

**EFICACIA Y CONSTITUCION
ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA
TEORIA PURA DEL DERECHO**

Pablo Eugenio Navarro
Estudi de Dret,
Estudi General de Girona (UAB)

José Juan Moreso Mateos
Facultat de Dret
Universitat Autònoma de Barcelona

“El criterio de identidad y existencia de un orden jurídico contiene tres elementos fundamentales: eficacia, carácter institucional y fuentes. La eficacia es la menos controvertida de estas condiciones. Curiosamente es, también, la menos estudiada y la menos entendida”.
Joseph Raz

La *Teoría del Derecho*¹ de Hans Kelsen ha ejercido una profunda influencia en filósofos y juristas. Es bien conocido que, en la obra de Kelsen coexisten dos importantes tradiciones: la filosofía kantiana y el positivismo filosófico². El aspecto kantiano más relevante de la *Teoría Pura del Derecho* es la Norma Básica Fundante. Por su parte, el positivismo se hace presente en la creencia de que la existencia del derecho depende de acciones humanas. Ambas cuestiones se presentan conjuntamente en un punto: al interrogarnos acerca de la validez de la constitución, ya que, en la *Teoría Pura del Derecho*, validez y eficacia de la constitución son conceptos coextensivos.

¹ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de R. Vernengo, UNAM, México, 1979.

² Moreso, José, “Ciencia Jurídica y Dualismo Metodológico” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1990.

En este trabajo analizaremos las condiciones de verdad de las proposiciones que afirman la eficacia de una constitución. Nuestro objetivo es, a través de la crítica de algunos aspectos de la *Teoría Pura del Derecho*, contribuir a la discusión de uno de los puntos fundamentales del positivismo jurídico: la eficacia es una condición necesaria de la existencia de los sistemas jurídicos.

Finalmente, una advertencia antes de la discusión: en este trabajo consideraremos, casi con exclusividad, las ideas de Kelsen expresadas en la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*.

I

1. Por "enunciado de eficacia" entenderemos a una expresión del siguiente tipo: "la norma N es eficaz", "el sistema jurídico S_j es ineficaz", "no es el caso de que la norma N es eficaz", etc. En estos sentidos, la eficacia es una propiedad que se predica de normas o sistemas normativos. Si restringimos nuestro análisis a las normas y sistemas jurídicos, podemos interrogarnos acerca de las condiciones necesarias y suficientes para la verdad de las proposiciones expresadas en los enunciados de eficacia. Un enunciado de eficacia puede expresar varias proposiciones con diferentes valores veritativos, según sean los significados asignados a los distintos términos que componen el enunciado de eficacia.

Es plausible suponer que el enunciado "la norma N es eficaz" expresa una proposición que implica a la proposición expresada por el enunciado "la norma N existe". Sin embargo, la identificación de una norma involucra complejos problemas, que pueden presentarse de la siguiente manera: generalmente las normas son formuladas en un lenguaje (*formulación normativa*), pero esto no implica que las normas *son solamente* expresiones lingüísticas. Por tanto, es importante establecer qué relación existe entre normas y lenguajes, y de qué manera afecta a la existencia de las normas la modificación ya sea de una formulación normativa o de su significado.

Para una teoría positivista, las normas jurídicas legisladas son el resultado de un acto de voluntad, pero no todo acto de voluntad produce una norma jurídica. Las condiciones para la existencia de una norma varían considerablemente entre las teorías del positivismo jurídico. En la *Teoría Pura del Derecho*, una condición necesaria de la existencia de una norma es el acto de prescribir por parte de la autoridad normativa, cuyo significado subjetivo consiste en querer que una persona se comporte de una manera específica. Si la norma, como instrumento de la voluntad del legislador para motivar el comportamiento, se expresa en un lenguaje, entonces, puede suceder que el significado de la expresión no coincida con la voluntad de la autoridad normativa. Al respecto, señala Kelsen:

"La jurisprudencia tradicional reconoce en forma general la posibilidad de que la llamada voluntad del legislador, o la intención de las partes en un negocio jurídico no correspondan a las palabras utilizadas en la ley o en el negocio jurídico"³.

