

## Derecho, poder, estructura y función

(La evolución de un tema kelseniano en la  
filosofía jurídica de Bobbio)

Por ANDREA GREPPI

Madrid

### I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que el problema clásico de las relaciones entre Derecho y poder ya ha sido exhaustivamente estudiado en la obra de Norberto Bobbio<sup>1</sup>, en este trabajo querría volver una vez más sobre él haciendo especial referencia a un conjunto de ensayos que Bobbio publicó a comienzos de los años ochenta. En ellos la relación entre Derecho y poder es el problema de fondo que acucia al filósofo turinés; Bobbio retoma entonces una materia que parecía, ya bastantes años antes, o bien resuelta, o bien abandonada<sup>2</sup>.

---

1. RUIZ MIGUEL, A., *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, par. 20: «El criterio último de la juridicidad: poder y fuerza», p. 274 a 306. CRACOGNA, D., «Poder y norma en el pensamiento de Bobbio»; en *Norberto Bobbio. Estudios en su homenaje*, número monográfico de la *Revista de ciencias sociales*, dirigido por A. Squella, Universidad de Valparaíso (Chile), n. 30, 1987. PRIETO SANCHÍS, L., «La sombra del poder sobre el Derecho» y CALSAMIGLIA, A., «Kelsen y Bobbio. Una lectura antikelseniana de Bobbio», ambos incluidos en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, A. Llamas Cascón (ed.); Universidad Carlos III / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993.

2. Serán tomados en consideración los siguientes artículos: «Le fonti del diritto in Kelsen» (1981); «Kelsen e il problema del potere» (1981); «Kelsen e il potere giuridico» (1982);

La razón para abordar de nuevo esta cuestión es poner de manifiesto que, en mi opinión, algunos elementos que aparecen en estos trabajos más recientes son nuevos con respecto a otros estudios kelsenianos de nuestro autor de los años '60, y sugerir que existen incluso diferencias sustanciales con respecto a la solución ofrecida en sus lecciones tan conocidas de los años '50.

Para poder interpretar estas diferencias (¿acaso demasiado pequeñas?; el lector juzgará) será necesario ampliar el análisis a otros aspectos y otras influencias que se han ido incorporando en este tiempo a la obra de Bobbio. En concreto, me refiero al giro en su concepción de la ciencia jurídica que va madurando entre mediados de los años '60 y los años '70. Este nuevo rumbo, quizá sólo esbozado más que plenamente desarrollado, se manifiesta en dos momentos particularmente señalados: la mesa redonda sobre el positivismo jurídico del año '66<sup>3</sup> junto con el artículo «Essere e dover essere nella scienza giuridica» (1967) y la publicación, en el año '77, de un conjunto de ensayos de teoría del Derecho con un título, *Dalla struttura alla funzione*<sup>4</sup>, que abría una nueva perspectiva (complementaria o alternativa a la tradicional<sup>5</sup>) en la ciencia jurídica.

De este nuevo curso en la meta-jurisprudencia de Bobbio podemos extraer dos elementos que resultan muy significativos y que van a poner de manifiesto esos elementos nuevos que aparecen en sus ensayos kelsenianos de los años '80, a los que antes aludía. El primero de ellos es que Bobbio, rompiendo con Kelsen y con un aspecto relevante del positivismo jurídico tradicional, llega a afirmar que es imposible elaborar una teoría «pura» del Derecho<sup>6</sup>. La ciencia del

---

«Dal potere al diritto e viceversa» (1981) incluidos en *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, ed. Scientifiche italiane, Napoli, 1992; y además «Il potere e il diritto», en *Nuova Antologia*, a. 117, fasc. 2142, apr.-giu., 1982. [En adelante, a fin de remarcar los distintos pasos de la evolución del pensamiento de nuestro autor, se indicará entre paréntesis el año en que apareció por vez primera cada uno de los trabajos citados].

3. A propósito de esta mesa redonda véase: RUIZ MIGUEL, A., «Bobbio y el positivismo jurídico italiano», estudio preliminar a Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, edición y traducción de A. Ruiz Miguel, 2.<sup>a</sup> ed., Debate, Madrid, 1990; BARRERE UNZUETA, M.C., *La escuela de Bobbio*, ed. Tecnos, Madrid, 1990 (cfr. p. 64 a 68); BORSELLINO, P., *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, ed. Giuffrè, Milano, 1991 (cfr. cap. 2.<sup>o</sup>, p. 97 y ss).

4. Ed. di Comunità, Milano, 1977.

5. Cfr. PATRIZIA BORSELLINO, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, citado, p. 235 y 238; con respecto al problema de si el análisis funcional del Derecho supone una superación definitiva de la concepción positivista del Derecho como ordenamiento coactivo, ver p. 230-231.

