (PF), y al nivel normativo (PN) y ambas pueden guardar relaciones de correspondencia entre sí. Pero la existencia de esas mismas relaciones no autoriza confundir ambos sentidos.

Tampoco cabe admitir la omisión deliberada de dicha distinción de niveles con la finalidad de motivar o persuadir a los destinatarios para que hagan o se abstengan de hacer ciertas acciones que se encuentran más allá del orden jurídico vigente.⁸

Concluyo entonces sosteniendo que las normas constitucionales referidas pueden ser descriptas como el establecimiento de limitaciones materiales al poder normativo de la persona jurídica soberana.

Que tal limitación se concreta en el establecimiento de una imposibilidad deóntica de incorporar al sistema jurídico vigente, normas cuyo contenido resulte incompatible con lo establecido en el núcleo de la referida norma constitucional.⁹

3. Un sentido similar al que acabo de adjudicar a tales normas fue sostenido por los Constitucionalistas Alemanes Konrad Hesse y Josef Isensee.¹⁰

El primero de los nombrados sostuvo que los apartados tercero y cuarto del artículo 20 de la Ley Fundamental Alemana fueron establecidos con el específico propósito de evitar que, bajo el ropaje de legalidad, se pusiera en peligro la subsistencia del propio Estado Democrático que resulta reconocido en ese orden jurídico.

Por su parte, Josef Isensee afirmó que, específicamente, el citado 4to. párrafo, al conferir a todo ciudadano alemán el derecho de resistencia, estableció una especie de sanción extrema imputable a la propia autoridad soberana ante la posibilidad (PF) de que, sus futuros componentes, intenten violar la prohibición de reforma.

Garzón Valdés aporta algunas dudas acerca de que el establecimiento de esas normas pueda demostrar la falsedad de las afirma-

ciones de Austin respecto de la imposibilidad lógica (o el sinsentido) de su promulgación.¹¹

También se sostiene que la promulgación de tales normas no pueden constituir un medio idóneo para garantizar el cumplimiento de la finalidad del legislador, es decir, evitar la instauración del despotismo bajo el ficticio aspecto de un acto de legalidad.

Se afirma al respecto, que los argumentos utilizados por la dogmática constitucional resultan poco convincentes para demostrar la imposibilidad denunciada por Austin, y se manifiesta que la debilidad argumentativa radicaría en que ninguna Constitución puede ser sostenida legalmente cuando ha perdido su vigencia, aún cuando para ello se recurra al expediente de introducir este tipo de cláusulas limitativas.¹²

De ese modo, como todo despotismo aparece normalmente cuando la norma constitucional ha dejado de ser eficaz, el sentido de la proposición indicada sería: “no habrá despotismo mientras no haya despotismo”, lo que constituye una tautología que no agrega nada al dilema práctico planteado.

Como tales críticas pueden ser igualmente formuladas al sentido que he adjudicado a las normas referidas, será necesario poner de manifiesto algunas imprecisiones que advierto en las mismas. Ello puede servir para evitar ser alcanzado por aquellas y además, otorgar un marco de mayor claridad a la polémica suscitada.

3.1. En primer lugar, sería necesario especificar adecuadamente a qué tipo de “imposibilidad” se hace referencia en estas proposiciones.

Cuando en ciertos enunciados se utilizan expresiones como “mantener con vida” o “fuerza normativa”, se recurre a mensajes metafóricos que no siempre son felices en un análisis conceptual como el que intento.

Sin embargo, no parece difícil inferir que las mismas tienen relación con cuestiones de índole empírica vinculadas con la eficacia del sistema normativo en su conjunto, o con una norma particular del mismo.

Por el contrario, tal afirmación no es sostenible cuando en el mismo enunciado se utiliza la expresión “prohibición”, porque la misma posee un específico sentido deóntico conectado con normas

que declaren no optativa la realización de ciertas acciones, además de imputar a las mismas ciertas consecuencias.

De este modo, quedaría demostrado que la proposición no incurre en ninguna inconsistencia al afirmar la existencia de una condición deóntica impuesta por una norma válida y, simultáneamente (cuidando el distinto nivel proposicional), sostener que en un ámbito fáctico posterior, dicha norma pueda perder su eficacia (vida, fuerza o vigencia).

Cabría por ende y en este caso, formular el siguiente interrogante: ¿Para quién o quiénes se produce tal pérdida de eficacia (vida, fuerza, vigencia) si por caso, los ciudadanos que eventualmente ejerciten resistencia, llegan a invocar como justificación de sus acciones la validez de esa norma?

3.2. Una vez que llegamos a sostener que el sentido del límite impuesto por estos dispositivos constitucionales asume el carácter de una prohibición y, por ende, la posibilidad de imputar sanciones jurídicas a tales conductas, cabe todavía superar otras críticas¹³.

En efecto, si el sentido adjudicado al 4to. párrafo del artículo 20 es el establecimiento de una extrema sanción para el supuesto de que la autoridad soberana promulgue o intente promulgar normas cuyo contenido se ha prohibido, ¿Cómo fundamentaremos esta conclusión si la misma llega a imponerse durante algún tiempo?

Imaginemos un caso hipotético en el cual una Asamblea Constituyente o sea, la misma persona jurídica soberana que declaró inmodificable el núcleo de esa norma en un tiempo t_1 intenta modificar dicho contenido en un tiempo posterior t_2 y, efectivamente, tiene cierto éxito en mantener la reforma: ¿Quedaría con ello demostrada la imposibilidad deóntica denunciada?

Algunos expositores estarían de acuerdo en sostener que éste es el caso típico de una alteración "...desde arriba" de la propia norma constitucional. Dos son las cuestiones que tal postura no podría explicar adecuadamente, a saber:

En primer lugar, si tal cosa puede sostenerse con posterioridad al tiempo t_2 ; ¿Qué explicación brindaríamos a lo ocurrido, respecto de esa misma norma, en el intervalo de tiempo que transcurre entre t_1 y t_2 ?

Me parece evidente que no podría afirmarse su ineficacia, dada la circunstancia de que tal conducta no se había presentado. No

obstante, nada indica que la proposición acerca de su validez, sea susceptible de falsedad en ese intervalo de tiempo.

En todo caso, para dicho periodo de tiempo, teniendo en cuenta el cumplimiento de las condiciones establecidas en el orden jurídico para la reforma de la norma suprema, es fácil concluir que tal reforma (que estableció la limitación material) tiene validez jurídica.

En segundo lugar, situándonos en el tiempo t2: ¿Cuál puede ser el argumento jurídico-positivo para afirmar que tal reforma se produce “...desde arriba” (como sustentando que es producto de la voluntad de la misma autoridad que promulgó la anterior), si los individuos que tal modificación pretenden, no reúnen los requisitos establecidos en la norma desde la cual se puede inferir su poder (PN)?

Obsérvese que la norma cuya interpretación he emprendido, no establece que para su modificación se requiera únicamente el consentimiento de cierta cantidad de sus miembros (mayoría simple, mayoría absoluta, unanimidad, etc.), además del cumplimiento de ciertos pasos procedimentales.

Sencillamente, además de tales requisitos, la norma establece que ciertos contenidos especificados en ella son definitivamente inmodificables o lo que es igual, que ninguna “autoridad” de tal sistema normativo contará en lo sucesivo con competencia (autorización o facultamiento) para emprender tal reforma.

Por ese motivo, no puede sostenerse que esos individuos —que hasta el momento de emprender la reforma (t1) cumplían con los requisitos para ser considerados autoridad— al efectuar dicha acción en t2 (o sea, intentar cancelar la calificación de esos contenidos), puedan actuar como integrantes de esa persona jurídica soberana.¹⁴

Con apoyo en las normas válidas existentes en t1 podemos sostener la veracidad de la proposición que afirma que tales individuos, al contradecir con su conducta el dispositivo constitucional, no pueden asumir la pretensión de que sus actos sean interpretados como “actos de autoridad”, conforme el orden jurídico O1.

Esto demuestra que la imputación de sanciones no se encuentra dirigida contra la persona jurídica soberana sino contra los individuos que, por no reunir los requisitos legales correspondientes, sólo pue-

den realizar conductas que—en tanto persona jurídica individual—son susceptibles de imputación de la sanción previstas en N1.¹⁵

3.3. Se sostiene que por ser el “derecho de resistencia” la contrapartida de la Revolución, en tanto el mismo se ejerce con la pretensión de restaurar la vigencia de un orden jurídico determinado, se hace necesario indagar por las condiciones de su ejercicio, o verificar si el mismo es efectivamente practicable.¹⁶

Se ha dicho también que para afirmar la existencia de cualquier derecho, deben presuponerse simultáneamente dos condiciones:

- a) La promulgación de la norma por el procedimiento indicado en el sistema legal respectivo y;
- b) la posibilidad de realizar o practicar la acción, que constituye el contenido de la norma promulgada.¹⁷

La primer condición parece haber sido cumplimentada al recepcionarse legalmente tal derecho en el orden jurídico alemán. Resta ver en consecuencia, si la segunda condición puede ser legalmente satisfecha.

Para que tal requisito pueda considerarse cumplimentado se requiere que sus destinatarios (o sea, cualquier ciudadano alemán) posea:

- 1) La habilidad necesaria para ejecutar la conducta establecida como consecuencia (sanción) y;
- 2) que se den las condiciones fácticas que garanticen su realización.

¿Se dan tales condiciones en el supuesto del Derecho de Resistencia?

Se han vertido opiniones en el sentido de que tales condiciones no se presentarían en este caso ya que, por su propia formulación, el derecho de resistencia se encuentra “más allá del orden pacífico estatal”, significa “lucha” o “tomar partido en una guerra civil”. Ello demostraría que el ámbito de todo derecho constitucional positivo “termina donde comienzan los casos extremos”.¹⁸

Frente a tales cuestionamientos resulta necesario defender nuevamente el sentido que adjudiqué a las normas en cuestión.

En primer lugar, si hablamos de “practicabilidad” de la acción (es decir, de la habilidad o capacidad de hecho del destinatario de la norma), no advierto diferencia alguna entre el caso genérico (derecho de resistencia) y el caso del denominado “derecho de legítima defensa” que detenta cualquier ciudadano ante la agresión ilegal de uno o varios individuos particulares.

Por cierto, la ocasión en que la agresión se verifica (en este último supuesto) puede ser de tal grado que torne materialmente imposible al individuo agredido el ejercicio de tal derecho. Pero, no obstante ello: ¿Nos atreveríamos a sostener que tal derecho no existe?

Pienso que ningún jurista dudaría en afirmar que esa imposibilidad material de resistir la agresión (RF), aún cuando fuese constante e insuperable, no tendría ninguna virtualidad respecto de la proposición de que tal norma, por ser válida, otorga legalidad a su ejercicio.

Claro está que, ante esta refutación, alguien podría sostener que la diferencia entre uno y otro caso radica en que, para el último supuesto, siempre existe la posibilidad de ocurrir ante un Tribunal (RN), requisito que no se verifica en el primer caso porque ante la pérdida de eficacia del sistema en su conjunto las autoridades que promulgaron la norma ya no existirían.¹⁹

Pero es necesario señalar, que en este caso ya no se habla de limitaciones jurídicas sino fácticas al ejercicio del derecho. En efecto, se dice que ante la pérdida de eficacia del sistema normativo en su conjunto, no existe posibilidad de que alguna “autoridad jurisdiccional” proteja el ejercicio del mismo, acogiendo acciones o recursos en contra de esa orden considerada ilegal conforme N1 (RN).

Por esta misma razón, no existiría la posibilidad (PN) de que, ante la realización de la conducta establecida como condición, se imputen las sanciones previstas en tal ordenamiento. Esta aserción es refutable mediante argumentos que fueron vertidos por el propio Kelsen.

Al respecto, conforme dicho autor, para que un acto coercitivo sea considerado una sanción jurídica, la referencia de tal proposición tiene que dirigirse al contenido de una norma (en este caso, N1)

y para afirmar la existencia de ella no se requiere, en principio, ni la efectiva ni la posible privación de un bien.