³ Kelsen, Hans, *ob. cit.* en nota 1, pp. 351.

También añade:

“Pese a los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver, en favor de uno u otro, en manera objetivamente válida el conflicto entre voluntad y expresión... Inclinar a la voluntad supuesta del legislador, dejando a un lado el tenor literal, o bien atenerse estrictamente al tenor literal sin preocuparse por la voluntad —por lo general, problemática—, del legislador, es, desde el punto de vista del derecho positivo, equivalente por entero”⁴.

El desarrollo completo de una teoría de la identificación implica, entre otras cosas, exponer el tipo de relación que existe entre la actitud volitiva de las autoridades normativas y las expresiones lingüísticas. Esto es así porque, si las normas expresan actos de voluntad entonces es necesario, a los efectos de analizar el cumplimiento de las normas, conocer lo que pretende la autoridad normativa. En la mayoría de los casos, para el conocimiento de las prescripciones es necesario y suficiente establecer el significado de una formulación normativa. Sin embargo es importante remarcar que la existencia de una norma no se confunde con la existencia de una formulación normativa. Por el contrario, a menudo, se pretende que ciertas características peculiares del derecho, vgr: coactividad e institucionalización, deben estar reflejadas en la estructura de las normas jurídicas⁵. En estos casos, las normas son el resultado de una reconstrucción conceptual guiada por los principios de individualización que aceptan las distintas teorías del derecho. En este sentido, establecer el significado de una formulación normativa puede ser condición necesaria (pero no suficiente) para la verdad de un enunciado acerca de la existencia de normas. Por consiguiente, si la existencia de una norma depende de los principios de individualización utilizados en el discurso de la ciencia jurídica, entonces “el derecho”, en tanto conjunto de normas, es el producto que elaboran los juristas. Distintas teorías pueden discrepar acerca de cuando existe una norma porque escogen diferentes principios de individualización (vgr, vinculación normativa vs. sanciones socialmente organizadas) y puede ser que no exista ningún criterio independiente para establecer cuál es verdadera. Esto tiene como resultado que, para una teoría T el conjunto de formulaciones normativas C_1, C_2, \dots, C_n pueden expresar la norma N; mientras que para una teoría T_1 los mismos enunciados expresan la norma N_1 . Por consiguiente, establecer la eficacia de las normas de un sistema SJ puede, eventualmente, conducir a los teóricos de T y T_1 a tratar de acreditar la existencia de diferentes hechos⁶.

⁴ Kelsen, Hans, *ob. cit.* en nota 1, pp. 352.

⁵ Raz, Joseph, *The Concept of the Legal System*, cap. IV y V, Oxford UP., Oxford, 1970.

⁶ Caracciolo, Ricardo: “Conocimiento de las Normas” en *Actas del Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, La Plata, 1982.

II

1. El término "eficacia", al igual que los términos "norma" y "existencia", es ambiguo⁷. Dos significados de "eficacia" poseen especial relevancia en el discurso jurídico. Kelsen destaca este hecho de la siguiente manera:

"Dado que en lo que antecede también se ha hablado de la "eficacia" de un orden, corresponde destacar aquí, que, en el sentido propio de la palabra, un 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 casualmente por el deseo del premio, y su contraria, por el temor a la pena. Pero se habla también de un orden "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. El concepto de eficacia tiene aquí un significado normativo y no casual"⁸.

Dejando aparte el caso de los premios, la eficacia casual de una norma se relaciona con la conducta obligatoria. Una norma N es casualmente eficaz si y sólo si un sujeto s produce la conducta obligatoria por temor a la sanción. En este sentido, la conducta de los órganos aplicadores de la sanción es irrelevante. Respecto de la eficacia normativa, Kelsen sostiene que:

"... (B)ajo la noción de eficacia de una norma jurídica, que enlaza a una determinada conducta como condición, una sanción como consecuencia, no ha de entenderse únicamente el hecho de que esa norma sea aplicada por órganos jurídicos y, en especial, por los tribunales... sino también el hecho de que esa norma sea acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico..."⁹.