6. «(...) si può proporre una [...] lettura che, da un lato, attribuisce adeguato rilievo alla permanenza in Bobbio dei sopraccennati assunti normativistici, dall'altro, pone l'accento sul fatto che l'autore ha, negli anni sessanta, dato evidenza soprattutto alla scelta ideologica imprescindibilmente connessa a qualsivoglia modello metagiurisprudenziale, a qualsivoglia accostamento teorico al diritto». Cfr. BORSELLINO, P., *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, citado, p. 188.

Derecho (como, en general, cualquier otra ciencia social) debe admitir que es imposible alcanzar un conocimiento del fenómeno jurídico, que no sea conocimiento referido a valores. En los términos que Bobbio utilizó en 1967 eso suponía afirmar que una jurisprudencia «puramente descriptiva» sólo era posible a condición de presuponer una «meta-jurisprudencia» que tuviese carácter «prescriptivo», es decir, una meta-jurisprudencia que *prescribiera describir* el Derecho positivo <sup>7</sup>. A partir de entonces sería necesario poner en discusión una vez más la posibilidad de elaborar una «ciencia» jurídica revisando en profundidad los fundamentos epistemológicos del positivismo jurídico defendido por nuestro autor. Es decir, Bobbio podía constatar al final de la década de los '60 que la aproximación científica al positivismo jurídico había entrado en crisis <sup>8</sup>.

El otro elemento que va a ser útil para situar los escritos a los que me refería más arriba, es introducido por Bobbio en su obra como reflejo de algunas transformaciones del Estado ignoradas por las doctrinas iuspositivistas clásicas, y conduce a la elaboración de una teoría funcional del Derecho. En este trabajo se tendrá en cuenta esta nueva perspectiva funcional no sólo porque pone en evidencia determinados aspectos que quedaban ocultos a las teorías estructurales del Derecho y del Estado, sino también porque en este nuevo enfoque el poder pasa a desempeñar un papel central: el Derecho viene a ser analizado, precisamente *en función del poder*, como instrumento que éste emplea para realizar determinados fines y, por lo tanto, como instrumento para dirigir, condicionar y controlar el sistema social. No es casual por ello que el estudio del concepto de sanción (es decir, de la principal expresión del poder del Estado) se convirtiera en uno de los principales temas del análisis funcional del Derecho en Bobbio.

---

7. Cfr. «Ser y deber ser en la ciencia jurídica» (1967), incluido en versión castellana en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado.

RICARDO GUASTINI señala que Bobbio en 1967 «ribalta in radice le sue convinzioni degli anni cinquanta, impiegando con maggior rigore e spregiudicatezza gli strumenti dell'analisi linguistica, e approdando a una concezione della giurisprudenza assai vicina a quella propria del realismo giuridico» [cfr. «Norberto Bobbio teorico del diritto. (III) 1966-1980», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, n. 2, 1980, p. 483. Los anteriores capítulos de este estudio fueron publicados en los números 1/1978 y 2/1979 de esa misma revista].

Los presupuestos meta-teóricos de la ciencia jurídica de Bobbio en los años '50 han sido sintetizados anteriormente en la p. 88 de la obra citada por Patrizia Borsellino. Como puede observarse, la opinión de Guastini contrasta parcialmente con la de esta autora.

8. Sólo unos pocos años antes, en *Il positivismo giuridico* (1961), trad. castellana de R. de Asís y A. Greppi, ed. Debate, Madrid, 1994; p. 241, al establecer una diferencia entre *ideología, teoría, y método* de las doctrinas iuspositivistas, afirmaba Bobbio que «puesto que la ciencia o es avalorativa o no es ciencia, el método positivista es pura y simplemente el método científico y, por lo tanto, es necesario aceptarlo si se pretende hacer ciencia jurídica o teoría del Derecho (...)».

Pero también debemos tener en cuenta un tercer elemento que puede ayudar a interpretar los que son (por el momento) los últimos escritos jurídicos de Bobbio: a partir de los años '70 nuestro autor se ha orientado principalmente al estudio de la filosofía política, y la política es, según una de sus definiciones clásicas (quizá la que el mismo Bobbio preferiría), la esfera de la actividad humana relativa a la lucha por el poder. Incluso antes del giro «funcionalista» en su teoría del Derecho, ya desde 1966 (precisamente el año de la mesa redonda antes citada), había dedicado un curso universitario monográfico a la definición del concepto de poder <sup>9</sup>.

Me parece pues que en el estudio de los ensayos recogidos en *Diritto e potere* no se puede prescindir de estos nuevos elementos que se han incorporado al pensamiento de Bobbio seguramente *después* de sus primeros análisis de la relación Derecho/poder. Por lo demás, la vinculación entre teoría jurídica y teoría política, saberes que tienen como objeto común el poder, ha sido expresamente señalada por el propio Bobbio en diversas ocasiones <sup>10</sup>. En definitiva, son muchos y muy diferentes los campos de estudio que se entrecruzan en los últimos escritos kelsenianos de Bobbio: el agotamiento de una teoría exclusivamente estructural del Derecho, la necesidad de una aproximación descriptiva al fenómeno jurídico, una reflexión nueva a propósito del concepto de poder y, naturalmente, puesto que Bobbio es un autor kelseniano, la doctrina de la norma fundamental en la que Derecho y realidad social se entrecruzan. Por último veremos cómo, a diferencia de los trabajos anteriores y siguiendo también los pasos del último Kelsen, adquiere una importancia fundamental la noción de «poder jurídico», como elemento central en una definición iuspositivista del sistema jurídico.