Por otra parte, la circunstancia de que un delincuente, en este caso, el individuo que pretende ser considerado autoridad soberana sin cumplir con el requisito establecido en N1, eluda la aplicación de la sanción, no privaría de ese carácter al acto coercitivo previsto en la norma constitucional.

Debo manifestar en consecuencia, que la supuesta refutación, con la precisión efectuada, carece de toda virtualidad. Para demostrarlo pondré un ejemplo cercano al modelo simple de autoridad.

Supongamos que para poner en funciones a un comandante militar, se establece una norma por la cual se dispone: “En lo sucesivo se reconocerá como Jefe del Regimiento al General Fulano, a quien obedecerán y respetarán en todo lo que mandare en bien del servicio y fiel cumplimiento de las leyes y reglamentos militares”.²⁰

Imaginemos ahora que dicho Jefe, una vez puesto en funciones, ordena a un Sargento que asalte una joyería y que, con el producto del robo, compre armas para el Regimiento. ¿Deberá el Sargento obedecer tal orden, aun cuando la circunstancia fáctica impida resistirla, teniendo en cuenta que la adquisición de armas puede favorecer el servicio del Regimiento?

Me parece que tal respuesta sería negativa, aún para ciertos juristas argentinos acostumbrados, en estos tiempos que corren, a efectuar distinciones entre obediencias “debidas” e “indebidas”.

Ello así, porque lo primero que deberíamos indagar y responder es si el individuo, que hasta el momento de dar la orden cumplía los requisitos legales para ser considerado “Jefe del Regimiento”, lo era también al momento de expresarla y exigir su cumplimiento.

En la totalidad de los reglamentos militares vigentes en la actualidad, se sigue admitiendo que dicha acción es ilegal sobre la base de desconocerles el carácter de “actos de autoridad”. Por eso, en definitiva, se penaliza la corresponsabilidad entre el individuo que da la orden y aquel que llegue a cumplirla.²¹

Si ello es así dentro de un ámbito de legalidad militar, en el cual el sentido de “orden” es muy fuerte, cabe concluir que, con mayor razón, se impondrá sostener tal idea en el caso hipotético considerado.

En efecto, la sola circunstancia de la imposibilidad material o empírica de efectivizar sanciones en contra de las conductas de estos individuos, que pretenden componer una Asamblea Soberana, no permite llegar a la conclusión de que tal “obligación jurídica” no existe.

Tampoco permite inferir que no se tendrá el derecho de resistir las órdenes ilegales provenientes precisamente de quien, tal como se reconoce, por no cumplimentar los requisitos establecidos en la norma (N1), sólo puede fundar su poder en la usurpación de facultades asignadas a esa autoridad normativa.²²

Tengamos nuevamente en cuenta las particularidades del caso hipotético que analizamos.

Los constituyentes alemanes no han considerado que N1 sea aplicable bajo cualquier circunstancia. Del propio contenido de esa norma puede inferirse que las condiciones de su aplicación son propias de un estado de excepción, cuyas notas fundamentales son las siguientes:

- 1) Los individuos que dejan de seguir la norma N1 serían aquellos que precisamente, hasta el momento de intentar promulgar N2 en t2, reunían los requisitos establecidos por el orden jurídico (O1), para ser identificados como “soberanos”.
- 2) Los individuos que intentan resistir (RF) la orden contenida en N2 promulgada en t2, son aquellos que reúnen las condiciones fijadas en el orden jurídico O1 para ser considerados “ciudadanos” (o sea, personas jurídicas individuales de ese orden tanto en t1 como en t2).
- 3) Por último, los individuos del primer grupo, al apartarse de lo dispuesto en la norma constitucional (mediante el intento de cancelar la prohibición de introducir normas de determinado contenido), deben contar con suficiente poder (PF) como para impedir que los ciudadanos puedan (PN) interponer cualquier tipo de acciones (RN) ante los organismos jurisdiccionales dispuestos por el orden O1.²³

En tales condiciones, cuando conforme O1 no existe posibilidad de interponer recursos, dicho orden jurídico autorizaría la descen-

tralización del ejercicio coactivo. Se faculta, de ese modo, a cada uno de los ciudadanos, para realizar acciones de resistencia (RF) ante la agresión ilegal de la que son objeto.

La existencia de este último requisito permite ver con claridad que es necesario algo más que el mero intento de derogar la cláusula limitativa establecida en N1 para justificar legalmente su ejercicio.

Se impone un tipo de fuerza temporariamente irresistible que implique la desaparición de toda la organización jurídico-estatal precedente y, fundamentalmente, la que determina el funcionamiento de los Tribunales previstos por el orden O1.

En esas condiciones excepcionales, difícilmente susceptibles de descripción por un jurista en circunstancias normales, no existe argumento alguno que permita adjudicar a las acciones de los individuos mencionados en la primera condición, la cualidad de “actos de autoridad” conforme el orden jurídico O1.

Por el contrario, siempre conforme O1, es posible concluir que quienes tienen poder (PN) para realizar actos que implican resistencia (RF), son precisamente quienes circunstancialmente no dominan (PF) la situación dentro del grupo.

Se responderá que esa justificación ha dejado de ser tal frente a la imposición de O2 por parte del grupo dominante. Podrá también sostenerse que el fundamento invocado por el ciudadano que resiste es un argumento suprapositivo o moral, pero tales respuestas no parecen convictivas porque;

- 1) En primer lugar, tratándose de una imposibilidad deóntica, lo único que deberíamos señalar en un análisis jurídico del problema es que, desde un punto de vista estático, no puede inferirse la validez del nuevo orden (O2) del contenido normativo afirmado por O1.²⁴
- 2) En segundo término, conforme lo he explicado anteriormente, corroborar la eficacia de O2 puede hacer remisión a cuestiones de naturaleza empírica, no siempre vinculada a la validez de las normas, que requieren a su vez, tener en cuenta muy diversas cuestiones cuya eventual verificación, en el mismo plano fáctico, resulta siempre sumamente difícil.

No obstante ello, es claro que independientemente de la dificultad apuntada, al tratarse de proposiciones cuyo sentido se dirige a problemas de distinto nivel, ambas imponen métodos diversos.

Retomemos una vez más la cuestión planteada desde un punto de vista hipotético:

Del mismo modo que se sostiene que un “golpe de Estado” exitoso se estabiliza cuando el usurpador mantiene el control de la situación —durante un lapso de tiempo no determinado legalmente— puede pensarse en un supuesto contrario.

En efecto, si resulta que la resistencia popular (cualquiera sea la forma que ella adquiera) llega a tener éxito, quedaría demostrado que esa acción es posible y, precisamente para ese caso, la norma en cuestión adquiere el significado jurídico que le adjudiqué.²⁵

Ello así, porque en caso de derrota del llamado “golpe de Estado”, las acciones de coerción descentralizadas llevadas a cabo por los ciudadanos, tendrán que ser calificadas como legales o como “actos de autoridad” conforme la Constitución analizada.

Si por el contrario el golpe de Estado resulta victorioso, es necesario acordar que **toda la Constitución**, incluyendo la cláusula limitativa, habrían perdido temporalmente su eficacia.

Tal posibilidad empírica, que obviamente siempre está presente, no priva de virtualidad al sentido jurídico adjudicado a la norma (N1) y a las demás que componen ese orden jurídico (O1).

No encuentro fundamento para sostener que la ineficacia (repeto: siempre temporal) a la que hacen referencia estas proposiciones, tenga que ser vinculada o tener efectos jurídicos únicamente respecto de la cláusula limitativa en cuestión.

La explicación tiene que ver con el requisito de excepción que habilita el ejercicio del derecho de resistir el cual, conforme se expuso, requiere la eliminación de toda posibilidad (PN) de interponer recursos en contra de N2 ante organismos jurisdiccionales cuya competencia fue definida por O1.²⁶

De paso, parece haberse demostrado que las proposiciones dirigidas a establecer el sentido de la cláusula constitucional analizada, no necesariamente son tautológicas.

Ellas lo serán únicamente en el supuesto que el sentido adjudicado a expresiones como “validez” y “vigencia” sea totalmente idéntico.

tico, o sean ambas definidas de modo tal que, estipulativamente, ambos significados coincidan. Lo mismo puede ocurrir con los sentidos de “Poder” (fáctico y normativo), cuando ambos son utilizados de modo sinonímico respecto de una persona jurídica (sea individual o colectiva).

Caso contrario, decir que la norma es válida aún cuando deje temporariamente de ser eficaz, no constituye un contrasentido ni una tautología. Esto último no ocurrirá cuando con “validez” hagamos referencia a las normas que en t1 forman parte del orden jurídico en cuestión, y a las relaciones jurídicas que de ellas pueden inferirse.

Por último, siempre será posible realizar otro enfoque del sentido de la expresión “limitación jurídica”, dentro del enunciado que hemos considerado.

Hasta aquí sólo he tenido en cuenta la tesis que sostiene: “Toda norma jurídica genuina es una “norma de obligación”, y ello implica, necesariamente, el establecimiento de sanciones para cualquier conducta desviada respecto de su contenido”. De tal explicación se infiere que:

- a) Las normas de competencia deben ser interpretadas como el establecimiento (directo o indirecto), por parte del soberano, de obligaciones o prohibiciones para el resto del grupo;
- b) Correlativamente, conforme la tesis kelseniana, no hay obligación jurídica si el incumplimiento de la norma no acarrea sanciones.

Bastaría negar alguna de estas condiciones para admitir que el poder constituyente soberano puede ser incompetente para disponer la promulgación o reforma de los límites (formales o materiales), impuestos a partir de la promulgación de N1 en t1.

El primer supuesto (a) ha sido desvirtuado por todas las consideraciones precedentes (fundamentalmente las vertidas en los Capítulos II y III de este trabajo).

Por otra parte, ha sido suficientemente demostrado que una norma que confiere potestades legislativas soberanas no puede ser asimilada a una orden general, sin someter la noción jurídica de competencia a graves deformaciones.²⁷

Equiparar una norma que adjudica competencia con aquellas que fijan obligaciones o deberes jurídicos ocultaría, según Hart, las diferencias de función que cada una de ellas desempeñan dentro de un discurso técnico-jurídico.

Las mencionadas en primer término, constituyen un parámetro o criterio determinado por el propio orden jurídico, para la apreciación de la conducta de determinados individuos, y la determinación de la existencia de relaciones jurídicas.

Se reconoce, de conformidad con ellas, que una conducta humana concreta constituye un acto de autoridad normativa, en la medida en que los requisitos que ellas establecen son satisfechos, y se rechazan en el supuesto contrario.²⁸

El segundo supuesto (b) ha sido también refutado, porque se ha precisado adecuadamente que tales sanciones no son imputables a la persona jurídica soberana, en tanto orden jurídico del grupo, sino a la conducta desviada de los individuos que usurpan esas funciones.

Pero bajo esta última perspectiva de análisis, una vez que hemos aceptado que existe una distinción de funciones entre estas normas, resulta posible defender la distinción del propio Hart, entre actos de "autoridad soberana" y actos de "autoridad suprema".²⁹

Este autor sostuvo que, bajo el influjo del pensamiento imperativista, se pensó al derecho como producto resultante de una única voluntad jurídicamente ilimitada.

De allí que, para hablar de existencia de un orden jurídico, es un requisito necesario probar también la existencia, en forma no interrumpida, de un grupo de individuos, libre de cualquier sujeción externa, y por ende, también libre de las restricciones propias del orden jurídico por él o ellos establecido.

Según Hart tal anomalía interpretativa se instaura a partir de la confusión que origina la propia ambigüedad de la expresión "omnipotencia jurídica", porque mediante su uso se puede hacer referencia a dos sentidos diversos del mismo término.

En un primer sentido, la expresión guarda relación con las "formas" que debe utilizar el soberano para promulgar normas generales (mandatos) que crean obligaciones. Ello se impone para que no ocurra que todas sus manifestaciones sean interpretadas como mandatos.