2. Una importante diferencia entre la eficacia casual y la eficacia normativa está marcada por la relevancia del papel que desempeñan los órganos jurídicos de aplicación de la sanción. La preponderancia del concepto de eficacia normativa en la *Teoría Pura del Derecho* puede explicarse desde un punto de vista funcional. Kelsen sostenía que: "la función de la norma jurídica consiste en ligar la sanción como consecuencia a ciertas condiciones, entre las cuales el delito ocupa una parte principal"¹⁰.

Y, consecuentemente, Bobbio afirma que: "es bien sabido que la teoría kelseniana del derecho como ordenamiento coactivo se apoya principalmente en la afirmación de que el derecho se compone de normas y que la característica de esas normas no es prescribir comportamientos (y menos aún autorizarlos), sino establecer un nexo de imputación entre el acto ilícito y la sanción"¹¹.

⁷ Bulygin, Eugenio: "An Antinomy in Kelsen's Legal Theory", en *Ratio Juris*, vol. 3, Núm. 1, (1990), pp. 36 y ss.

⁸ Kelsen, H., *ob. cit.* en nota 1, pp. 40 y 41.

⁹ Kelsen, H., *ob. cit.* en nota 1, pp. 25.

¹⁰ Kelsen, H.: "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence" en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, pp. 275, University of California Press, Berkeley, Los Angeles.

¹¹ Bobbio, Norberto: "Hacia una Teoría Funcional del Derecho" en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio Gioja*, pp. 15, Astrea, Buenos Aires, 1976.

En este sentido, el derecho organiza la fuerza (la coacción) por medio de regular la aplicación de sanciones; es decir regulando la conducta de los órganos jurídicos y, por tanto, es natural considerar que la eficacia de un orden consiste en la adecuación entre la conducta que es y la conducta debida; ya que, en la *Teoría Pura del Derecho*, la conducta debida es (a diferencia de la conducta obligatoria) la aplicación de la sanción por parte de los órganos jurídicos¹². Este hecho, a menudo, resulta oscurecido porque Kelsen no explicita claramente a quienes se dirigen las normas jurídicas¹³, es decir, quienes son los sujetos normativos de las prescripciones del ordenamiento jurídico. De esta manera la afirmación: "(U)n ordenamiento normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas"¹⁴ es gravemente indeterminada¹⁵.

Otra diferencia importante entre la eficacia casual y la eficacia normativa es el vínculo entre norma y conducta obligatoria. En los casos de eficacia casual, el deseo del premio o el temor al castigo determina el comportamiento del sujeto, pero en los casos de eficacia normativa, ¿es suficiente la equivalencia entre la descripción de la acción del sujeto y la descripción de la conducta obligatoria? En otras palabras: ¿si el sujeto no conoce la norma, pero produce igualmente la conducta obligatoria, es esa norma eficaz?. Kelsen señala que:

"...(T)ambién los individuos, que no tienen que aplicar el derecho, sino acatarlo al llevar a cabo la conducta que evita las sanciones, tienen que comprender las normas jurídicas que deben acatar, estableciendo para ellos su sentido"¹⁶.

Este párrafo sugiere una respuesta negativa, aunque no es concluyente. Si se concede que una función de las normas jurídicas (aunque, como vimos, ni siquiera la única) es motivar la conducta de los sujetos por medios de prescripciones, entonces es necesario identificar las normas y decidir un curso de acción según los contenidos prescriptos¹⁷. En este sentido, el conocimiento de las normas jurídicas forma parte de los criterios de evaluación del rendimiento del derecho como técnica de motivación. Sin embargo, este es un problema distinto al de la existencia de los sistemas jurídicos. Una posible fuente de confusión de ambos problemas (existencia y funciona-

¹² Kelsen, H., *ob. cit.* en nota 1, pp. 39.