Entre las diversas posibilidades que se presentan, este trabajo se desarrolla a partir de una diferenciación entre diversos conceptos de poder y analiza su relación con diversos puntos de vista sobre el fenómeno jurídico, todo ello, por supuesto, a través de los escritos de Bobbio. Me parece que el tratamiento de esa relación se encuentra a menudo

---

9. *Cfr. Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica.* CLUT - Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Torino, 1966. Me parece interesante destacar esta coincidencia cronológica entre los principales escritos citados a partir de los años '65 ó '66.

10. Derecho y poder —ha afirmado Norberto Bobbio en diferentes ocasiones— son dos caras de una misma moneda. Esta idea que a primera vista parece bastante evidente, ante un análisis un poco más detallado, como se pretende explicar más adelante, suscita numerosas dudas. Entonces ya no resulta fácil encontrar —tal como dice también Bobbio— «los nexos entre la teoría general de la política y la teoría general del Derecho, y más específicamente entre la teoría del poder, objeto principal de la primera, y la teoría de la norma, objeto principal de la segunda». *Cfr. BOBBIO, N., «Sobre el principio de legitimidad» (1964), en Contribución a la Teoría del Derecho, citado, p. 298.*

viciado por una notable ambigüedad que deriva, a su vez, de la dificultad de definir (tanto desde una perspectiva sociológica, como política o jurídica) el fenómeno del poder<sup>11</sup>. En primer lugar, se estudiará la relación entre Derecho y poder desde el punto de vista de la norma y, a continuación, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico; en uno y otro caso, se hará referencia a dos ámbitos diferentes, como son la sanción y el poder político eficaz, que generalmente suelen quedar incluidos indistintamente dentro del término «poder». La tercera parte, en cambio, gira en torno a la noción kelseniana de poder jurídico: el objeto principal de los estudios de Bobbio en los años '80 será precisamente el análisis de la nomodinámica kelseniana.

## II. NORMA Y PODER COERCITIVO

El carácter coactivo del Derecho es, según Bobbio, uno de los elementos constantes de las doctrinas del positivismo jurídico<sup>12</sup>, hasta el punto de que la coactividad es tradicionalmente considerada (incluso antes de la consolidación de las doctrinas iuspositivistas) como el elemento definitorio último del Derecho frente a los demás sistemas normativos.

Limitaremos por el momento nuestro estudio a la relación entre normas y poder coercitivo, es decir, a la relación entre normas y sanciones. Al abordar este problema Bobbio se encuentra ante dos modelos diferentes elaborados previamente por la teoría jurídica tradicional: uno seguido por la mayoría de las doctrinas iuspositivistas y otro, que él denomina «moderno», cuya formulación corresponde a Kelsen, Olivecrona y Ross<sup>13</sup>.

La primera doctrina describe el Derecho como un conjunto de normas, respaldado por sanciones (las cuales tienen la finalidad de garantizar su eficacia) establecidas por el poder soberano; es decir, describe el Derecho como un conjunto de normas respaldado por el poder coercitivo del Estado. La segunda, en cambio, describe el Derecho como un sistema de normas cuyo contenido específico no es la regulación de conductas, sino la regulación del uso de la fuerza por parte del Estado que es quien detenta su uso. Esta última concepción había llevado a

---

11. RUIZ MIGUEL, A., al referirse a la conexión de Derecho y fuerza con el poder político, indica la necesidad de diferenciar a este último de las restantes formas de poder (cfr. *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, citado, p. 274 y también p. 292). Dentro de la amplísima bibliografía que estudia, desde una perspectiva empírica, el problema del poder, véase LUKES, S., *El poder. Un enfoque radical*, trad. J. Deike, ed. Siglo XXI, Madrid, 1985.

12. Cfr. *Il positivismo giuridico* (1961), citado, p. 141 y cap. II de la segunda parte («La definición del Derecho en función de la coacción», p. 157 y ss.).

13. Cfr. «Derecho y fuerza» (1965), en *Contribución a la Teoría del Derecho*, citado, y «Ancora su diritto e forza. Replica al prof. Olivecrona», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LIV, núm. 2, 1977.

Kelsen a cambiar la convención clásica sobre la denominación de las normas primarias y secundarias de forma que, según el jurista vienés, pasaban a ser denominadas primarias precisamente las normas que instituyen sanciones: ese era el reflejo lógico, dentro de la «estática» kelseniana, de una determinada concepción que hace de la fuerza el objeto y contenido específico del Derecho (y, también, del Estado) <sup>14</sup>.