Tales formalidades, sin embargo, no limitan la futura competencia material del soberano, porque respetándolas cualquier contenido podrá ser incorporado a sus normas. Este sentido de la omnipotencia se vincula con la soberanía “continuada” del órgano.

Pero puede suceder que en determinadas sociedades existan normas “declarativas” de ciertos derechos, y que las mismas, como en nuestro caso, tengan jerarquía constitucional. Este tipo de límite material, no implica que el soberano se encuentre sujeto a obligaciones o deberes jurídicos respecto de otro superior humano.

En tales casos, se considera mejor hablar de “incompetencia jurídica” o “ausencia de potestad” lo cual está vinculado con la posibilidad de que exista lo que Hart denomina “omnipotencia auto-comprensiva”.³⁰

De modo que, conocer cuál es el tipo de omnipotencia con que cuenta el órgano soberano depende de resolver una cuestión empírica. Tal cuestión se refiere al criterio último (o supremo) que tiene el grupo para identificar las normas que pertenecen al orden jurídico del mismo.

Según Hart esa regla suprema de adjudicación de potestades proporciona, por una parte, una guía general para el comportamiento de los ciudadanos, en la medida en que permite verificar la existencia de un acto genuino de autoridad.

Pero además, establece un único parámetro para la evaluación crítica de la conducta de los individuos llamados a constituir dicha autoridad. La adjudicación de tales potestades constitutivas de la autoridad soberana proveen de ese modo un marco-guía, y una manera específica del ejercicio de esas funciones.

Por lo cual, el establecimiento de una “limitación jurídico-material al soberano” es relevante para el reconocimiento del acto de autoridad, ya que implica una razón perentoria para la conducta jurídica del ciudadano.³¹

De ese modo, si los individuos que componen el órgano soberano respetan ese marco limitado (o redefinido) de opciones legislativas, sus expresiones provocarán algo más que aquello que puede, causalmente, desencadenar un mandato en sus receptores.

Ese algo más, esta constituido por la adjudicación de consecuencias jurídicas a sus acciones, es decir, que sea posible, desde el pun-

to de vista de la legalidad positiva del grupo, observarlas como correctas.

Si tal norma es aceptada por la mayoría del grupo y el soberano se aparta de ella, es plausible pensar que su intento de adjudicarle consecuencias jurídicas a sus acciones se vería condenado al fracaso. Ello así, con absoluta independencia de que pueda tener éxito, desde el punto de vista causal, en mantenerlas o estabilizarlas durante algún tiempo.

Se hace evidente entonces que, sin un cambio del aspecto interno vinculado a esa norma suprema, no podrá impedir que sus órdenes sean consideradas inválidas y que, de triunfar las acciones de resistencia, dichas órdenes sean consideradas impropias de tal autoridad.³²

De este modo, la teoría de Hart, en este caso sobre la base de la distinción de función que cumple una norma de competencia, serviría para sostener nuevamente el sentido de limitación estática adjudicado a las normas constitucionales, sin necesidad de tener que conceptualizar la propia resistencia de los ciudadanos (RF) como una sanción ante el comportamiento antijurídico del soberano.

4. Como ha sostenido Hart, no es posible encontrar una característica más adjudicable al derecho que aquella que afirma "...que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en algún sentido."³³

Partiendo de la conformidad con tal apreciación, es posible sostener que el sentido que debe adjudicarse a esa proposición, está dirigido a todos los ciudadanos; en tanto, "ciudadano" es un concepto abstracto y vinculado con definiciones estipulativas que cada orden jurídico proporciona.

Dentro de dicha clase, algunos estarán llamados a desempeñar funciones dentro de la organización de cada una de las personas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico.

El hecho de que pertenezcan o cumplan funciones dentro de tal organización, no permite inferir que dejen automáticamente de ser alcanzados por esa característica general adjudicada al fenómeno jurídico.

Por el contrario, como he sostenido, las cláusulas constitucionales vinculadas a la forma y al contenido de otras normas, han sido

promulgadas con el expreso propósito de que sean comprendidas y seguidas, tanto por los que integran dichas personas jurídicas, como para aquellos que no las constituyen.

En este sentido, no es el orden jurídico, en tanto hecho institucional y abstracto, el que puede ser víctima de los cantos de sirena que intentaba eludir Ulises.³⁴

Son los propios individuos, a quienes el orden jurídico asigna las funciones de representación, los que pueden habitualmente ser víctimas de tales cantos.

Es muy probable, precisamente por esa circunstancia, que desde la antigua democracia ateniense, los individuos llamados a cumplir funciones de legislación hayan intentado crear disposiciones similares a la imaginada en La Odisea.

Se sabe hoy que en el denominado período clásico de Atenas, existieron instituciones jurídicas que permitían a la Asamblea, en tanto autoridad suprema, la expulsión (por ostracismo) de quienes, formando parte de ella, realizaban acciones que generaban o eran elemento relevante de los errores legislativos.

También se otorgaba la posibilidad de que esa autoridad soberana, volviendo sobre sus propias resoluciones y una vez advertido el error, revocara lo que incorrectamente había decidido³⁵.

Del mismo modo, en las constituciones hasta aquí analizadas, las cláusulas limitativas han sido establecidas con el expreso propósito de que, una y otra clase de individuos del grupo, puedan comprender con qué criterios han sido definidas sus autoridades y, entre ellas, el propio soberano.³⁶

En relación a la clase de individuos que forma parte de la organización de esas personas jurídicas, estas cláusulas limitativas se establecen, entre otras cosas, para que realicen sus funciones dentro de la órbita asignada de competencia (PN), determinando de ese modo que sus acciones serán interpretadas como actos de autoridad.

En relación al resto del grupo, estas normas posibilitan una guía de comportamiento y en igual medida, la evaluación crítica de las acciones, de los comprendidos en el primer grupo, cuando ellas no reúnan las condiciones o requisitos fijados en el orden jurídico para constituirse como actos de autoridad normativa.

Se ha dicho que el jurista puede ver el derecho desde dos perspectivas distintas: como medio de motivar conductas o como un esquema para interpretar las mismas.³⁷

Este trabajo ha sido realizado en dirección a la fundamentación de la segunda perspectiva de análisis y, en función de ella, siempre será útil estudiar los criterios adoptados por las normas promulgadas tomándolos seriamente en cuenta.

El jurista utiliza esa perspectiva en su trabajo cotidiano de determinar bajo qué circunstancias corresponde adjudicar a ciertas acciones humanas consecuencias jurídicas. Es una tarea, por otra parte, que no merece ser descuidada en un análisis de este tipo.

Ello así, sin negar la necesidad de que las circunstancias fácticas a las que ellas se refieren o se aplican deban tener ciertas características de normalidad, para permitir garantizar una relativa exactitud de juicio.

Es obvio que, bajo la amenaza de un ejército lanzado a la calle, poco puede hacer el jurista para afirmar la existencia de un orden jurídico. Pero también es cierto que la sola presencia de esos elementos de fuerza no pueden justificar la presuposición, como tantas veces hemos visto, de permisiones jurídicas originarias, a quienes las utilizan para someter a los demás.

Quizas convenga recordar, en esas circunstancias, que el poder normativo no indica que uno debe hacer algo porque otro puede fácticamente hacernos daño, sino que uno debe o está obligado (a realizar x, y o z) porque otro debe o está obligado (a realizar x, y o z) reafirmando, de ese modo, aquella frase de J.G. Seunne con la cual Radbruch inició el estudio de la validez de las normas en su obra *Rechtsphilosophie*:

Tu debes porque yo quiero es un contrasentido; Pero tu debes porque yo debo es una correcta conclusión y la base del Derecho.³⁸

NOTAS DEL CAPÍTULO IV

¹ Denomino consideraciones simples de este problema conceptual a las que brindan teorías imperativistas como la de John Austin y el decisionismo en sus diversas variables, tales como las teorías de Carl Smith ("...en toda decisión, incluso en la de un Tribunal que en forma procesal realiza subsunciones de tipo concreto, existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma. Yo he propuesto para dicho elemento la denominación de decisionismo". La defensa de la Constitución, Edit. Labor, Barcelona, 1931 citado por Jorge Reinaldo Vanossi en Teoría de la Constitución-Teoría Constituyente, Edit. Depalma, Bs.As., página 42) y el propio Hermann Heller.

² Cfr.: MAUTHNER, Fritz, Contribuciones a una crítica del Lenguaje, Editorial Juan Pablos Editor, México, 1976, pág. 148. Dice Mauthner: "La mayoría de los hombres sufren esta debilidad espiritual que consiste en creer que cuando existe una palabra, la palabra debe existir también por algo; porque hay palabras, deben ellas responder a algo real ¡Como si cada alteración o descomposición de una piedra hubiera de ser la huella de una planta! ¡Como si los garabatos trazados casualmente por un bufón hubieran de ser siempre un indescifrable crucigrama! Son importantes estas investigaciones para comprender los errores a que puede conducir adoptar, en un análisis de este tipo, una concepción sustancialista del lenguaje.

³ Cfr.: HART, H.L.A.: «Definición y Teoría de la Ciencia» en Moral y Derecho. Contribuciones a su análisis, Edit. Depalma, Bs. As., 1962, págs. 93 y siguientes. Hart sostiene que las teorías que pretenden definir lo que es una persona jurídica recurriendo al sentido común, fallan al igual que toda teoría que pretenda definir al soberano sobre la base de definiciones por género y diferencia. Ello así porque según Hart: "Los enunciados que se refieren a las personas jurídicas son abreviaturas disfrazadas de enunciados acerca de derechos y deberes de los individuos" (*Ob. cit.*, p. 127).

⁴ Para mayor abundamiento sobre el tema remito a W.N. Hohfeld, Conceptos Jurídicos Fundamentales, colección Filosofía y Derecho, Edit. C.E.A.L., Bs.As. 1968, págs.45 y siguientes. También puede consultarse: Ross, Alf, Sobre e

Derecho y la Justicia, Edit. Eudeba, Bs.As., 1970, capítulo V "Las modalidades Jurídicas", págs. 152 y siguientes.

⁵ *Cf.*: Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin; "Definiciones y Normas" en *El Lenguaje del Derecho* (Homenaje a Genaro R. Carrió), Editorial Abeledo-Perrot, Bs.As., 1983, págs. 13/14: "...las definiciones legales contienen —expresa o tácitamente— normas de conducta... Si la norma definitoria obliga a usar una cierta definición, es claro que la definición es distinta de la norma definitoria. Si no puede identificar la definición, tampoco puedo cumplir con la obligación que impone la norma definitoria". Para describir el sentido de estas expresiones lingüísticas estos autores afirman que, en oportunidades el sentido que se les otorga es el del lenguaje en cuestión (uso común) pero en otras, como sucede con el lenguaje jurídico, el autor de un texto se aparta de ese uso común y usa la expresión con un sentido diferente o sea, que realiza una definición estipulativa.

⁶ Para ejemplificar respecto de las limitaciones procedimentales remito a la obra de Geoffrey Marshall, *Teoría Constitucional*, *ob. cit.*, p. 70 y ss., apartado 2 "Soberanía y reforzamiento". Es útil el análisis sobre límites procedimentales en la causa "Bribery Commissioner vs. Ranasinghe" (1965, A.C. 172), en donde se transcriben los fundamentos de Lord Pearce para rechazar la legalidad de una Ley del Año 1958 que llamaba a la reforma de la Constitución, sin cumplimentar con la mayoría exigida ni llevar certificado del Presidente de la Cámara. Citando la causa "Trethowan", Pearce sostiene: "...siempre que haya un poder legislativo sometido a cierto procedimiento ese poder no existe a menos y en la medida en que el procedimiento se respete" (*Ob. cit.*, p. 83).