¹³ J. Raz, por ejemplo, afirma que para Kelsen las normas jurídicas se dirigen a los jueces (Raz, Joseph, "El Positivismo Jurídico y Las Fuentes del Derecho" en *La Autoridad del Derecho*, pp. 64, nota 5, trad. de R. Tamayo, UNAM, México, 1982). Pero, si por "sujeto normativo" designamos a aquellos individuos que tienen que realizar la conducta debida, entonces las normas no se dirigen a los jueces sino a los órganos que ejecutan las sentencias judiciales.

¹⁴ Kelsen H., *Teoría Pura del Derecho*, 1.^a ed., pp. 25, Trad. de M. Nilvé, EUDEBA, Buenos Aires, 1987.

¹⁵ Navarro, Pablo: "Eficacia, Tiempo y Cumplimiento", *Doxa*, Núm. 4, pp. 261, 1987. Navarro, P., *La Eficacia del Derecho*, cap. IV, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

¹⁶ Kelsen, H., *ob. cit.* en nota 1, pp. 349.

¹⁷ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: "von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law" en *The Philosophy of Gerog Henrik von Wright*, P. Schilpp (ed.), pp. 668, La Salle, Illinois, 1989.

miento de los sistemas jurídicos) es el hecho que la eficacia forma parte de las respuestas que los positivistas ofrecen en ambas cuestiones. Por una parte se afirma que la eficacia es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, y por otra parte, se sostiene que si un sistema jurídico guía el comportamiento, entonces es eficaz. Pero, mientras que el conocimiento de las normas es indispensable al nivel de la determinación del comportamiento de los sujetos normativos, la exigencia de idéntico nivel epistémico puede constituir un requisito demasiado fuerte respecto de la existencia del sistema jurídico¹⁸.

III

1. A menudo se ha señalado que la eficacia del derecho es realmente el criterio de identificación y existencia de los sistemas jurídicos subyacente en la *Teoría Pura del Derecho*¹⁹. Kelsen, sin embargo, sostiene que la eficacia es sólo una condición de validez de las normas y que la respuesta al problema de la identidad y existencia del orden jurídico depende de presuponer la validez de una constitución específica. A su vez, tal presuposición es admisible sólo cuando la constitución es eficaz. En la *Teoría Pura del Derecho* es posible señalar distintos significados de "constitución":

a) Constitución material: son las normas positivas mediante las cuales se reglamenta la producción de las normas jurídicas generales;

b) Constitución formal: es el documento denominado "constitución", que no contiene solamente normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a objetivos políticos importantes, etc.²¹.

De estos conceptos de "constitución", Kelsen otorga preponderancia a la constitución en sentido material²² y, por tanto, debemos establecer que qué circunstancias una constitución material es eficaz, a los efectos de presuponer su validez. En este punto hay, al menos, dos problemas, estrechamente relacionados, que nos limitaremos a enunciar:

a) *Selección de un conjunto relevante de disposiciones que regulan la creación de normas jurídicas generales*. Las disposiciones que forman parte de la constitución tienen que satisfacer un criterio de pertenencia. Kelsen, sin embargo, no proporciona indicación alguna al respecto y, por consi-

¹⁸ Kliemt, Hartmut: *Las Instituciones Morales*, pp. 194 y ss. trad. J. M. Seña, Alfa, Barcelona, 1986.

¹⁹ Por ejemplo, Guibourg, Ricardo: *Derecho, Sistema y Realidad*, Astrea, Buenos Aires, 1986. Navarro, Pablo: "Derecho, Sistema y Realidad. Comentario Bibliográfico al libro de Ricardo Guibourg" en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. XIV, Núm. 2, (1988), pp. 247 y 248.