En sus escritos de los años '50 y '60 Bobbio parecía seguir en unas ocasiones la primera teoría, mientras que otras veces parecía preferir las doctrinas más recientes. Podría pensarse por lo tanto que, según aquellos escritos del autor turinés, no nos encontramos ante dos teorías absolutamente incompatibles entre sí <sup>15</sup>. En cualquier caso, y dejando al margen el problema de la definición de las normas primarias y secundarias, nuestro autor indicaba la necesidad de que el teórico del Derecho se situara en la perspectiva del ordenamiento para buscar una solución satisfactoria al problema de la relación entre Derecho y fuerza, que aquí nos ocupa. Es decir, Bobbio recurría a la noción de ordenamiento jurídico que le permitía alcanzar una solución teórica al problema de la relación entre normas y fuerza. Superada en el ordenamiento la incompatibilidad entre normas que contienen sanciones y normas que carecen de sanción, el sistema jurídico podía ser concebido, siguiendo la expresión de las doctrinas modernas, como «regulación del uso de la fuerza» y también, a un mismo tiempo, como «conjunto de normas respaldado en última instancia por el recurso a la fuerza».

Detrás de estas oscilaciones de Bobbio entre teorías instrumentalistas y objetualistas de la coacción había además, en mi opinión, un concepto impreciso de «fuerza» y de «poder»: un concepto que podía ser utilizado indistintamente como contenido del Derecho, como instrumento que respalda su eficacia y como fundamento fáctico de la existencia del ordenamiento. Me parece, por tanto, que se puede poner ya de manifiesto cierta indefinición que afecta al concepto de poder y que ahora me interesa destacar; ¿el «poder coactivo» del Estado que se ejerce por medio del Derecho, es acaso idéntico al «poder» que respalda la eficacia de un sistema jurídico? Creo oportuno señalar que la noción de «poder» que se encuentra detrás de la eficacia de un ordenamiento jurídico no

---

14. A propósito de la concepción del Derecho como regulación del uso de la fuerza escribe Bobbio: «Una de las paradojas que la teoría examinada pone en claro es también ésta: la teoría que habitualmente se considera como una de las cimas del formalismo jurídico es en realidad la única que da una definición del Derecho, entendido como ordenamiento jurídico en su conjunto, partiendo exclusivamente del contenido de sus reglas» [cfr. «Derecho y fuerza» (1965), en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 338].

15. Cfr. *Teoría del ordenamiento jurídico* (1960), en *Teoría general del Derecho*, trad. E. Roza Acuña, 2.<sup>a</sup> ed., ed. Debate, Madrid, 1991; p. 186 y 187. Estas dos perspectivas aparecen también en la exposición de RUIZ MIGUEL, A., en *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, citado, p. 274 y 275.

debe ser identificada sin más con el poder coactivo que se manifiesta típicamente en las sanciones jurídicas. O dicho de otra forma, hemos visto como Bobbio desplaza la relación entre Derecho y fuerza desde el contenido de las normas (o de una clase de ellas) al contenido del ordenamiento jurídico en su conjunto; sin embargo, creo que no es posible pasar del ámbito de la norma al del ordenamiento sin tener en cuenta que en el segundo caso se va a utilizar un concepto diferente y más amplio de poder que el de fuerza física ejercida por medio de los órganos del Estado (poder coercitivo): la nueva relación entre Derecho y fuerza deberá tener como base un nuevo concepto de poder que, aunque engloba al anterior (la delimitación empírica entre estas diversas formas de poder escapa a nuestro estudio y al de Bobbio también), se aproxima a la noción weberiana de «dominación»<sup>16</sup>.

Por otro lado, además, este nuevo planteamiento nos debería obligar a reconsiderar el concepto de poder coercitivo del Derecho, esto es, la noción de «sanción jurídica». Esta nueva perspectiva ahora ya no puede seguir siendo exclusivamente estructural, porque la sanción puede ser considerada como *medio* para la realización de los *finés* del Derecho<sup>17</sup>. El efectivo cumplimiento de las normas y la realización de los fines que esas normas protegen, una vez rechazada la conexión inmediata entre norma y sanción, puede ser obtenido por medio de otras «técnicas» diferentes que no son sólo la aplicación del poder coactivo estatal, como el propio Bobbio comprobará en escritos muy posteriores.

---

16. Sobre la «dominación como un caso especial de poder» véase, naturalmente, *Economía y sociedad* de MAX WEBER, edición castellana de J. Winckelmann, 2.<sup>a</sup> ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 695 y ss.; también POGGI, G., «Sulla tipologia weberiana del dominio», en *Mondoperaio*, n. 7, 1987.

