

LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Por Hans Kelsen*

1. Introducción: La función de la Constitución.

El derecho es un sistema de normas; y las normas constituyen el sentido de actos de voluntad dirigidos al comportamiento de otros. Estos actos de voluntad son actos de voluntad de seres humanos o suprahumanos, como los actos de voluntad divina, o bien, como en el caso del así llamado derecho natural, de la naturaleza. Pero como normas de derecho o, con mayor precisión, como normas de derecho positivo, se consideran solamente las que constituyen el sentido de actos de voluntad humanos. Ellas cuentan con la particularidad de regular su propia creación y aplicación.

Actos de voluntad dirigidos al comportamiento de otros son -en primera instancia- órdenes. Pero no toda orden es una norma, y no toda norma es una orden. Una norma puede ser también una autorización para impartir órdenes. Si un asaltante me ordena en la calle entregarle mi dinero, el sentido de su acto de voluntad, o sea su orden, no constituye una norma. Si me niego a cumplir su orden no estoy violando ninguna norma. No se interpreta el sentido subjetivo de su acto de voluntad, i.e. que he de entregarle mi dinero, como su sentido objetivo, y ello significa: como norma obligatoria, como lo es por ejemplo la orden que me imparte un agente fiscal de abonar una cierta suma de dinero. ¿Por qué el sentido del acto de voluntad, el *deber* (das Sollen), constituye en uno de los casos también el sentido objetivo del acto, es decir, una norma vinculante y válida, pero en el otro no? Lo cual significa: ¿cuál es el fundamento para la validez de la norma en uno pero no en el otro caso? La respuesta es la siguiente: esto es así porque en un caso -el de la orden del agente fiscal- el acto, cuyo sentido es un deber (Sollen) está *autorizado* por una norma válida, mientras que en el otro caso no. Merced a esta norma que autoriza el acto, el sentido subjetivo del acto se convierte también en su sentido objetivo: en una norma obligatoria, válida. La norma superior autorizante es el fundamento que otorga validez a la norma inferior autorizada.

* Artículo originalmente publicado en alemán en *Forum*, año XI, 1964., fasc. 132, p.583-586. Este texto estaba destinado a ser pronunciado como discurso central en la Segunda Jornada Austríaca de Juristas, pero una indisposición del autor lo impidió. Está agregado en las Actas de esa Jornada, Viena 1964, V/7. pag.67 y sigts. Cabe agradecer a la Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, la autorización para esta versión en español. Traducción del texto alemán: Enrique Bein. Corrección técnica: Enrique E. Marí. Primera publicación en español en Enrique E. Marí (et al) "Derecho y Psicoanálisis: Teoría de las ficciones y función dogmática", Buenos Aires, Editorial Hachette, 1984. Editado por Paola Paulluk y Lucas Arrimada para la Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, UBA.

La suposición de que el fundamento de validez de una norma inferior sea la validez de una norma superior parece conducir a una *regressus in infinitum*. Pues la norma superior convalidante es ella misma el sentido subjetivo de un acto de voluntad dirigido al comportamiento de otros; y sólo si una norma aun superior convalida este acto su sentido subjetivo constituye también su sentido objetivo, es decir, una norma obligatoria, válida. Quisiera aclarar esto con un ejemplo simple: un padre le indica a su hijo la norma individual: "vé al colegio". El hijo interroga al padre: "¿por qué he de ir al colegio?". Es decir, pregunta por qué el sentido subjetivo del acto de voluntad de su padre constituye para él su sentido objetivo, o sea, una norma obligatoria. O bien, lo que significa lo mismo, cuál es el fundamento que otorga validez a esta norma. Responde el padre: "porque Dios ha ordenado obedecer a los padres", es decir, los ha habilitado a impartir órdenes a sus hijos. Sigue el hijo: "¿Por qué ha de obedecerse a los mandamientos de Dios?". Lo cual significa algo así como: ¿por qué el sentido subjetivo de este acto de voluntad divina también constituye su sentido objetivo, es decir una norma válida? O lo que es lo mismo: ¿cuál es el fundamento que hace que esta norma general sea válida? Y la única respuesta posible a esta pregunta es: que como hombre creyente se presupone que se deben obedecer los mandamientos de Dios. Es la afirmación sobre la validez de una norma que debe ser presupuesta en el pensamiento de un hombre creyente para fundamentar la validez de las normas de la moral religiosa. Es la norma básica de una moral religiosa la que fundamenta la validez de todas las normas de esta moral, es una norma-'base' (Grund-Norm) o fundante, porque ya no se puede preguntar por el fundamento de su validez. No es una norma positiva, o sea, puesta por un acto real de voluntad, sino una norma presupuesta en el pensamiento de un hombre creyente.