²⁰ Kelsen, H., *ob. cit.* en nota 1, pp. 232. Walter, Robert: *La Estructura del Orden Jurídico*, pp. 42, Temis, Bogotá, 1984.

²¹ Kelsen, H., *ob. cit.* en nota 1, pp. 233.

²² Kelsen, H., *ob. cit.* en nota 1, pp. 232.

guiente, no se puede decidir acerca de la pertenencia de una disposición D al conjunto de disposiciones que conforman la constitución material²³;

b) *La regulación de normas jurídicas siempre tiene una alternativa que confiere validez a cualquier norma inferior.* Todo sistema jurídico puede considerarse desde un punto de vista dinámico, el derecho regula su propia creación mediante normas que regulan la producción de normas inferiores. A los efectos de resolver el problema de los conflictos de normas de diferente nivel, Kelsen señala que las normas que regulan la creación de otras normas inferiores siempre dejan abierta una alternativa respecto al procedimiento y al contenido de las normas inferiores. pero como señala Nino, "... (S)i se admite el contenido abierto de las normas que regulan la creación de otras respecto al procedimiento y la materia, debe admitírsele también con relación al órgano. No puede dejar de ser desalentadora; por tanto, una tesis que induce a sostener que el derecho positivo autoriza a cualquier persona a dictar normas mediante cualquier procedimiento y sobre cualquier materia"²⁴.

2. Si el objeto del que se predica eficacia es un conjunto de normas, es suficiente que la mayoría de ellas sean eficaces. Kelsen se refiere a este tema en los siguientes términos:

"La validez está condicionada por la eficacia en el sentido de que un orden jurídico como un todo... *pierde su validez si no llega a ser, en forma general, eficaz*"²⁵.

En otro de sus trabajos añade:

"El fundamento de validez de un ordenamiento jurídico es una norma fundamental presupuesta que estatuye que uno debe comportarse de acuerdo con una constitución que ha sido efectivamente creada y es eficaz en términos generales y de acuerdo también con las normas creadas en virtud de esa constitución, que son eficaces en términos generales"²⁶.

Sin embargo, en el caso del conjunto de normas que integran la constitución material, Kelsen ofrece un criterio diferente y afirma:

Criterio 1: "Una constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ellas son aplicadas y acatadas en términos generales"²⁷.

Por tanto, la eficacia de la constitución consiste en que las normas inferiores sean obedecidas y aplicadas. Es fácil concluir que, en la *Teoría Pura del Derecho*, la eficacia de la constitución y la eficacia del orden jurídico son

²³ Para una lúcida discusión, véase, Caracciolo, Ricardo: *El Sistema Jurídico. Problemas Actuales*, pp. 34 y ss., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

²⁴ Nino, Carlos: "El Concepto de Validez y el Problema del Conflicto entre Normas de Diferente Jerarquía en la Teoría Pura del Derecho" en *Derecho, Filosofía y lenguaje*, pp. 139, ob. cit. en nota 11. Ruiz Manero, Juan: *Jurisdicción y Normas*, pp. 60 y ss., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

²⁵ Kelsen, H. "El Profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho" en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, pp. 64, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.

²⁶ Kelsen, H. "Una Teoría "realista" y la Teoría Pura del Derecho" en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, pp. 24, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.

²⁷ Kelsen, H., ob. cit. en nota 1, pp. 219. Cfr. También: "Sobre el Concepto de Orden Jurídico" en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, pp. 98, Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.