17. BOBBIO en «Derecho y fuerza» (1965) p. 336 (nota 13) y en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 337, se detiene a analizar las relaciones entre el uso de fuerza y la sanción jurídica. Su conclusión es que «el ordenamiento jurídico establece las condiciones (normas materiales) en base a las cuales la intervención pasa a ser lícita y las formalidades (normas procesales) con las que esta intervención debe ejercerse. (...) Licitud e invalidez (...) regulan el uso de la fuerza que se encuentra a disposición del poder dominante para hacer eficaces las normas pertenecientes al sistema en su conjunto». La sanción es considerada por Bobbio como *medio* para la realización de los *finés* del Derecho; nulidad y pena, como formas de sanción jurídica, son dos clases de «la misma categoría generalísima, es decir de la categoría de los expedientes con los que el ordenamiento jurídico trata de obtener el máximo respeto a las normas establecidas creando una situación desfavorable al violador». Esta categoría general de los medios para condicionar el comportamiento de terceros pertenece, una vez más, a una teoría general del poder.

En un momento anterior (en su *Teoría de la norma jurídica* del año 1958, cuya traducción está incluida en *Teoría general del derecho*, anteriormente citada) apuntaba ya nuestro autor el carácter problemático del concepto de sanción. Por un lado definía la *sanción* como «la acción que se cumple sobre la conducta no conforme para anularla o, por lo menos, para anular sus consecuencias dañosas» (p. 119); si llevamos hasta sus últimas consecuencias esta definición, no resultará extraño que más adelante Bobbio afirmara que «el punto de vista formal es insuficiente para explicar y para caracterizar el fenómeno jurídico precisamente porque no logra dar cuenta de la sanción» (p. 139).

Por último, utilizando la terminología del Bobbio de los años '70, se podría decir que en los ensayos que hemos considerado por el momento (anteriores al año 1965), nuestro autor, además de presuponer que la labor del científico del Derecho es meramente «descriptiva», sigue aceptando implícitamente una imagen del Derecho centrada principalmente en su función protectora/represiva, propia de la tradición del estado liberal. En esta concepción encontraban acomodo tanto la perspectiva instrumentalista del positivismo tradicional, como las concepciones «modernas» de la relación entre Derecho y fuerza a las que antes hacíamos referencia. Veremos a continuación los desarrollos posteriores y los nuevos elementos que se fueron incorporando al planteamiento de Bobbio.

### III. PODER Y NORMA FUNDAMENTAL

En el apartado anterior se ha señalado la dificultad de establecer una relación entre norma jurídica y poder o, más concretamente, entre las normas jurídicas y el elemento del poder coercitivo que, según las doctrinas positivistas, es característica esencial del Derecho. La conclusión a la que llegábamos siguiendo a Bobbio era que la coerción no podía situarse exclusivamente en una categoría determinada de normas y que, por el contrario, la relación entre Derecho y poder sólo se podía establecer a partir de una definición del Derecho como sistema complejo de normas.

Se puede decir que desde esa nueva perspectiva la relación entre Derecho y poder se había convertido en una relación compleja. Compleja, en primer lugar, porque ya no consiste *sólo* en una relación directa entre una clase homogénea de normas y un hecho social determinado como es la aplicación de la fuerza física por parte de los órganos del Estado. Compleja también porque supone incluir en el análisis de esta relación aquellas normas e instituciones que son «condición para la aplicación» de las normas sancionatorias <sup>18</sup>.

---

18. En ese sentido las normas sancionatorias presuponen la existencia de otras normas *que se refieren* a ellas y que son, por tanto, *normas sobre normas*. Según Bobbio «lo que caracteriza a la distinción entre normas primarias y normas secundarias en todas sus acepciones es la individualización del fenómeno, que algunos incluso consideran específico del ordenamiento jurídico, de la presencia de normas cuya existencia está justificada por el hecho de que *se refieren a otras normas*» [cfr. «Normas primarias y normas secundarias» (1968), en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 313]. Esta diferenciación estructural justifica la distinción entre sistemas normativos simples y complejos.

Y compleja, por último, porque supone tomar en consideración también los fines que el poder estatal persigue por medio del establecimiento de sanciones coercitivas, de manera que irrumpen en una definición que pretende ser puramente formal del concepto de Derecho aquellos hechos sociales que son «condición» para la eficacia de las sanciones. Como consecuencia de ello, el estudio de la relación entre Derecho y poder va a derivar también hacia el análisis de otras circunstancias que se encuentran «detrás» de la efectividad del sistema jurídico y de la eficacia de cada norma jurídica en concreto.

«Poder efectivo —afirma Bobbio— es el poder que consigue obtener el resultado propuesto; norma eficaz es la norma observada o cumplida. La eficacia de la norma depende de la efectividad del poder, así como la efectividad del poder depende del hecho de que las normas sean eficaces»<sup>19</sup>. Es cierto, en efecto, que la efectividad del poder depende, en parte, de la eficacia de las normas: sin embargo —añadimos nosotros— quizá no depende solamente de eso. Considerar la efectividad del poder en relación con el Derecho supone también dar cabida en el análisis del fenómeno jurídico a esos otros fenómenos sociales que acompañan a la noción de «poder» y que permiten establecer la distinción entre la mera fuerza física y el poder respaldado por el consenso<sup>20</sup>. Supone admitir (tal como explica Bobbio en 1966) que el poder que respalda la eficacia del Derecho no es sólo reflejo de determinadas características subjetivas de quien manda, o reflejo de la posesión de determinados medios objetivos y materiales que otorgan poder; por el contrario, la delimitación entre los términos fuerza y consenso (aquí en relación con el Derecho) sólo puede ser definida dentro de un sistema complejo de relaciones sociales<sup>21</sup>.