⁷ Hart, H.L.A., en *ob. cit.*, p. 132 ha expresado que una forma esclarecedora para demostrar esta afirmación, es mostrando los obstáculos a que da lugar el uso extensivo de "puede" o "voluntad" usada con referencia a individuos concretos (hechos brutos) de cuando se las utiliza con referencia a hechos de tipo institucional en proposiciones tales como: "La persona jurídica tiene la voluntad de que se haga x, y o z" o "La persona jurídica puede realizar contratos, etc.". Hacerlo mediante definiciones léxicas comunes al lenguaje ordinario oculta según Hart "...que cuando las palabras usadas normalmente para eludir a individuos son aplicadas a personas jurídicas, junto con la analogía va involucrada una diferencia radical en el modo en que tales expresiones se usan ahora y, con ello, un cambio de significado...". "Todas las frases o palabras comunes adquieren cuando aparecen unidas a personas jurídicas un uso especial, porque las palabras están ahora relacionadas con los hechos, no sólo por las reglas comunes del idioma, sino también por las reglas del derecho." (*Ob. cit.*, pp. 134/135).— También en el uso de la palabra "voluntad" ocurre cuestión similar, porque expresar que una persona jurídica soberana tiene voluntad, no posee el sentido de querer "...hacer actos lícitos o ilícitos, sino de que ciertas expresiones utilizadas para describir las acciones voluntarias de individuos, pueden usarse respecto de la persona jurídica bajo ciertas condiciones prescriptas por reglas de derecho" (*Ob. cit.*, p. 136).

⁸ Theodor Geiger supo describir adecuadamente lo que sucede con el tipo de proposiciones que confunden intencionalmente estos niveles conceptuales. Así

afirma el autor: "Los dominadores hacen creer a los dominados que una X es una U, lo cual les permite mantener los sujetos con mayor seguridad que mediante el mero empleo de la coerción externa...". Sin embargo, los autores de tales proposiciones conocen la falsedad de ellas dada su mayor ilustración y tal mentira ni siquiera puede formar parte de una proposición insuflada de ideología: "...El concepto de mentira no significa simplemente una falsedad objetiva del contenido de la proposición. Quien se equivoca, no por ello miente. Dicho concepto implica que NN dice una falsedad objetiva, aunque él conoce el hecho verdadero. Se niega que el autor actúe de buena fe. En el trato cotidiano, los hombres tienen esto siempre a mano" (Ideología y Verdad, Edit. Amorrortu Ediciones, Bs.As., 1972, pp. 29 y 30). En la dogmática constitucional se ha dicho también que si bien es difícil establecer los límites entre una proposición fáctica o ética respecto de una jurídica, nada justifica difuminar sus diferencias (Cfr.: Geoffrey Marshall, Teoría Constitucional, *ob. cit.*, p. 33).

⁹ Debo aclarar que lo expresado no significa ignorar las dificultades a enfrentar para saber si una conducta determinada es, en realidad, un caso particular de "ordenar p". Tampoco ignoro las dificultades interpretativas que puede tener un órgano jurisdiccional para establecer si el contenido de N2 es en realidad subsumible en el caso genérico que prevee N1, de modo que puedan justificarse legalmente los actos de resistencia (Veáse al respecto: WROBLEWSKI, Jerzy, Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica, Edit. Civitas S.A., Madrid, 1985, pp. 93 y ss. También: CASAMIGLIA, Albert, Introducción a la Ciencia Jurídica, Ariel Derecho, Barcelona, año 1986, pp. 96 y ss.). Tales cuestiones se encuentran fuera del marco de esta investigación conceptual fundamentalmente porque ambas presuponen la existencia de órganos jurisdiccionales ante los cuales es posible ejercer resistencia (RN). Esto también demostraría que el derecho de resistencia (RF) presupone algo más que el mero hecho de que el soberano "ordene p". Se requiere además, la imposibilidad del ciudadano de ejercer el poder normativo conferido por O1 ante los jueces del mismo.

¹⁰ HESSE, Konrad, Grundzüge des verslungssrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe, 1975, pp. 276 e ISENSEE, Josef, Das legalisierte Widerstandsrecht, Bad Homburg, 1969, Pág. 15 y siguientes. Ambos trabajos son especialmente analizados por Ernesto Garzón Valdés (Cfr.: "Las limitaciones jurídicas del soberano", *ob. cit.*, pp. 163 y ss.).

¹¹ Cfr.: GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *ob. cit.*, pp. 164/175 en especial, lo vinculado con las teorías de los Constitucionalistas Konrad Hesse, Josef Isensee y Hartmut Kliemt.

¹² Cfr.: GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *ob. cit.*, pp. 165 y 166.

¹³ Son las mismas críticas que se realizan en contra de la argumentación de Hartmut Kliemt en su trabajo "Can there be any Constitutional Limits to Constitutional Powers?", Munich Social Review, 1978, 4, p. 106) en donde se sostiene que conforme el sentido adjudicado al artículo 79 de la reforma de la Ley Fundamental Alemana se ha establecido un "límite estático al Poder Constitucional" por lo cual, los futuros constituyentes alemanes luego de la promulgación de

esta norma, se encontrarían en una situación similar al individuo que, una vez encerrado en un departamento ubicado en un séptimo piso, arroja las llaves del mismo por la ventana. Se sostiene correctamente (Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, *ob. cit.*, pp. 165/166) que el ejemplo no es afortunado porque tal limitación sería fáctica y aquí hablamos de límites jurídicos.

¹⁴ "...si los presupuestos para la creación de una Ley legalmente establecidos no son cumplidos no existe voluntad del Estado y lo que surge como Ley no es Ley" (Cfr.: Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, p. 247). También lo sostiene de este modo Jellinek en *Systeme der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2a. edición, 1905, p. 211: "...el órgano del Estado no lo encarna pura y simplemente sino solamente dentro de los límites de la competencia del órgano...". También puede verse Hohfeld, W.N., *ob. cit.*, p. 71 y Von Wright, Georg H., *Norma y Acción— Una investigación lógica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, p. 92.

¹⁵ Cfr.: VERNENGO, Roberto, "Sistemas Normativos Dinámicos y la Idea de Libertad Jurídica", en *El lenguaje del Derecho (Homenaje a Genaro R. Carrió)*, *ob. cit.*, pp. 438 y ss.). También del mismo autor: p. 254: "La competencia de los órganos es de consuno una atribución de facultades y una limitación del ámbito de ejercicio de las mismas..." y "La noción de capacidad de una entidad colectiva ...requiere que se introduzca alguna técnica especial para poder concebir esos grupos como unidades a la que se puedan atribuir no solamente derechos y deberes, sino también acciones... la noción de órgano, como individuo a través del cual pueden efectivamente actuar aquellos entes cuya capacidad de hecho no parece clara en principio, como las entidades colectivas ...que no son, en ningún sentido, seres humanos de carne y hueso..." (*Ob. cit.*, p. 255).

¹⁶ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *ob. cit.*, p. 167 remite a Georg H. Von Wright en la versión inglesa de *Norm and Action*, Londres, 1963, p. 111 (Hay versión castellana: *Norma y Acción —Una investigación lógica, Estructura y Función* Editorial Tecnos, Madrid, 1979, pp. 123 y ss.).

¹⁷ VON WRIGHT, Georg H., *ob. cit.* en versión castellana, pp. 124 y ss.

¹⁸ Así aparece descrito por Georg H. Von Wright, *ob. cit.*, p. 122; Josef Isensee, *ob. cit.*, p. 79/80 y por Ernesto Garzón Valdés, *ob. cit.*, p. 168 remitiendo en nota al pie de esa página al informe de la Facultad de Derecho de Haidelberg del Año 1838 que expresa en su parte pertinente: "Ninguna Constitución Alemana ha abierto esta vía a los súbditos; ninguna podría abrírselas ya que el ámbito del derecho constitucional termina donde comienzan los casos extremos".

¹⁹ Existen muchas dudas acerca del sentido de la palabra "eficacia" en este contexto. Es interesante al respecto tener en cuenta las investigaciones realizadas por Pablo Eugenio Navarro y José Juan Moreso Mateos en "Eficacia y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* Nº10, Septiembre-Diciembre de 1991, pp 49/58. En dicho trabajo se sostiene correctamente que la palabra "eficacia" es ambigua. Citando a Kelsen se destaca que eficacia de un orden puede significar que dicho orden "que estatuye premios o penas sólo es "eficaz" cuando la conducta condicionante de la sanción (en el sentido amplio de premio o pena), es producida causalmente por el deseo del premio, y su contraria,

por el temor a la pena". Pero también se sostiene que un orden es eficaz: "...cuando el comportamiento humano corresponde, a grandes trazos y en términos generales, a ese orden, sin atender cuales hayan sido los motivos que fueron su causa" (*Ob. cit.*, p. 52 con cita y remisión expresa a Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, *ob. cit.*, pp. 40 y 41). Uno y otro sentido han sido llamados por Kelsen: Causal y Normativo respectivamente.

²⁰ El tenor de la norma no es de mi invención. Por el contrario, es la fórmula reglamentaria vigente en Argentina para que el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas ponga en funciones a jefes de regimientos y otras dependencias militares.

²¹ Este principio aparece antes de la Primera Guerra Mundial y fue introducido por un Militar de apellido Von Moltke. Lo mantienen posteriormente Luddendorg y también Von Beck hasta el año 1939. Curiosamente, Hitler lo revoca. En la actualidad en Francia, Gran Bretaña ("Si una persona está obligada a obedecer a un superior recibe de éste una orden ilegal está obligado a no cumplimentar tal orden y en caso de hacerlo caerá en la responsabilidad penal de haberlo hecho"). Iguales normas militares están vigentes en Alemania, Estados Unidos e Italia. Remito para mayor abundamiento a "Ejército presente y futuro" escrito por el Coronel Español Prudencio García que me ha servido de fuente para dicha información.

²² Como anteriormente lo sostuve se suele, en estos casos, invocar estados de necesidad. Sin embargo es bueno recordar que si esa es la excusa habitualmente utilizada, con mucha frecuencia se han promulgado supuestas normas que nada tienen que ver con dicho estado fáctico. Un caso que puede servir para ejemplificar es el de la promulgación de la Ley 20.497 (*Cfr.*: *El Derecho*, 13/Julio/1973, N°3214) el día 23 de Mayo de 1973. Esta Ley fue dictada por un gobierno de facto a menos de dos días de que transfirieran su poder a las autoridades electas el día 11 de Marzo del mismo año. Dicha Ley debía entrar en vigencia "...a los treinta días de su publicación" (Art. 4to.) e implicaba una profunda modificación del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación.— Genaro R. Carrió dedicó al análisis de un fallo un amplio comentario (*Cfr.*: C.N.Fed., Sala Criminal y Correccional 20/Julio/1973, "Aragone, Alberto F. en Kleinjan, Juan G. c./Mancuso Hnos.", *El Derecho*, tomo 50, p. 129). En esta ocasión, Carrió calificó sus argumentos como poco ortodoxos, pero reconocía también que tampoco lo eran los que invocar los usurpadores y que "...es muy difícil, sino imposible, enfrentar adecuadamente situaciones insólitas con argumentos pensados en vista de lo que acontece normalmente" (Carrió, Genaro R., "Sobre la legislación "In Extremis" de los Gobierno de Facto", en *El Derecho*, tomo 50, pp. 129 y ss.)

²³ Como lo aclaré en Nota 9 de este mismo capítulo, si los ciudadanos pertenecientes al orden jurídico (O1) tienen poder normativo para interponer acciones ante organismos jurisdiccionales (*Vgr.*: Tribunales de Interpretación Constitucional, Cortes de Casación, etc.) no sería justificable legalmente el ejercicio de resistencia (RF). Tal acción sólo resulta justificada en circunstancia de excepción que presuponen necesariamente la inexistencia de Tribunales que, definitivamente, decreten la nulidad de N2 o de algún modo, declaren que ella no es o no constituye un acto de autoridad.

²⁴“Las reglas de reforma definen un procedimiento para la creación del derecho, y esto es lo mismo que establecer una autoridad: lo que se crea por este procedimiento (por esta autoridad) posee carácter de derecho constitucional válido” (Cfr.: ROSS, Alf, “Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional” incluido en *El concepto de validez y otros ensayos*, Editorial C.E. A.L., Bs. As., año 1969, p. 49 y ss. Es obvio que en el supuesto contrario al que imagina Ross, la reforma debe considerarse establecida por individuos que no reviste la condición de autoridad o lo que es igual, que sus actos no son válidos.