2. Derecho y moral.

Tomemos ahora un ejemplo extraído del derecho. La diferencia entre derecho y moral consiste en que el derecho constituye un orden coercitivo (Zwangsordnung), es decir, que el derecho procura producir un determinado comportamiento en los hombres vinculando al comportamiento opuesto un acto de coerción como sanción: la privación compulsiva de la vida, de la libertad, de bienes económicos o de otro tipo. Cuando alguien roba, ha de ser encarcelado, si fuera menester, a la fuerza. Mediante esta norma el derecho prohíbe robar. También la moral procura producir un determinado comportamiento en los hombres, y también ella prevé sanciones. Pero estas sanciones consisten en la aprobación del comportamiento adecuado a la moral y en la desaprobación del comportamiento contrario a ella, no en actos de coerción; y la función de estas sanciones no es la de generar un comportamiento acorde con la moral.

La norma general del derecho "si alguien roba ha de ser encarcelado" constituye en primer lugar solamente el sentido subjetivo de un acto de voluntad del legislador. Ella es aplicada por la sentencia judicial de que Maier, quien ha robado un caballo a Schulze, ha de ser encarcelado durante un año. Esta

sentencia judicial es interpretada como una norma obligatoria, válida e individual. Pero en primer lugar también ella no es más que el sentido subjetivo de un acto de voluntad del juez que está dirigido al comportamiento de un órgano ejecutivo. Si interpretamos este sentido subjetivo como sentido objetivo, es decir, como norma obligatoria -y en este sentido al hombre que pone este acto como *juez*- esto ocurre porque este acto está facultado por una norma general contenida en una ley que dice: "si un hombre roba, el juez competente ha de penarlo con prisión". La validez de la norma inferior, individual, es fundamentada por la validez de la norma superior, general. Y el juez fundamenta efectivamente su sentencia en el hecho de que ella responde a una norma legal, válida, general, que lo autoriza.

Pero también la norma general contenida en una ley, como la ley toda, es ante todo -como dijimos- sólo el sentido subjetivo del acto de voluntad de una persona o de la mayoría de las personas que constituyen un cuerpo legislativo. La función esencial de un legislador es la de establecer normas generales que determinen el procedimiento de los órganos que aplican el derecho, en especial el procedimiento puesto en práctica por los tribunales, y el contenido de las normas individuales establecidas por estos órganos. Una *ley* puede contener también, por cierto, otra cosa que estas normas generales. Es por ello que se distingue entre *ley* en un sentido formal y *ley* en un sentido material. Con mayor precisión, entre *forma de ley* (*Gesetzes-Form*) y *ley* (*Gesetz*), o sea, un determinado procedimiento de la función esencial de este procedimiento, a saber, la creación de normas generales.

Si se pregunta por qué el sentido subjetivo del acto del legislador constituye también su sentido objetivo, es decir, una norma general, y por qué el individuo que establece este acto es un legislador, con otras palabras, cuál es el fundamento de validez de la norma establecida por el acto del legislador, la respuesta dirá: ello es así porque el acto, cuyo sentido subjetivo es la norma general, está facultado por la constitución. La función esencial de la constitución consiste justamente en esta autorización concedida a determinadas personas a crear normas generales. Cuando se distinguen diferentes formas de estado -tales como monarquía, aristocracia, democracia- el criterio decisivo de tal distinción reside en que en el primer caso, la constitución faculta a un individuo único, de calificación determinada, a crear normas generales; en el segundo caso a un grupo relativamente reducido de individuos de calificación determinada y en el tercer caso -como suele decirse en forma imprecisa- a todo el pueblo, más correctamente: a una asamblea popular o a un parlamento elegido por el pueblo.

La mayoría de las veces el documento denominado *constitución* contiene también, por cierto, otras disposiciones fuera de la autorización nombrada.