Nos encontramos creo ante un problema que es determinante porque en él se puede comprobar si es posible o no realizar el proyecto de una teoría «pura» del derecho positivo. Ante todo será preciso definir el significado del principio kelseniano de efectividad, para ver en qué medida puede ser considerado como «fundamento» del orden jurídico. La respuesta que se ofrezca a esta cuestión previa nos permitirá valorar la oportunidad de seguir manteniendo la hipótesis de una «norma fundamental» como fundamento de la validez del sistema jurídico. Precisamente esta cuestión será planteada por Bobbio en escritos posteriores en los que estudia el «fundamento del fundamento» del sistema jurídico, esto es, el «fundamento de la norma fundamental». Desde nuestra perspectiva, en cambio, y volviendo al tema principal de este trabajo, se podría preguntar qué aporta la doctrina de la norma fundamental a la hora de esclarecer los fenómenos de la efectividad y validez, es decir, la relación entre poder y Derecho.

19. Cfr. «Sobre el principio de legitimidad» (1964), incluido en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 304.

20. A este problema ya había hecho una breve alusión en su *Teoría de la norma* (1958), citado, p. 137, aunque sin llegar a ninguna conclusión firme.

21. Estos intentos de definir el «contenido», o la «sustancia» del poder están tomados del cap. I de *Il problema del potere* (1966), anteriormente citado, dedicado a «La natura del potere».

No creo necesario describir en detalle cómo construye Kelsen el principio de efectividad, ni mucho menos recoger por extenso las críticas de que ha sido objeto. La idea básica de Kelsen, es que «la eficacia [de un orden jurídico] es una condición de la validez, pero no se identifica con ella»<sup>22</sup>. Para Kelsen será necesario admitir que el principio de efectividad es un requisito de la validez a fin de evitar que el concepto jurídico-formal de Derecho caiga en un idealismo absoluto: «todo orden jurídico tiene que perder necesariamente su validez si en algún momento cesa de ser eficaz»<sup>23</sup>.

El problema surge al contrastar las nociones de eficacia empírica y de norma hipotética que parecen ser, o bien incompatibles, o bien términos que se implican circularmente entre sí. Kelsen mismo, en la segunda edición de su teoría pura, es consciente de las dificultades que su doctrina suscita y por eso intenta responder tanto a la crítica metodológica que Ross le dirige, como a la crítica según la cual el poder, no es «condición», sino «fundamento» de la norma básica<sup>24</sup>.

Estas fueron en efecto, si no me equivoco, las dos objeciones principales de que ha sido objeto la doctrina kelseniana de la efectividad: la primera pone de manifiesto una inconsistencia metodológica al hacer referencia a un hecho empírico —la eficacia— como condición del deber-ser jurídico<sup>25</sup>; la segunda (que en el

22. Cfr. *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, ed. Porrúa, México 1991, p. 224.

23. *Teoría pura del Derecho*, citado, p. 220-1. Según A. CALSAMIGLIA «si Kelsen hubiera seguido fielmente su metodología, la teoría pura del Derecho desembocaría en el más desenfadado idealismo» (cfr. *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, ed. Ariel, Barcelona, 1978, p. 147).

24. La respuesta a la crítica de Ross se encuentra en la nota 125 de p. 220 a 223 de la *Teoría pura del Derecho* (edición citada). Con respecto a la segunda de las críticas, Kelsen hace referencia a los argumentos de E. Patterson para quien, en resumen, «suponer que la constitución es válida (...) depende a la postre de la autoridad política». La defensa de Kelsen consiste en preguntar por el fundamento de la autoridad del constituyente, la suprema autoridad jurídica: «el supuesto de que la constitución y las normas producidas conforme a ella valen, no depende en forma alguna de la autoridad del poder constituyente. Puesto que suponer que la constitución vale, es idéntico a suponer que el constituyente es una autoridad. La norma básica —continúa Kelsen— responde a la pregunta de cuál sea el *fundamento de esa autoridad* (...). Pero ¿quiénes son aquéllos que mantienen la constitución? Los individuos que la han promulgado y los individuos que la aplican (...). En ello reside la eficacia de la constitución y del orden jurídico producido conforme a ella. A esa eficacia se refiere evidentemente Patterson. La norma fundante básica hace de esa eficacia condición de validez» (Cfr. *Teoría pura del Derecho*, citado, p. 212-213). Así, unas páginas antes, dice también Kelsen: «la norma fundante básica es la instauración del *hecho fundante* de la producción del Derecho» (Cfr. p. 206).