equivalentes, porque ambos conceptos se definen en relación a la eficacia de las normas inferiores. Pero, ¿cuál es la razón para aceptar estas definiciones? Si la constitución es un conjunto de normas, entonces, sería suficiente que la mayoría de ellas sean eficaces con independencia de las normas inferiores. Si la constitución no es un conjunto de normas, entonces es necesario proporcionar un criterio para asignar el predicado "eficacia" a un objeto que no es una norma. Posiblemente, Kelsen se inclina por la segunda alternativa en razón de que la constitución es, principalmente, una técnica de asignación de competencias. Desde un punto de vista funcional, la constitución regula a los órganos jurídicos y al procedimiento legislativo, autorizando la creación de normas inferiores²⁸. Por consiguiente, la constitución es una norma no-independiente; ya que no imputa actos coactivos a determinados comportamientos. Al carecer de esta propiedad, los conceptos de eficacia normativa y causal son inaplicables. La eficacia normativa (que es el concepto relevante a los efectos de presuponer la validez de la constitución) exige una relación adecuada entre conducta debida o conducta obligatoria y el comportamiento de los sujetos. Pero, si la constitución no señala ningún acto coactivo como debido, entonces no hay lugar para el acatamiento o la aplicación de una sanción.

El *criterio 1* puede cuestionarse de la siguiente manera: la eficacia de la constitución exige que las normas inferiores sean acatadas y aplicadas. Puede suceder que los individuos no acaten las normas y, en este caso, los órganos jurídicos deben aplicar la sanción. Pero, ¿cuál es la calificación deóntica del acto coactivo (sanción)? El concepto de deber jurídico de Kelsen exige para calificar como obligatoria a la aplicación de la sanción prevista en una norma N a otra norma N' que impute una sanción a la no-aplicación de la sanción N. La existencia de la norma N' es una cuestión contingente y, por consiguiente, en muchos casos, la aplicación de una sanción está solamente autorizada. Sin embargo, autorizar un comportamiento significa permitir su ejecución y su omisión²⁹ y, justamente por ello, tanto la aplicación como la no-aplicación de la sanción están autorizadas por la norma jurídica. En este sentido, toda conducta de los órganos jurídicos es acatamiento. A su vez, no puede argumentarse que la única conducta permitida es la aplicación de la sanción; ya que ello significa: (i) que la omisión de la aplicación de la sanción está prohibida. Pero, como señalamos antes, esto es una cuestión contingente, o bien (ii) que la omisión de la aplicación de la sanción no está jurídicamente regulada³⁰. Una acción u omisión que carece de regulación jurídica constituye una laguna normativa y es bien conocido que Kelsen no admitía la existencia de sistemas jurídicos incompletos³¹. Por

²⁸ Kelsen, H., *ob. cit.* en nota 10, pp. 279-280.

²⁹ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, pp. 36, Astrea, Buenos Aires, 1974.

³⁰ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, *ibidem*, pp. 76 y ss.

³¹ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, *ibidem*, pp. 184 y ss.

tanto, si un órgano no aplica la sanción prevista en una norma N, su comportamiento también está autorizado por el derecho. Se podría argumentar que la calificación deóntica de la conducta del órgano aplicador de la sanción prevista por N es una cuestión diferente de la aplicación del predicado "eficacia" a N. La aplicación de esta propiedad sólo exige que se aplique la sanción prevista con independencia de la calificación deóntica de las acciones de los órganos jurídicos. Sin embargo, esta solución tiene el inconveniente de distorsionar el significado intuitivo de "eficacia", ya que este concepto es utilizado, generalmente, como el correlato de la obediencia al derecho. Así, es natural afirmar que si una norma N es obedecida, entonces es eficaz y también es natural señalar que no tiene sentido calificar de eficaces a las normas permisivas. En un caso extremo en que las normas del sistema no son acatadas y los órganos jurídicos no aplican las sanciones previstas, podría sostenerse que la constitución es ineficaz pero el comportamiento de los órganos jurídicos está permitido. Si queremos evitar esta conclusión un tanto paradójica (ya que intuitivamente asociamos ineficacia y conductas desautorizadas), es preciso calificar como obligatoria a la aplicación de la sanción. Sin embargo es difícil mostrar en los sistemas jurídicos un número significativo de normas que imputen un acto coactivo a la omisión de la aplicación de una sanción³². Por tanto es conveniente explorar otro criterio respecto de la eficacia de la constitución.