Por ello debe distinguirse entre constitución en un sentido formal y constitución en un sentido material, más correctamente, entre *forma constitucional* (*Verfassungs-Form*) y constitución. Forma constitucional es un determinado procedimiento por el cual, en ciertas condiciones, puede ser creada o

bien modificada una constitución en sentido material. Este procedimiento se diferencia esencialmente, si bien no debido a este hecho solamente, del que es habitual en la creación de leyes, porque la elaboración de una decisión válida, i.e. del acto de voluntad generador o modificador de la constitución, se encuentra vinculada a condiciones que dificultan la tarea. La finalidad de este incremento de las dificultades es la de conferir la mayor estabilidad posible a la autorización para generar normas legales generales, es decir, a la forma de estado. De vez en cuando una constitución, es decir, el documento así llamado, contiene una disposición según la cual las normas que reglamentan el procedimiento de promulgación de leyes no pueden ser modificadas bajo ningún aspecto o por lo menos no en forma tal que alteren la forma de estado.

Si se pregunta por el fundamento que otorga validez a una constitución dada, la respuesta puede ser que ella devino por modificación de una constitución anterior, y que dicha modificación se produjo en la forma en que deben producirse modificaciones de constituciones en base a constituciones anteriores. De esta manera uno se puede retrotraer a una primera constitución histórica. También ella será en primer lugar el sentido subjetivo de un acto de voluntad o de una multiplicidad de actos de voluntad; y si se pregunta por qué el sentido subjetivo del acto constituyente también es su sentido objetivo, es decir, una norma válida, o, con otras palabras, cuál es la razón que le otorga validez, la respuesta será: porque como jurista se presupone que se debe actuar en forma tal como lo prescribe la primera constitución histórica. Esta es la norma básica. Ella faculta al individuo o a la suma de individuos que han establecido la primera constitución histórica, a establecer las normas que representan a la primera constitución en orden cronológico. Si esta primera constitución fue establecida por decisión de una asamblea, quienes son autorizados por la norma básica son los individuos que forman esta asamblea; si dicha constitución nació por obra de la costumbre, ésta es la autorizada, mejor dicho: los individuos cuya conducta conforma la costumbre que genera la primera constitución, serán los autorizados.

3. Norma y justicia.

Esta es la norma básica del orden legal basado en última instancia sobre la constitución históricamente primera; norma básica (Grund-Norm) porque no se puede indagar más allá de ella por el fundamento (Grund) que le confiere validez, dado que ella no es una norma puesta sino presupuesta¹. No es una norma positiva establecida (gesetzte) por un acto de voluntad real sino una norma presupuesta (vorausgesetzte) en el pensamiento jurídico. Ella constituye el último fundamento de validez de todas las normas de derecho que conforman el orden legal. Sólo una norma puede fundamentar la validez de otra norma.

¹ Tanto en esta oración como en la que sigue el autor aprovecha el parentesco terminológico y semántico que existe en alemán entre 'setzen' (establecer, fijar, poner, señalar, etc.) y 'voraussetzen' (presuponer, presumir, dar por sabido). (N. del T.)

Si se desea conocer la esencia (wesen) de la norma básica debe tenerse presente que ella está referida inmediatamente a una constitución, establecida efectivamente, creada por costumbre o por reglamento. Pero esto significa: que ella se refiere a la situación de hecho por la cual son fijadas las normas constitucionales, que constituyen el sentido subjetivo de estos hechos. En forma mediata, empero, ella se refiere a las normas de orden legal, generales e individuales, fijadas efectivamente por la constitución, lo cual significa, sin embargo, que la norma básica está referida mediatamente a los hechos (Tatbestände) cuyo sentido subjetivo constituyen estas normas. Pero esto significa, que la norma básica se refiere únicamente a una constitución efectiva (wirksam), es decir, a una constitución en conformidad con la cual leyes, sentencias judiciales legales y decretos administrativos son establecidos realmente.

Con lo cual la norma básica no es producto de la libre imaginación. Ella está referida a hechos determinados, existentes en la realidad natural, a una constitución realmente establecida y efectiva y a los hechos realmente dispuestos conforme a ella que generen y apliquen normas. Cuál sea el contenido de esta constitución o del orden legal estatal que se construye sobre su base, que este orden sea justo o injusto, no es algo que se cuestione; ni tampoco si este orden legal puede garantizar efectivamente un estado de paz dentro de la comunidad que constituye. En la presuposición de la norma básica no se afirma ningún valor trascendente al derecho positivo.