El propio Kelsen consideraba que «la solución intentada [en la teoría pura] no es más que la *formulación científica exacta* de la vieja verdad: el Derecho no puede darse sin poder pero, con todo, no es idéntico al poder» [cfr. *Teoría pura del Derecho*, citado, p. 225; las cursivas, naturalmente, son mías].

25. CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, citado, p. 147: «La efectividad como condición de la validez implica la inconsistencia metodológica. (...) La efectividad es un *ser* que se introduce en el *deber ser* y de ahí surge la antítesis entre el formalismo (estudio del deber ser) y el positivismo».

fondo es sólo consecuencia de la anterior) afirma que el recurso a la eficacia convierte en inútil o superflua la construcción de la norma hipotética porque no logra fundar sobre sí misma la validez objetiva de las normas jurídicas. Esto último equivale a decir que *en realidad* no hay diferencia entre «condición» y «fundamento» de la validez misma.

En numerosas ocasiones Bobbio ha tomado en consideración estas críticas de la teoría kelseniana pero, como se intentará mostrar más adelante, no ha llegado a cerrar definitivamente la cuestión de la norma fundamental y el fundamento del Derecho. Así por ejemplo en *Il positivismo jurídico* (1961), a propósito de la primera crítica al principio de efectividad, escribe: «se puede poner en duda que [la norma fundamental] logre resolver el problema para el cual había sido formulada; [si se admite que] dicha norma existe jurídicamente en la medida en que de hecho es obedecida, volvemos a caer en la solución que se pretendía evitar con la teoría de la norma fundamental, es decir, hacemos depender el Derecho del hecho»<sup>26</sup>.

El segundo argumento, en cambio, fue desarrollado por Bobbio, algún tiempo después, en «Sobre el principio de legitimidad» (1964). Si se acepta la eficacia como fundamento de la norma hipotética<sup>27</sup> —escribe— «la norma fundamental ha terminado siendo perfectamente superflua: la tarea que le es asignada es la de legitimar un poder, el cual encuentra su legitimidad no en el hecho de estar autorizado por una norma superior, sino en el hecho de ser efectivamente obedecido»<sup>28</sup>.

---

La segunda crítica a la que me referiré seguidamente, también ha sido recogida por Albert Calsamiglia cuando sostiene que «la teoría kelseniana (...) no puede prescindir absolutamente del poder e implícitamente introduce el poder político *en abstracto* a través de la norma fundamental» [cfr. *Kelsen y la crítica de la ciencia jurídica*, citado, p. 136]. Para superar esta inconsistencia metodológica, este mismo autor propone hacer explícito el límite lógico de la doctrina kelseniana, situando en la base del sistema jurídico una no menos contradictoria *proposición factual de carácter hipotético* [cfr., *ibidem*, p. 146].

26. Cfr. *Il positivismo giuridico* (1961), citado, p. 237.

27. «En rigor no hay otra respuesta posible», comenta Bobbio; cfr. *ibidem*, p. 303.

28. Siguiendo precisamente la opinión de Bobbio, el poder (*hecho fundante básico*) debería ocupar el lugar de la norma fundamental según el profesor PECES-BARBA; para este autor «la norma fundante básica es expresión de la realidad del poder» [cfr. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ed. Debate, Madrid 1983, p. 441]. Como consecuencia de ello, en su opinión, «el fundamento último de validez de un sistema jurídico está en el poder» [cfr. «Reflexiones sobre Derecho y poder», en *Libertad, poder, socialismo*, ed. Civitas, Madrid 1978, p. 231]. En otros términos, «el poder es el que hace eficaz el ordenamiento y, por lo tanto, el que lo hace válido», tal como se expresa Rafael de Asís Roig, al exponer la posición de PECES-BARBA [cfr. «Notas sobre poder y ordenamiento», en *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 36, septiembre/diciembre 1992, p. 117].

Según RUIZ MIGUEL «Derecho y fuerza —en la concepción de Bobbio— se conectan con el poder político en cuanto que éste tiende a caracterizarse por su especial organización y perentoriedad a diferencia de otras formas de poder». Y, más en concreto, desarrollando el sentido de esa «conexión», el mismo autor escribe: «el fundamento de esa norma fundamental está fuera del ordenamiento jurídico, en último término en el poder coactivo efectivo» [cfr. RUIZ MIGUEL, A., *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, citado, p. 274 y 276].

En ese caso, «si el poder último es un poder de hecho, ¿qué necesidad hay de una norma que lo autorice?». La única conclusión posible para nuestro autor era que «la norma fundamental se invoca para legitimar un poder del que después tiene necesidad ella misma para ser fundada».

Decíamos antes que la crítica de Bobbio a la norma fundamental en sus escritos de los años '60 no había llegado a agotar todos los posibles aspectos de la relación entre Derecho y poder. Veamos a continuación dos vías a través de las cuales su análisis toma un nuevo rumbo; para ello, utilizaremos, de momento, alguna cita de los mismos textos que hemos venido considerando hasta ahora, y que parecen anunciar estudios posteriores.