Kelsen también señala que la eficacia de una constitución está en directa relación con la producción de normas generales y, por ejemplo, en el caso de la sustitución de una constitución por otra constitución nueva, la eficacia de la nueva constitución consiste en la producción de normas generales por las nuevas autoridades competentes³³. Por consiguiente puede enunciarse el siguiente criterio:

Criterio 2: "Una constitución C es eficaz cuando las autoridades competentes promulgan y aplican normas conforme a C."³⁴

Este párrafo sugiere que la eficacia de la constitución sólo requiere que las autoridades dicten normas generales conforme al procedimiento y contenido establecido por la constitución. Es importante advertir que este criterio es diferente (aunque no independiente) del *criterio 1*. La autoridad normativa puede promulgar un conjunto de normas N conforme a las disposiciones constitucionales y, a su vez, N puede que no sea obedecida ni aplicada su correspondiente sanción. De acuerdo al *criterio 1*, la constitución es ineficaz y según el *criterio 2*, la constitución es eficaz. Según señalamos con anterioridad, la eficacia del orden jurídico exige que, en general, la constitución y las normas inferiores sean eficaces. Pero, si escogemos el *criterio 1*, la eficacia de la constitución es un requisito supérfluo ya que consistiría sola-

³² Nino, C., *Introducción al Análisis del Derecho*, pp. 193, Astrea, Buenos Aires, 1980.

³³ Kelsen, H., *ob. cit.* en nota 1, pp. 219.

³⁴ "The basic norm is thus not a product of free invention. It refers to particular facts existing in natural reality, to an actually laid down and effective constitution and to the norm-creating and norm-applying facts in fact established in conformity with the constitution". Kelsen, H. "The Function of a Constitution" en *Essays on Kelsen*, pp. 115, Tur, Richard et al (eds.), Clarendon Press, Oxford, 1986.

mente en que las normas inferiores sean acatadas y aplicadas. Probablemente, el *criterio 2* sea más adecuado, porque Kelsen reconoce que las normas son válidas antes de ser eficaces y, por tanto, la validez de las normas creadas conforme a la constitución (es decir: el sentido objetivo de los actos de aplicación de la constitución) tiene incidencia en la conducta de las autoridades normativas. Pero, subsiste un problema: si la validez de las normas inferiores es el criterio de eficacia de la constitución, y la eficacia de la constitución es condición necesaria de su validez, entonces, la constitución no puede fundamentar, sin circularidad, la validez de las normas inferiores³⁵.

Es posible que en este punto, a semejanza de otros, el conflicto entre el aspecto kantiano y el positivista no pueda resolverse sin grandes renunciaciones. En la *Teoría Pura del Derecho* esto significa o bien renunciar a explicar la normatividad del derecho (porque la norma Básica Fundante permite distinguir el asaltante del agente fiscal), o bien renunciar al carácter positivo del derecho (porque la eficacia de la constitución permite distinguir un orden jurídico existente de un orden jurídico ideal). Si se privilegia el concepto normativo de validez³⁶, entonces es innecesario caracterizar a las normas mediante actos de voluntad, ya que es suficiente con una teoría ética que nos permita identificar lo que realmente se debe hacer. Si se opta por la positividad del derecho, entonces es innecesario insistir en la validez de la constitución y una respuesta al problema de la pertenencia al sistema jurídico de las normas originarias puede consistir en negar que los conceptos "validez" e "invalidez" sean conjuntamente exhaustivos³⁷.

³⁵ Caracciolo, Ricardo: "Interpretación de sentido y Conocimiento jurídico" en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. III, Núm. 2, Buenos Aires, 1977.

³⁶ Ross, Alf: "La Validez jurídica y el conflicto entre positivismo jurídico y derecho natural" en *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*, trd. de Genaro Carrió et al., Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969. Nino, C.: "El Concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen" en *La Validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.

³⁷ Von Wright, Georg, *Norma y Acción: una Investigación Lógica*, pp. 204, Trad. de P. García, Tecnos, Madrid, 1971.