²⁵ También es útil recordar aquí el sentido prospectivo que adjudicaba Theodor Geiger a la norma constitucional. Recuérdese que este autor consideraba una Constitución como el arquetipo de una norma proclamativa. La importancia de la misma radica en que, una vez proclamada públicamente, la norma constitucional genera una serie de expectativas de conductas de parte de la autoridad respecto de sus destinatarios. Estas expectativas constituyen un elemento fundamental para la estabilidad de la forma de ejercicio del poder.—Constituyen al decir de Geiger, un factor o elemento secundario pero constitutivo del poder. El apartamiento de la conducta de dominio proclamada por el grupo dominante, tiene que constituir un factor relevante para generar resistencia (RF).— Siempre dentro de un plano fáctico esta resistencia puede ser expresada de muy diversas formas pero, además de ellas es importante tener en cuenta la propia desconfianza que genera para el futuro, la falta de seriedad o el no cumplimiento de la proclama por parte de sus autores materiales. Tal desconfianza y la subsecuente pérdida de certeza acerca de los criterios para identificar los actos de autoridad genuinos, no puede ser un buen elemento para asegurar la estabilidad (eficacia, vigencia) del orden que se intenta instaurar, cuando el mismo no puede ser reconocido por sus destinatarios sobre la base de los criterios que el mismo grupo dominante proclamó públicamente.

²⁶ Intento nuevamente poner de manifiesto que, los individuos llamados a componer los organismos jurisdiccionales conforme el orden jurídico que contiene N1, dejan de serlo conforme O1 en el mismo instante en que se promulga N2. Ello así, porque también se afecta con dicha norma, la competencia de todos los organismos que forman parte de la organización jurídico estatal precedente y de ese modo, al aceptar ser jueces del O1 y no ser compatible O2 con el primero, no pueden asumir la pretensión de que sus potestades son jurídicas desde la perspectiva de ambos órdenes. No es prueba alguna en contrario, el hecho de que puedan (PF) lograr que los destinatarios observen sus decisiones como actos de autoridad conforme O1. Las relaciones jurídicas son siempre abstractas y es necesario diferenciarlas de los actos probatorios (Véase: Hohfeld, H. W., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, *ob. cit.*, p. 41). Un acto jurisdiccional que no guarde relación con las normas de O1 no puede ser considerado como tal conforme lo dispuesto en ese orden. Geoffrey Marshall ha dicho con buen fundamento que los jueces no pueden participar en revoluciones —y agregó personalmente: Tampoco en golpes de Estado. Lo único que pueden hacer frente a tales circunstancias excepcionales, es dimitir o ser depuestos de sus cargos (Cfr. *Teoría Constitucional*, *ob. cit.*, p. 103).

²⁷ HART, H.L.A., El concepto de derecho, *Ob. cit.*, pág. 39 y 40.

²⁸ HART, H.L.A., El concepto de derecho, *ob. cit.*, p. 61 afirma que el modelo más claro de norma de obligación es la del derecho penal, pero aún dentro de ese esquema existen normas que tienen "...un campo de aplicación diferente al de las órdenes dadas a otros, porque tal norma puede imponer deberes tanto a quienes la han dictado como a los demás". Por otra parte, las normas de competencia difieren de las órdenes porque: "...no requieren que las personas hagan algo, sino que pueden conferirles potestades; no imponen deberes sino que ofrecen facilidades para la libre creación de derechos subjetivos y deberes jurídicos dentro de la estructura coercitiva del derecho". —Son también importantes las explicaciones realizadas al respecto por Hart en *ob. cit.*, p. 40 cuando explicita la inadecuada conclusión a la que conduciría la confusión de funciones que cumplen ambas reglas, referidas al proceso de promulgación de normas y el procedimiento de mayorías que debe concretarse para ello. Tal confusión no puede mantenerse, porque si una Ley resulta promulgada por obtener el voto de una determinada mayoría del cuerpo, no puede sostenerse que la mayoría obedeció la norma que fija tal procedimiento y que la minoría obedeció o desobedeció tal regla de competencia, e igual sucedería para el caso de que el acto de promulgación no sea logrado porque tal mayoría de votos no fue alcanzada.

²⁹ HART, H.L.A., El concepto de derecho, *ob. cit.*, p. 88 y "Mandatos y Razones Jurídicas de Autoridad", Traducción inédita de José Luis Pérez Triviño, Facultat de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, del trabajo "Commands and authoritative legal reasons", Publicado en *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982.

³⁰ HART, H.L.A., El concepto de derecho, *ob. cit.*, pp. 185 y ss.

³¹ HART, H.L.A., "Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad", *ob. cit.*

³² HART, H.L.A., "Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad", *ob. cit.*

³³ HART, H.L.A., El concepto de derecho, *ob. cit.*, p. 7 in fine.

³⁴ Me refiero al párrafo de "La Odisea" donde Ulises ordena a la tripulación de la nave: "...Pero atadme con fuertes lazos de pie y arrimado a la parte inferior del mástil para que me esté allí sin moverme... Y en el caso de que os ruegue o mande que me soltéis, atadme con más lazos todavía."

³⁵ Como se expresó, el "ostracismo" era el derecho de expulsar a los demagogos conocidos. Por su parte, la posibilidad de acusar y juzgar a un miembro de la Asamblea por hacer una propuesta ilegal en la misma, aún cuando tal propuesta hubiese sido aprobada por aquella, se conocía con el nombre de "grafe paranomon" (Cfr.: Finley, M. I., "Democracy: ancient and modern", Londres, Chatto and Windus, 1973, p. 26).

³⁶ A pesar de la deficiente redacción inicial del artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Córdoba (y siempre teniendo en cuenta que no se trata de una Ley Fundamental general, como en el caso de Alemania, sino de un orden jurídico parcial de un Estado Federal) esta afirmación es más clara que en la Ley Funda-

mental Alemana. Ello así, porque en dicho dispositivo se establecen sanciones (independientemente del derecho de resistencia) tal como la inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos públicos, que están claramente destinadas a los ciudadanos que los ocupen y que, de cualquier forma, participen en golpes de Estado o Revoluciones que tengan el propósito de entorpecer el desenvolvimiento de la organización estatal prevista en esa norma.

³⁷ GUIBOURG, Ricardo A., *Derecho, Sistema y Realidad*, *ob. cit.* p. 74.

³⁸ *Cfr.*: RADBRUCH, Gustav: *Rechtsphilosophie*, 6ta. edición, Stuttgart, 1963, pág. 176, citando a Johann-Gottfried Seunne (1763-1810). La frase original de Seune inserta en el texto de Radbruch es la siguiente: "Du solist, weil ich will, ist Unsinn; Aber: Du sollst, weil ich soll, ist ein richtiger Schluss und die base des Rechts".

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- AUSTIN, John: *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Weidehfeld on Nicolson-7 Cork Street, Londres, 1954; "Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia", Edit. Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1951.
- AUSTIN, J.L.: *Como hacer cosas con palabras*, Paidós, Barcelona, 1982.
- ALCHOURRÓN, Carlos (en conjunto con Eugenio Bulygin: *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, 1975; "Sobre la existencia de las normas jurídicas", Oficina Latinoamericana de Inv. Jurídica y Social, Facultad de Derecho, Valencia, Venezuela, 1979.
- ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, año 1959.
- ATIENZA, Manuel: *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985.
- AYER, Alfred: *Lenguaje, Verdad y Lógica*, Edit. Eudeba, Bs. As., 1971.
- BERLIN, Isaiah: "Dos conceptos de Libertad" en A. Quinton: *Filosofía Política* (Traducción E.L. Suárez), F.C.E., México, 1974.
- BENTHAM, Jeremy: "Anarchical Fallacies", *Works*, Edit. Bowring; *The limited of Jurisprudence Defined*, Edit. C.W. Everett, Columbia Univ. Press, New York, 1945; *In Law in General*, Edit. Athlone Press, Londres, 1970; *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (ed. de J.H. Burns y H.L.Hart), Londres, Methuen, 1982.

- BITTNER, Rüdiger: Mandato Moral y Autonomía, Alfa, Barcelona, 1988.
- BOBBIO, Norberto: Teoría General del Derecho, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1987; Estudios de Historia de la Filosofía (De Hobbes a Gramsci), Edit. Debate, Madrid, 1985; Las ideologías y el poder en crisis, Edit. Ariel, Barcelona, 1988; El problema de la guerra y las vías de la paz, Gedisa, Barcelona, 1982.
- BODINO, Juan: Los seis libros de la República, Edit. Aguilar, Madrid, 1974.
- CALSAMIGLIA, Albert: Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica, Ariel, Barcelona, 1977; Introducción a la Ciencia Jurídica, Ariel, Barcelona, 1986.
- CARACCILO, Ricardo A.: El sistema jurídico - Problemas Actuales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año 1988.
- CESARINI SFORZA, Widar: Filosofía de la relación jurídica, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1973.
- CARRIÓ, Genaro R.: Notas sobre Derecho y Lenguaje, 3a. edición Aumentada, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1984; "Sobre los límites del lenguaje normativo", Astrea, Bs.As., 1973; "Sobre el concepto de deber jurídico", Abeledo-Perrot, Bs.As., 1966; "Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico", Abeledo-Perrot, Bs.As., 1970.
- DE LA BOITIE, Etienne: El discurso de la servidumbre voluntaria o el Contra Uno (Estudio Preliminar, traducción y Notas de José María Hernández-Rubio), Tecnos, Madrid, 1986.
- DÍAZ, Elías: De la maldad estatal y la soberanía popular, Debate, Madrid, 1984.
- DWORKIN, Ronald: Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1984.
- F. CHALELET-E-PISIER-KOUCHNER: Las ideas políticas del Siglo XX, Madrid, Espasa Calpe, 1984.
- FINLEY, M.I.: Democracy: Ancient and modern, Londres, Chatto and Windus, 1973.
- FOUCAULT, Michel: La verdad y las formas jurídicas, Gedisa, México, 1986.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto: "Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano", incluido en El lenguaje del Derecho - Homenaje al Dr. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1983;

- Derecho y Naturaleza de las Cosas. Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo", Univ. Nacional de Córdoba, Córdoba, 1970.
- GEIGER, Theodor: Ideología y Verdad, Amorrotu Editor, Bs.As., 1972; Moral y Derecho (Polémica con Uppsala), Alfa, Barcelona, 1982; Estudios de Sociología del Derecho, F.C.E., México, 1983.
- GIOJA, Ambrosio L.: Ideas para una Filosofía del Derecho, Bs.As., Edit. Suc. de Ambrosio L. Gioja, 1973.
- GONZÁLEZ VICÉN, Felipe: "El derecho de resistencia en Kant" incluido en Kant después de Kant, Inst. de Filosofía del C.S. I.C., Tecnos, Madrid, 1989; De Kant a Marx (Estudios de Historia de las Ideas), F. Torres Editor, Valencia, 1984.
- GOODWIN, Barbara: El uso de las ideas políticas, Península, Barcelona, 1987.
- GUIBOURG, Ricardo A: Derecho, Sistema y Realidad, Astrea, Bs.As., 1986; El fenómeno normativo, Astrea, Bs.As., 1987; La autoreferencia normativa y la Continuidad Constitucional, incluido en El Lenguaje del Derecho-Homenaje al Dr. Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1983.
- HABERMAS, Jürgen: Ensayos Políticos, Barcelona, Península, 1988.
- HART, H.L.A.: Derecho y Moral (Contribución a su análisis), Edit. Depalma, Bs.As., 1962; El concepto de derecho, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1977; Obligación Jurídica y Obligación Moral, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1977.
- HELLER, Hermann: La soberanía-Contribución a la Teoría Estatal y del Derecho Internacional, Edit. U.N.A.M., México, 1965; Teoría del Estado, F.C.E., México, 1971; Escritos Políticos, Edit. Alianza Universidad, Madrid, 1985.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: La ciencia jurídica tradicional y su transformación, Civitas, Madrid, 1981.
- HIERRO PESCADOR, José: Problemas de Filosofía del Lenguaje, Alianza Universidad, Madrid, 1986.
- HINSLEY, F.H.: El concepto de soberanía, Edit. Labor, Barcelona, 1972.