Sólo en la medida en que por presuposición de la norma básica se hace posible interpretar el sentido subjetivo de la situación de hecho que da origen a la constitución y de los hechos determinados conforme a la misma como su sentido objetivo -las normas que constituyen el sentido subjetivo de esos hechos como normas legales de validez objetiva- la norma básica, así representada por el derecho, puede ser designada -si se me permite aplicar por analogía un concepto de la teoría del conocimiento kantiana- como la condición lógico-trascendental de los juicios con los que la teoría del derecho describe el derecho como orden objetivamente válido.

Así como Kant pregunta cómo es posible realizar una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos mediante las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, así preguntaría una teoría del derecho puro cómo es posible realizar una interpretación del sentido subjetivo de determinados hechos como sistema de normas legales de validez objetiva, descriptibles en forma de preceptos legales, sin recurrir a autoridades meta-legales tales como Dios o la naturaleza. La respuesta gnoseológica de una teoría pura del derecho diría que ello es posible a condición de que se dé por supuesta la norma básica: uno debe conducirse en forma tal como lo prescribe la constitución, o sea, como le corresponde al sentido subjetivo del acto de voluntad emanado de ella, a las órdenes del autor de la constitución. La función de esta norma básica es la de fundamentar la validez objetiva de un orden legal positivo -esto es: fundamentar la validez objetiva de las normas establecidas por actos de voluntad

humana contenidos en un orden coercitivo, efectivo en general, lo cual significa interpretar el sentido subjetivo de dichos actos como su sentido objetivo.

La norma básica puede ser llamada constitución en el sentido lógico-transcendental a diferencia de la constitución en el sentido del derecho positivo. Esta es la constitución establecida por actos de voluntad humana, cuya validez es fundamentada con la norma básica presupuesta.

La norma básica puede ser presupuesta pero no es necesario que lo sea. Lo que la ética y la ciencia jurídica expresan acerca de ella es: sólo presuponiéndola, el sentido subjetivo de los actos de voluntad dirigidos al comportamiento de otros puede ser interpretado también como su sentido objetivo, pueden interpretarse estos contenidos de sentido como normas morales o legales obligatorias. Como esta interpretación se encuentra condicionada por la presuposición de la norma básica debe reconocerse que las proposiciones del deber (Sollsätze) pueden ser interpretadas solamente en este sentido condicionado como normas morales o legales de validez objetiva.

En contra de la suposición de una norma establecida no por un acto real de voluntad sino presupuesta solamente en el pensamiento jurídico, se puede hacer valer, que una norma puede constituir únicamente el sentido de un acto de voluntad, no de un acto de pensamiento; que existe una correlación esencial entre deber (Sollen) y querer (Wollen). Se puede hacer frente a esta objeción solamente reconociendo que junto a la norma básica pensada también debe ser pensada una autoridad imaginaria, cuyo acto de voluntad -fingido- encuentra su sentido en la norma básica.

Con esta ficción la suposición de la norma básica entra en contradicción con la suposición de que la constitución, cuya validez está fundada en la norma básica, constituya el sentido del acto de voluntad de una máxima autoridad por encima de la cual no puede haber ninguna otra. Con ello la norma básica se torna en genuina ficción en el sentido de la filosofía del 'como si' de Vaihinger. Una ficción se caracteriza por el hecho de que no solamente se contradice con la realidad sino que además es contradictoria consigo misma. Pues la suposición de una norma básica -como por ejemplo la norma básica de un orden religioso moral: "Deben ser obedecidos los mandamientos divinos" o la norma básica de un orden legal "Debemos comportarnos como lo indica la constitución históricamente primera" -contradice no sólo a la realidad, ya que no existe una norma tal como un sentido de un acto de voluntad real, sino que ella además es autocontradictoria, dado que representa la autorización de la autoridad moral o legal más elevada, partiendo de esta manera de una autoridad -por cierto que sólo fingida- situada aún por encima de esa autoridad.