- HOBBS, Thomas: Elementos del derecho natural y político, Edit. Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1979; "Del Ciudadano", Edit. Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966; Leviatán o La Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil, F.C.E., México, 1984.
- HOERSTER, Norbert: On Alf Ross Alleged puzzle in Constitutional Law, *Mind*, 1972; Problemas de Ética Normativa, Alfa, Barcelona, 1975.
- HÖFFE, Otfried: Estrategias de lo Humano, Alfa, Bs.As., 1979.
- HOHFELD, W.N.: Conceptos Jurídicos Fundamentales, C.E.A.L., Bs.As., 1968.
- HOSPERS, John: Introducción al Análisis Filosófico, Alianza Universidad, Madrid, 1982.
- JELLINEK, George: Teoría General del Estado, Bs. As, Edit. Albatros, 1978.
- KANT, Immanuel: Crítica de la razón práctica, Madrid, Espasa Calpe, 1975; Fundamentación de la metafísica de las Costumbres, Madrid, Espasa Calpe, 1973; Introducción a la Teoría del Derecho, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978; La paz perpetua, Madrid, Espasa Calpe, 1984.
- KELSEN, Hans: Teoría General del Estado, Edit. Nacional, México, 1965, Teoría Pura del Derecho (1960), México, U.N.A.M., 1979; Teoría General del Derecho y el Estado, México, U.N.A.M., 1988; Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la Doctrina de la Proposición Jurídica), México, Edit. Porrúa, 1987; Contribución a la Teoría Pura del Derecho, Bs.As., C.E.A.L., 1969; Esencia y Valor de la Democracia, Barcelona, Guadarrama, 1977; Teoria Generale delle Norme, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1985; Normas Jurídicas y Análisis Lógico (Prólogo de Eugenio Bulygin), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988; Escritos Políticos sobre la Democracia y el Socialismo, Madrid, Debate, 1988; Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales, México, F.C.E., 1986.
- KNEALE, Martha y William: El desarrollo de la lógica, Madrid, Tecnos, 1980.

- KRIELE, Martin: Introducción a la Teoría del Estado, *Bs.As.*, Depalma, 1980.
- KLIEMT, Hartmut: Filosofía del Estado y Criterios de Legitimación, Barcelona, Alfa, 1983; Las Instituciones Morales, Barcelona, Alfa, 1985.
- KLUG, Ulrich: Lógica Jurídica, Caracas, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1961; Problemas de Filosofía y de la Pragmática del Derecho, Barcelona, Alfa Estudios Alemanes, 1989.
- LASKI, Harold: El Estado Moderno (Sus Instituciones Políticas y Económicas), Barcelona, Edit. Librería Bosch, 1932.
- LINZ, Juan J.: La quiebra de las democracias, Madrid, Alianza, 1987.
- LOCKE, John: Ensayo sobre el gobierno civil, *Bs.As.*, Aguilar, 1969, Reimpresión 1981.
- LUHMANN, Niklas: Sistema y Función incluido en Sociedad y Sistema: La ambición de la Teoría, Barcelona, Paidós, 1990; La ilustración sociológica y otros ensayos, *Bs.As.*, Sur, 1973; Fin y racionalidad en los sistemas, Madrid, Edit. Nacional, 1983; Sistema jurídico y dogmática jurídica (trad. I. de Otto), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año 1983.
- MALEM SEÑA, Jorge F.: Concepto y Justificación de la Desobediencia Civil, Barcelona, Ariel, 1988.
- MARSHALL, Geoffrey: Teoría Constitucional, Madrid, Espasa-Calpe Universitaria, 1982.
- MARX, Carlos: Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel, México, Colección 70, Grijaldo, 1968.
- MAUTHNER, Fritz: Contribución a una crítica del lenguaje, México, Juan Pablos Edit., 1976.
- MILLER, Jonathan y Otros: Constitución y Poder Político, *Bs.As.*, Astrea, 1987; Constitución y Derechos Humanos, *Bs.As.*, Astrea, 1991.
- NINO, Carlos Santiago: Notas de Introducción al Derecho, *Bs.As.*, Astrea, 1973; La validez del derecho, *Bs.As.*, Astrea, 1985; la legítima defensa. Fundamento y Reglamentación Jurídica, *Bs.As.*, Astrea, 1982; Introducción a la Filosofía de la Acción Humana, *Bs.As.*, EUDEBA, 1985; Los límites de la responsabilidad penal, *Bs.As.*, Astrea, 1980.

- NELSON, Williams: La justificación de la democracia, Barcelona, Ariel, 1986.
- PASCAL, Blaise: Pensamientos, *Bs.As.*, Orbis, 1984.
- PÉREZ LUÑO, A.E.: Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, Tecnos, 1984.
- PFULLER, Lon L.: La Moralidad de Derecho, México, Trillas, 1967.
- POPPER, Karl R.: La sociedad abierta y sus enemigos, *Bs.As.*, Orbis, 1985.
- RADBRUCH, G.: Filosofía del Derecho, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.
- RAMELLA, Pablo A.: Derecho Constitucional, *Bs.As.*, Depalma, 1982.
- RAWLS, John: Sobre las libertades, Barcelona, Paidós, 1990.
- RAZ, Joseph: El concepto de Sistema Jurídico, México, U.N. A. M., 1986; La Autoridad del Derecho, México, U.N. A. M., 1985.
- ROSS, Alf: Sobre el Derecho y la Justicia, *Bs.As.*, EUDEBA, 1970; El concepto de validez y otros ensayos, *Bs.As.*, C.E.A.L., 1969; Hacia una Ciencia Realista del Derecho (Crítica al dualismo en el Derecho), *Bs.As.*, Abeledo-Perrot, 1960; "Lógica de las Normas", Madrid, Estructura y Función, Tecnos, 1971.
- ROUSSEAU, J.J.: El contrato social, *Bs.As.*, Orbis, 1984.
- ROMERO, Cesar Enrique: Introducción al Derecho Constitucional, *Bs.As.*, Zavalia Editor, 1973.
- RUSSELL, Bertrand: Los matemáticos y los metafísicos en Misticismo y Lógica, *Bs.As.*, Paidós, 1975.
- SEARLE, John: Actos de Habla- Ensayo de Filosofía del Lenguaje, Madrid, Cátedra-Teorema, 1986.
- SINGER, Peter: Democracia y Desobediencia, Barcelona, Ariel, 1985.
- SMITH, Carl: Teoría de la Constitución, Madrid, Alianza, 1982.
- STUART MILL, John: Sobre la Libertad, *Bs.As.*, Aguilar, 1980.
- SPENCER, Herbert: El individuo contra el Estado, *Bs.As.*, Orbis, 1984.
- TREVES, Renato: Sociologia del Diritto, Torino, Giulio Einaudi Editor, 1988.

- TRUSSO, Francisco Eduardo: De la legitimidad revolucionaria a la legitimidad constitucional, *Bs.As.*, EUDEBA, 1972.
- VERNENGO, Roberto J.: La Interpretación Literal de la Ley, *Bs.As.*, Abeledo. Perrot, 1971.
- VONWRIGHT, G. Henrik: Norma y Acción-Una investigación lógica, Madrid, Tecnos, 1979.
- WROBLEWSKI, Jerzy: Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídico, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1985.

FUENTES

- AARNIO, Aulis: "Persona Jurídica, ¿Una ficción?", Alicante, Doxa Nº 3, 1986, p. 85.
- ALCHOURRÓN, Carlos: "G.H. Von Wright y los desarrollos de la lógica deóntica", Anuario de Filosofía Jurídica y Social, tomo 1, Bs.As., Abeledo-Perrot, año 1981.
- AGUILÓ-REGLA, Josep: "Sobre Definiciones y Normas", Doxa Nº 8, Alicante, 1990, p. 273.
- BENN, Stanley I.: "Los usos de la soberanía", incluido en "Quinton, A.-"Filosofía Política", México, F.C.E., 1974, pp. 106 y ss.
- BIDART CAMPOS, German: "Las normas constitucionales", Bs.As., Revista La Ley, 20/X/1969; "Actos legislativos del poder ejecutivo "de facto" después de instalado el gobierno "de jure": Su derogación", Bs.As., Revista El Derecho, tomo 49, pp. 895 y ss.
- CUETO RUA, Julio: "¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?", Bs.As., Revista La Ley, tomo 36, Sección Doctrina, pp. 1.100 y ss.-; "El poder constituyente", Bs.As., Revista La Ley, tomo 55, Sección Doctrina, pp. 891 y ss.
- DICTAMEN PRELIMINAR DEL CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA, Bs.As., Eudeba, 1986.
- CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA: Edición especial a cargo de la Secretaría Legislativa-Prensa-9 de Mayo de 1987, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1987.

- DUMM, Raul E.: "La opinión oficial sobre los poderes de la Revolución", *Bs.As.*, Revista Jurisprudencia Argentina, 1956-I, pp. 135 y ss.
- ETKIN, Alberto M.: "Alcance y facultades del Poder Constituyente", *Bs.As.*, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1957-IV, pp. 15 y ss.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto: "Dimensiones Morales del Derecho", Alicante, Revista Doxa Nº 8, año 1990, p. 89. "La democracia Argentina y su legitimidad", Trabajo inédito; "Legitimidad y Racionalidad", Trabajo inédito; "Acerca de las funciones del Derecho en América Latina", Cuaderno Facultad de Derecho, Nº 3, Palma de Mallorca, 1982; "Algunos modelos de validez normativa", Revista Latinoamericana de filosofía, volumen III, número 1, 1977; "Hermann Heller y John Austin. Un intento de comparación", Sistema 57, ITS, Nov./1983, Revista de Ciencias Sociales, pp. 37 y ss.
- GUIBOURG, Ricardo A.: "La teoría de las normas en G.H. Von Wright", Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nº 5, *Bs.As.*, 1985, p. 95; "El papel de la norma en la despersonalización del poder", Alicante, Revista Doxa Nº 4, 1987, p. 119. "Para una crítica del irracionalismo jurídico", La Plata, Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Nº 40, año 4, Noviembre/1986.
- GRUNDGESETZ: Ley Fundamental de Bonn.
- HABERMAS, Jürgen: "¿Como es posible la legitimidad por vía de la legalidad?". Alicante, Revista Doxa Nº 5, año 1988, p. 21.
- HESSE, Konrad: "Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundersrepublik Deutschlands" Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1972.
- HOERSTER, Norbert: "On Alf Ross Alleged Puzzle in Constitutional Law", *Mind*, 1972.
- ISENSEE, Josef: "Das legalisierte widerstandsrecht, Bad Homburg, 1969.
- KELSEN, Hans: "Sobre el concepto de norma"; "Derogación", "Causalidad e imputación" y "La concepción del Estado y la psicología social (con referencia a la Teoría del Grupo de

- Freud)", México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 21, año 1976.
- KLIEMT, Hartmut: "Can there be any Constitutional Limits to Constitutional Powers?", Munich Social Science Review, 1978.
- LAPORTA, Francisco: "Sobre el uso de la palabra "Libertad" en el lenguaje jurídico", Sistema N° 52, Madrid, 1983.
- LINARES QUINTANA, Segundo V.: "¿Puede una reforma de la Constitucional ser Inconstitucional?", *Bs.As.*, Revista La Ley, tomo 34, Sección Doctrina, pp. 1153 y ss.
- NAVARRO, Pablo Eugenio y Juan José Moreso Mateos: "Eficacia y Constitución", Madrid, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 10, 1991, pp. 49 y ss.
- NEVILLE FIGGS: "Las ideas políticas del Siglo XVI en las guerras de la religión", Barcelona, Sopena, tomo II, pp. 623/674.
- NEGRI, Héctor: "El tema de las normas y de las normas constitucionales", *Bs.As.*, Revista La Ley, tomo 136, Sección Doctrina.
- NINO, Carlos Santiago: "Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas", *Bs.As.*, Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 5, Abeledo-Perrot, 1985, p. 75.
- PFULLER, Lon L.: "¿Qué motivos dan nacimiento a la ficción legal histórica?", *Bs.As.*, Revista La Ley, tomo 5, Sección Doctrina, pp. 1 y ss.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto E.: "¿Qué es el poder reformador de la Constitución?", *Bs.As.*, Revista La Ley, tomo 85, Sección Doctrina, pp. 921 y ss.
- RAYCES, Federico: "Ensayos de Teoría Constitucional", *Bs.As.*, Revista Jurisprudencia Argentina, Doctrina-1957-III, pp. 112 y ss.
- SAMPAIO FERRAZ, Tercio: "La convocatoria a constituyente como un producto de control comunicacional", *Bs.As.*, Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 6, Abeledo-Perrot, año 1986, p. 309.
- SEGUNDO DICTAMEN DEL CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA, *Bs.As.*, Eudeba, 1987.
- TOOLES, M.J.: "El pensamiento político y la tolerancia religiosa",

Historia del Mundo Moderno, Edit. Sopena, Barcelona, 1980, tomo III, pp. 357/576.

VERNENGO, Roberto J.: "Funciones normativas y voluntad de signo", *Bs.As.*, Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nº 3, Abeledo-Perrot, 1983, p. 385; "Fuentes del Derecho y Validez en el Neo-Realismo Escandinavo", *Bs.As.*, Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nº 4, *Bs.As.*, Abeledo-Perrot, p. 125; "Sistemas normativos dinámicos y la idea de libertad jurídica", en "El lenguaje del Derecho - Homenaje a Genaro R. Carrió", *Bs.As.*, 1983, pp. 438 y ss.

ZAVALLA, Clodomiro: "El problema constitucional: Su aspecto de forma", *Bs.As.*, Revista Jurisprudencia Argentina, Sección Doctrina, 1956, I, p. 138.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
Notas de la Introducción	25
 CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN DEL SOBERANO	 29
1. Determinación del enfoque	29
2. El soberano según Bodino, Hobbes y Austin	33
3. El soberano según Hermann Heller	41
4. El soberano según Hans Kelsen	45
5. El soberano según Theodor Geiger	51
6. Acuerdos y desacuerdos entre los enfoques	57
Notas del Capítulo Primero	59
 CAPÍTULO II: LAS LIMITACIONES JURÍDICAS DEL SOBERANO	 71
1. La versión no limitacionista	72
2. La versión limitacionista	90
Notas del Capítulo Segundo	109
 CAPÍTULO III: EL CONCEPTO DEL DERECHO DE RESISTENCIA	 119
1. Introducción	119
2. El derecho de resistencia	124
3. El derecho de resistencia en Austin y Heller	127
4. El derecho de resistencia en H. Kelsen	131
5. El derecho de resistencia en T. Geiger	135
Notas del Capítulo Tercero	143

CAPÍTULO IV: EL CASO CONSTITUCIONAL	153
Notas del Capítulo Cuarto	174
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	183
FUENTES	191



**BIBLIOTECA DE ÉTICA,
FILOSOFÍA
DEL DERECHO Y POLÍTICA**



Dirigida por:

Ernesto Garzón Valdés (Maguncia, Alemania) y Rodolfo Vázquez (ITAM, México)

- | | |
|---|--|
| 1 •
PROBLEMAS DE LA FILOSOFÍA
Y DE LA PRAGMÁTICA DEL DERECHO
Ulrich Klug | 14 •
SOCIOLOGÍA Y JURISPRUDENCIA
Rüdiger Lautmann |
| 2 •
CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES
W. N. Hohfeld | 15 •
LÓGICA DEL DERECHO
Rupert Schreiber |
| 3 •
LENGUAJE JURÍDICO Y REALIDAD
Karl Olivecrona | 16 •
PROBLEMAS DE ÉTICA NORMATIVA
Norbert Hoerster |
| 4 •
DERECHO E INCERTIDUMBRE
Jerome Frank | 17 •
MORAL Y DERECHO
Polémica con Uppsala
Theodor Geiger |
| 5 •
EL DERECHO Y LAS TEORÍAS ÉTICAS
CONTEMPORÁNEAS
George Nakhnikian | 18 •
DERECHO Y FILOSOFÍA
Ernesto Garzón Valdés (Comp.) |
| 6 •
DERECHO, LÓGICA, MATEMÁTICA
Herbert Fiedler | 19 •
ESTUDIOS SOBRE TEORÍA DEL DERECHO
Y LA JUSTICIA
Otfried Höffe |
| 7 •
EL CONCEPTO DE VALIDEZ Y OTROS
ENSAYOS
Alf Ross | 20 •
EL CONCEPTO SOCIOLÓGICO DEL DERECHO
Y otros ensayos
Werner Krawietz |
| 8 •
CONTRIBUCIONES A LA TEORÍA PURA DEL
DERECHO
Hans Kelsen | 21 •
EL CONCEPTO DE ESTABILIDAD
DE LOS SISTEMAS POLÍTICOS
Ernesto Garzón Valdés |
| 9 •
¿DERECHO SIN REGLAS?
Los principios filosóficos de la teoría del Estado
y del derecho de Carl Schmitt
Matthias Kaufmann | 22 •
LÓGICA DE LAS NORMAS
Y LÓGICA DEONTICA
Georges Kalinowski |
| 10 •
¿QUÉ ES LA JUSTICIA?
Hans Kelsen | 23 •
MARXISMO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO
Manuel Añenza y Juan Ruiz Manero |
| 11 •
¿QUÉ ES LA TEORÍA PURA DEL DERECHO?
Hans Kelsen | 24 •
RACIONALIDAD Y EFICIENCIA DEL DERECHO
Albert Calsamiglia |
| 12 •
EL PROBLEMA DEL POSITIVISMO JURÍDICO
Norberto Bobbio | 25 •
ALGUNOS MODELOS METODOLÓGICOS
DE "CIENCIA" JURÍDICA
Carlos S. Nino |
| 13 •
LAS INSTITUCIONES MORALES
Harimut Kliemt | 26 •
ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL
Francisco Laporta |

27 •	ESTUDIOS SOBRE Kelsen Letizia Gianformaggio	43 •	FILOSOFÍA POLÍTICA DE LA DEMOCRACIA José Fernández Santillán
28 •	LÓGICA Y DERECHO Ulises Schmill	44 •	EXPLORACIONES NORMATIVAS Hacia una teoría general de las normas Daniel Mendonça
29 •	EL CONCEPTO DE SOLIDARIDAD Javier de Lucas	45 •	POSITIVISMO JURÍDICO, DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS Agustín Squella
30 •	DERECHO Y RAZÓN PRÁCTICA Robert Alexy	46 •	ENSAYOS DE INFORMÁTICA JURÍDICA Antonio Enrique Pérez Luño
31 •	POSITIVISMO JURÍDICO, REALISMO SOCIOLÓGICO Y IUSNATURALISMO Eduardo García Máynez	47 •	RAZÓN Y SOCIEDAD León Olivé
32 •	ÉTICA CONTRA POLÍTICA Eliás Díaz	48 •	ESTUDIOS DE ÉTICA JURÍDICA Jorge Malem
33 •	EL CONCEPTO DE INFLUENCIA Y OTROS ENSAYOS Ruth Zimmerling	49 •	NORMAS JURÍDICAS Y ESTRUCTURA DEL DERECHO José Juan Moreso
34 •	POLÍTICA, HISTORIA Y DERECHO EN NORBERTO BOBBIO Alfonso Ruiz Miguel	50 •	UTILITARISMO, LIBERALISMO Y DEMOCRACIA Martín Diego Farrell
35 •	RACIONALIDAD JURÍDICA, MORAL Y POLÍTICA Javier Esquivel	51 •	ENSAYOS SOBRE JUSTICIA DISTRIBUTIVA Paulette Dieterlen
36 •	NORMAS Y ACTITUDES NORMATIVAS Pablo Navarro y Cristina Redondo	52 •	EL SIGNIFICADO POLÍTICO DEL DERECHO Josep M. Vilajosana
37 •	INFORMÁTICA Y DECISIÓN JURÍDICA Julia Barragán	53 •	CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Roberto Gargarella
38 •	INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y CRÍTICA JURÍDICA Modesto Saavedra	54 •	LAS LIMITACIONES DEL SOBERANO Ernesto Abril
39 •	SOBRE LA EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin	55 •	POSITIVISMO CRÍTICO Y DERECHO MODERNO Kaarlo Tuori
40 •	DERECHO, RACIONALIDAD Y COMUNICACIÓN SOCIAL Ensayos sobre filosofía del derecho Aulis Aarnio	56 •	EDUCACIÓN LIBERAL Un enfoque igualitario y democrático Rodolfo Vázquez
41 •	SOBRE LA DEROGACIÓN Ensayo de dinámica jurídica Josep Aguiló	57 •	DEBER Y SABER Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral Ricardo Guibourg
42 •	LA NOCIÓN DE SISTEMA EN LA TEORÍA DEL DERECHO Ricardo Caracciolo	58 •	ENSAYOS SOBRE LIBERALISMO Y COMUNITARISMO Eduardo Rivera López

59 •	LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ESTRUCTURA SOCIAL Owen Fiss	73 •	RAZONAMIENTO JUDICIAL Y REGLAS Ángeles Ródenas
60 •	CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO Luis Prieto Sanchis	74 •	DERECHO Y RAZÓN Aleksander Peczenik
61 •	NORMAS, VERDAD Y LÓGICA Georg Henrik von Wright	75 •	ENSAYOS DE BIOÉTICA Reflexiones desde el Sur Florescia Luna
62 •	ENTRE LA REVOLUCIÓN Y LA DESCONSTRUCCIÓN. El humanismo jurídico de Luc Ferry y Alain Renaut Eric Herrán	76 •	HOFELD Y EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS Matti Niemi
63 •	DERECHO Y ORDEN Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos Martín Díaz y Díaz	77 •	ESTUDIOS ÉTICOS Karl Otto Apel
64 •	RAZÓN Y ELECCIÓN Hugo Zuleta	78 •	DOS ESTUDIOS SOBRE LA COSTUMBRE Bruno Celano
65 •	CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Dante Cracogna	79 •	CUESTIONES LÓGICAS EN LA DEROGACIÓN DE LAS NORMAS José María Sauca
66 •	DERECHO, PODER Y DOMINIO Massimo La Torre	80 •	IGUALDAD, DIFERENCIAS Y DESIGUALDADES María José Añón
67 •	ÉTICA ANALÍTICA Y DERECHO Fernando Salmerón	81 •	ENSAYOS SOBRE JURISPRUDENCIA Y TEOLOGÍA Hans Kelsen
68 •	RAZONAMIENTO JURÍDICO Elementos para un modelo Paolo Comanducci	82 •	LA NATURALEZA FORMAL DEL DERECHO Robert Summers
69 •	ESTADO DE DERECHO Problemas actuales Liborio Hierro	83 •	ÉTICA, PODER Y DERECHO Gregorio Peces-Barba
70 •	DERECHOS HUMANOS Historia y Filosofía Mauricio Beuchot	84 •	CONOCIMIENTO JURÍDICO Y DETERMINACIÓN NORMATIVA José Juan Moreso, Pablo Navarro y Cristina Redondo
71 •	DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y RÉGIMEN AUTORITARIO José Ramón Cossío	85 •	DERECHO, JUSTICIA Y LIBERTAD Pablo Ruiz-Tagle
72 •	EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD Pablo Larrañaga	86 •	DERECHOS HUMANOS Y PAZ MUNDIAL Ermanno Vitale
		87 •	G. H. VON WRIGHT Y LOS CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO Daniel González Lagier

88 •	EPISTEMOLOGÍA Y GARANTISMO Luigi Ferrajoli
89 •	LA DERROTABILIDAD DEL DERECHO Agustín Pérez Carrillo
90 •	DERECHO DE LOS NIÑOS Entre teoría y justicia Isabel Fanlo (comp.)
91 •	CUESTIONES JUDICIALES Manuel Atienza
92 •	ENSAYOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Michel Troper
93 •	VIRTUD Y JUSTICIA EN KANT Faviola Rivera
94 •	FICCIONES JURÍDICAS Hans Kelsen, Lon F. Fuller y Alf Ross
95 •	EL IUSNATURALISMO ACTUAL De M. Villey a J. Finnis Rodolfo L. Vigo
96 •	DEMOCRACIA Y PLURALISMO Ángel Oquendo
97 •	PALABRAS Y REGLAS Timothy Endicott
98 •	DERECHO, LENGUAJE Y ACCIÓN Paolo di Lucia
99 •	LOS HECHOS EN LA SENTENCIA PENAL Perfecto Andrés
100 •	ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DINÁMICA DE LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES Claudia Orunesu, Pablo M. Perot, Jorge L. Rodríguez

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

10

Abril 1999

PODER Y CORRUPCIÓN

- Jesús Glez. Amuchastegui
- Nora Rabotnikof
- Jesús Silva-Herzog Márquez
- Susan Rose-Ackerman
- José Ramón Cossío

Corrupción, democracia y responsabilidad política.
Corrupción política: definiciones técnicas y sentidos sedimentados.
La corrupción y el liberalismo del favor.
Corrupción y economía global.
Transición democrática y corrupción.