Según Vaihinger una ficción es un recurso del que se vale el pensamiento cuando no logra alcanzar su objetivo con el material dado. El objetivo del pensamiento en el caso de la norma básica es:

fundamentar la validez de normas que configuran un orden moral o legal positivo, o sea, interpretar el sentido subjetivo de los actos que establecen estas normas como su sentido objetivo; pero esto significa: interpretarlas como normas válidas y a los actos como normativos. Esta meta se alcanza únicamente por medio de una ficción. Nótese, por lo tanto, que la norma básica en el sentido de la filosofía del 'como si' vaihingeriana no constituye una hipótesis -como yo mismo la he caracterizado algunas veces- sino una ficción, que se diferencia de una hipótesis por el hecho de que la acompaña, o debería acompañarla, la conciencia de que no responde a la realidad.

4. Jerarquía de las normas.

La relación entre una norma superior y una norma inferior reside en el hecho de que la validez de una norma fundamente de una u otra manera a otra. Una norma está en relación con otra norma, la superior respecto de una inferior, si la validez de ésta queda fundamentada por la validez de aquélla. Si la validez de la norma inferior queda fundamentada por la validez de la norma superior por el hecho de que la norma inferior fue creada en forma tal como lo prescribe la norma superior, entonces la norma superior posee con respecto a la norma inferior un carácter constitucional, ya que la esencia de la constitución reside en reglamentar la creación de normas. La ley que regula el procedimiento por el cual los órganos que aplican el derecho, en especial los tribunales, generan normas individuales, es entonces *constitución* en relación al procedimiento de estos órganos, tal como la *constitución* en el sentido específico más ceñido de la palabra lo es en relación al procedimiento de promulgación de leyes y la constitución en el sentido lógico-transcendental en relación a la primera constitución histórica, es decir, a la constitución en el sentido del derecho positivo.

De esta manera el concepto de la constitución queda relativizado. Visto desde la norma básica, tanto un orden moral positivo como un orden legal positivo constituyen un vínculo de creación, en la medida que la norma básica determine solamente quién ha de ser el que dicte las normas del orden moral o legal -es decir: queda determinada solamente la autoridad suprema normativa y no el contenido de las normas que serán establecidas por esta autoridad facultada para ello. Las normas establecidas por las autoridades supremas de la moral o el derecho -Dios, el autor de la constitución-, habilitadas para ello por la norma básica, pueden facultar, a su vez, nuevamente a otras autoridades a fijar normas, determinándoles o no el contenido de esas normas. Visto desde el punto de vista de las máximas autoridades de la moral y el derecho, habilitadas por la norma básica, la estructura de las normas positivas que conforman el orden moral o legal no es necesariamente un mero vínculo de creación (Erzeugungs-Zusammenhang).

En el ámbito de la moral ello es evidente por cuanto la autoridad moral suprema no autoriza nunca a otra autoridad inferior a fijar normas de cualquier contenido. La norma proclamada por Pablo "debe obedecerse a las autoridades" no significa, seguramente, que deba obedecerse también a una orden

emanada de la autoridad que viole ciertas normas puestas por Dios directamente, tales como "no tendrás otros dioses fuera de mí". En el ámbito del derecho, por regla general, ocurre lo mismo, porque la constitución por lo general no se limita a determinar el procedimiento de creación de normas generales de derecho -la así llamada legislación- sino que frecuentemente determina también, por lo menos en forma negativa, el contenido de futuras leyes, para lo cual excluye ciertos contenidos, como la limitación de la libertad de expresión, de la libertad religiosa o que se contemplan ciertas desigualdades como las de la raza.

Pero las normas generales fijadas por el legislador determinan siempre no solo el procedimiento de los órganos que han de aplicar estas normas, sino también el contenido de las mismas, de manera que un orden legal positivo, por lo menos visto desde las leyes, no es un mero nexo de creación. Sin embargo es posible imaginar un orden legal que posea este carácter: el orden legal del estado ideal de Platón autorizaba a los jueces a decidir casos individuales según su saber y entender, sin estar atados a normas generales predeterminadas.

Sea como fuere, un orden legal positivo no expresa un sistema de normas del mismo rango sino normas supraordinadas o subordinadas, es decir, una jerarquía estratificada, donde el estrato superior es ocupado por la constitución cuya validez está fundamentada por la norma básica presupuesta, y el inferior por las normas individuales que establecen un comportamiento determinado concreto como debido (gesollt). En esta estructura la validez de la norma superior que regula la creación de la norma inferior siempre fundamenta la validez de esta última.

La función de la constitución es fundamentar la validez.