Carta abierta de Ernesto Garzón Valdés a Juan Ramón Capella

ARTÍCULOS

- Juan Ruiz Manero
- Leticia Bonifaz
- Daniel González Lagier
- Cristina Hermida
- Ana Lilia Ulloa

Algunos límites de la teoría del derecho de Alchourrón y Bulygin.
El derecho y el tiempo. Las relaciones jurídicas intergeneracionales.
Diez tesis sobre la acción humana.
¿Es el derecho un factor de cambio social?
Democracia sustancial y el coto vedado de los derechos humanos.

NOTAS

- Bernardo Bolaños
- Eric Herrán
- Raúl Mejía
- Agustín Squella

La sociología del conocimiento y el problema de la objetividad en el derecho.
El poder de Foucault: una miniatura.
En torno a la interpretación jurídica.
La despedida de un maestro.

Índice analítico de los diez primeros números de Isonomía.

12

CONSTITUCIONALISMO Y DIVERSIDAD CULTURAL

- Ernesto Garzón Valdés
- Corina Yturbe
- José Antonio Aguilar
- José Ramón Cossío
- Miguel Carbonell

El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías.
Constitucionalismo, globalización y ciudadanía.
El sonido y la furia: crítica de la persuasión multicultural.
Constitucionalismo y multiculturalismo.
Constitucionalismo, minorías y derechos.

ARTÍCULOS

- Pablo Navarro
- Ruth Zimmerling
- Jesús de la Torre Rangel

Enunciados jurídicos y proposiciones normativas.
Algunas consideraciones sobre la parte sumergida del iceberg, o: Javier Muguerza, perplejo ante la racionalidad.
Mandar obedeciendo.

NOTAS

- Dante Cracogna
- Bernardo Bolaños

El legado de Carlos Cossío.
Popper y la conjetura judicial.

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:

DISTRIBUCIONES PONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 47B Col. del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tizapán. Tel. 5-628-4143

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

13 Octubre 2000

DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO

- Pablo Navarro *Presentación.*
- Carlos Alchourrón *Sobre derecho y lógica.*
- Cristina Redondo *Lógica y concepciones del derecho.*
- Eugenio Bulygin *Sistema deductivo y sistema interpretativo.*
- Pablo Navarro y Jorge Rodríguez *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas.*
- Juan Carlos Bayón *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico.*

ARTÍCULOS

- Mario Bunge *El derecho como técnica social de control y reforma.*
- Michelangelo Bovero *La intransigencia en el tiempo de los derechos.*
- María Bono *La ciencia del derecho y los problemas del lenguaje natural.*

NOTAS

- Cristina Hermida *Poder y autoridad.*
- Reyes Rodríguez *Teoría de la legislación y nuevo institucionalismo.*

Décimo Aniversario del Seminario Eduardo García Máynez

14 Abril 2001

ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA

- Guillermo O'Donnell *Accountability horizontal. La institucionalización legal de la descon-
fianza política.*
- Ernesto Garzón Valdés *Derecho y democracia en América Latina.*
- Hugo Concha *América Latina: entre el impulso democratizante y la creación de un
Estado de derecho.*
- Gabriel Negretto *El constitucionalismo puesto a prueba: decretos legislativos y
emergencia económica en América Latina.*

ARTÍCULOS

- Rolando Tamayo *Thales de Mileto vs. Resto del mundo.*
- José Juan Moreso *El encaje de las piezas del derecho. -Primera parte-*
- Eduardo Hemando *Entre la excepción y la regla.*

NOTAS

- Miguel Carbonell *Los derechos fundamentales en la Constitución mexicana.*
- Francisca Pou *Redescubriendo a Unger.*
- Napoleón Conde *Entrevista a Ulises Schmill.*

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:

DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 478 Col.
del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO
DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tizapán.
Tel. 5-628-4143

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

15 Octubre 2001

DERECHOS HUMANOS

- Horacio Spector *La filosofía de los derechos humanos*
- Juan A. Cruz Parcerio *Derechos morales: concepto y relevancia*
- Gerardo Pisarello *Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales*
- Erik Lagerpetz *Sobre los derechos lingüísticos*

ARTÍCULOS

- Guillermo Hurtado *Eduardo García Máynez y la filosofía científica en México. -Primera parte-*
- José Juan Moreso *El encaje de las piezas del derecho*
- José Luis Pérez Triviño *El renacimiento de los castigos avergonzantes*

NOTAS

- Rogelio Larios *La controversia Schmill-Bulygin sobre la relación entre lógica y derecho*
- Leticia Bonifaz *Nota sobre Martín Díaz y Díaz*

16 Abril 2002

POSITIVISMO CRÍTICO, DERECHOS Y DEMOCRACIA

- Luigi Ferrajoli *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*
- Michelangelo Bovero *Democracia y derechos fundamentales*
- Ermanno Vitale *Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales*
- Ulises Schmill *Comentarios a Juspositivismo crítico y democracia constitucional de Luigi Ferrajoli*

ARTÍCULOS

- Guillermo Hurtado *Eduardo García Máynez y la filosofía científica en México. -Segunda parte-*
- Paolo Comanducci *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*
- Emmanuel Picavet *Conflicto de intenciones y racionalidad de los sistemas de normas*
- Julia Barragán *La paradoja de autoridad y los problemas de formación del capital social*
- Mauro Barberis *Libertad y liberalismo*

NOTAS

- Juan Aguirre de la Hoz *Sobre Reinventar la democracia. Reinventar el Estado de Boaventura de Sousa Santos*
- Antonio Peña Freire *Sobre Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica de Jordi Ferrer*



Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 478 Col.
del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO
DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tizapán.
Tel. 5-628-4143

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

17 Octubre 2002

REGULACIÓN, MERCADO Y CONSTITUCIÓN

- | | |
|---------------------------------|--|
| — Pablo Larrañaga | <i>Presentación</i> |
| — Leigh Hancher y Michael Moran | <i>La organización del espacio regulativo</i> |
| — Cass R. Sunstein | <i>Las funciones de las normas regulativas</i> |
| — Viktor J. Vanberg | <i>Mercados y regulación</i> |

ARTÍCULOS

- | | |
|----------------------|--|
| — José Ramón Cossío | <i>Concepciones de la política y legislación</i> |
| — Enrique Serrano | <i>República y derecho</i> |
| — Guillermo Lariguet | <i>La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper a la ciencia jurídica</i> |
| — Alejandro Madrazo | <i>Estado de derecho y cultura jurídica en México</i> |

NOTAS

- | | |
|--------------------|--|
| — José Juan Moreso | <i>Guastini sobre la ponderación</i> |
| — Daniel Mendonça | <i>Riccardo Guastini, analítico</i> |
| — José Luis Martí | <i>El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?</i> |
| — Emilio Zebadúa | <i>El uso democrático de la ley</i> |

18 Abril 2003

PODER JUDICIAL Y DEMOCRACIA

- | | |
|-------------------------|---|
| — Eugenio Bulygin | <i>Los jueces ¿crean derecho?</i> |
| — Ernesto Garzón Valdés | <i>El papel del poder judicial en la transición a la democracia</i> |
| — Michel Troper | <i>El poder judicial y la democracia</i> |

ARTÍCULOS

- | | |
|--------------------------|---|
| — Rafael Hernández Marín | <i>Sobre la concepción lógica del derecho</i> |
| — Alberto Filippi | <i>La difusión de la filosofía del derecho y de la filosofía política de Norberto Bobbio en América Latina y en España. -Primera parte-</i> |
| — Jesús Orozco Henríquez | <i>Consideraciones sobre los principios y reglas en el derecho electoral mexicano</i> |

NOTAS

- | | |
|------------------|---|
| — Pablo Bonorino | <i>Interpretación y aplicación del derecho. Apuntes críticos sobre la propuesta de Rafael Hernández Marín</i> |
| — Hugo Selemé | <i>Equilibrio reflexivo y consenso sobrepuesto</i> |

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 47B Col. del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tizapán. Tel. 5-628-4143

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

19

Octubre 2003

TOLERANCIA Y PLURALISMO CULTURAL

- Mark Platts, *Detrás de la tolerancia*
- Faviola Rivera, *Rawls, filosofía y tolerancia*
- Javier de Lucas, *Sobre el papel del derecho y el contrato político en el proyecto intercultural*
- Francisca Pou, *Contra la lengua invisible*

ARTÍCULOS

- Alberto Filippi, *La difusión de la filosofía del derecho y de la filosofía política de Norberto Bobbio en América Latina y España. -Segunda parte-*
- Raúl Calvo y Carlos Venier, *Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales*
- Oscar Sarlo, *Investigación jurídica. Fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional*
- Pablo Perrot, *Tipos de reglas y el concepto de obligación jurídica*

CARTA ABIERTA: "UNA VERGÜENZA MÁS"

NOTAS

- Luigi Ferrajoli, *Sobre la definición de "democracia". Una discusión con Michelangelo Bovero*
- Adrián Kenteria, *Justicia Constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli*
- José Juan Mureso, *Comanducci sobre neoconstitucionalismo*

20

Abril 2004

JUSTICIA INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS

- David Wippman, *No sobreestimar a la Corte Penal Internacional*
- Kai Ambos, *Common Law y los disparos del muro*
- Alonso Ruiz Miguel, *Guerra, justicia y derecho internacional*
- Robert Summers, *Los derechos humanos y su protección*
- Ruth Zimmerling, *Los derechos humanos en un mundo globalizado y unipolar*
- Juan Antonio Cruz, *Derechos humanos y orden internacional*

ARTÍCULOS

- Jesús Silva-Herzog Márquez, *Bobbio y la sabiduría del pesimismo*
- Giorgio Maniati, *Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy*
- David Sobrevilla, *La concepción de una "justicia política" de Otfried Höffe*
- Eric Herrán, *Heidegger y la crítica contemporánea de la modernidad jurídica*

NOTAS

- Michelangelo Bovero, *El realismo de Bobbio*
- José Ursúa, *Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos*

Índice analítico de los veinte primeros números de *Isonomía*

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 47B Col.
del Carmen Coyoacán, México, D.F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO
DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tizapán.
Tel. 5-628-4143

*Esta obra se imprimió bajo el cuidado de Ediciones Coyoacán, S. A. de C. V.,
Av. Hidalgo No. 47-2, Colonia del Carmen, Deleg. Coyoacán, 04100,
México D. F., en agosto de 2004.
El tiraje fue de 1000 ejemplares más sobrantes para reposición.*