«La teoría normativa del Derecho —afirma Bobbio—, en su versión más divulgada, que es la kelseniana, deja en sombra la otra cara de la moneda, la del poder»<sup>29</sup>. Si esto fuera cierto, podría preguntarse ¿qué otro aspecto del poder, del poder que es fundamento empírico del Derecho, queda oculto y debería ser puesto en evidencia por una teoría del Derecho? ¿Cómo definir y delimitar ese poder al que alude Bobbio? «Cuando la norma fundamental dice que se debe obedecer al poder originario —había escrito pocos años antes—, esto no se debe interpretar de ningún modo en el sentido de sometimiento a la violencia, sino en el sentido de sometimiento a quien detiene el poder coercitivo. Pero ese poder coercitivo muy bien puede adquirirse por consenso general. Los detentadores del poder son quienes tienen la fuerza necesaria para hacer respetar la norma que han prescrito. En este sentido la fuerza es un instrumento necesario del poder, mas no su fundamento. La fuerza es necesaria para ejercer el poder mas no para justificarlo»<sup>30</sup>.

Pero entonces, ¿no deberá Bobbio estudiar también las condiciones para la posesión de ese poder coercitivo? ¿Quién detenta ese poder coercitivo? ¿El poder coercitivo es un «hecho social», pero no será también un «hecho normativo»<sup>31</sup> puesto que sólo alguna clase de «norma» permite definir qué es «poder»? ¿Es posible delimitar sin recurrir a algún elemento normativo ese hecho social que rompe la circularidad entre norma última y poder último del sistema jurídico?

En opinión de DANTE CRACOGNA, para Bobbio «es indistinto sostener la supremacía del poder o de la norma»; Bobbio, además, «descalifica la norma fundamental (*perfectamente superflua*), [lo cual significa] que sólo queda en pie la supremacía de la *Summa potestas*» [cfr. «Poder y norma en el pensamiento de Bobbio», en *Norberto Bobbio. Estudios en su homenaje*, anteriormente citado, p. 259].

29. Cfr. «Sobre el principio de legitimidad» (1964), en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 301.

30. Cfr. *Teoría del ordenamiento jurídico* (1960), en *Teoría general del Derecho*, citada, p. 185.

31. Se puede entender aquí el término «normativo» tanto en el sentido de «obligatorio», como en el sentido de «referido a normas» (sobre esta distinción ver «Ser y deber ser en la ciencia jurídica» (1967), anteriormente citado).

La segunda cuestión que, en mi opinión, apuntaba Bobbio en aquellos años, consiste en destacar la función que la teoría de la norma fundamental desempeña en una teoría positivista del Derecho. No la función de la norma misma, sino la función de esa teoría: con ello Bobbio indica la posibilidad de abordar una crítica ideológica de una doctrina y de la concepción kelseniana del Derecho. «Toda la polémica sobre la norma básica —escribe— proviene de no haber entendido su función<sup>32</sup>».

¿Cuál es entonces la *función* de una doctrina que pretende legitimar jurídicamente el poder efectivo? ¿Es necesaria esa doctrina, es útil y, por tanto, es preferible seguir manteniéndola? ¿Tiene esa doctrina, desde un punto de vista descriptivo, alguna capacidad explicativa de ese fenómeno social que es la legitimación de un orden jurídico?

La respuesta que años después ofrecerá Bobbio a estas cuestiones surgirá a partir de una sustancial revisión del modelo de ciencia jurídica del positivismo jurídico y, en concreto, a partir de la constatación del carácter ideológico de la relación entre Derecho y poder en el modelo estructural kelseniano. «Probablemente —escribe Bobbio en 1981—, además de satisfacer una exigencia de corrección formal, la norma fundamental es el reflejo de una *preferencia práctica*. Por cuanto Kelsen haya afirmado insistentemente el carácter científico de la teoría pura y rechazado toda interpretación ideológica, no se puede renunciar por completo a captar el sentido de su construcción y a entender el porqué de ciertas tesis a través de sus posiciones políticas. (...) Detrás de la tesis de la primacía del Derecho sobre el poder, primacía que se manifiesta en la suposición de la norma fundamental, está presente, de forma inconsciente, incluso a pesar de desmentidas expresas, el ideal del Estado de Derecho»<sup>33</sup>.

#### IV. PODER JURÍDICO Y SISTEMA JURÍDICO

A mediados de los años '60, decíamos en el apartado anterior, Bobbio ofrecía un modelo de relación Derecho/poder que, aunque contenía una crítica al modelo de la Teoría pura, no se apartaba en lo sustancial de la argumentación kelseniana. Decíamos también que algunos

---

32. Cfr. *Teoría del ordenamiento jurídico* (1960), citado, p. 180.

33. Cfr. «Kelsen e il problema del potere» (1981), en *Diritto e potere*, citado, p. 121.

elementos que aparecían en aquellos escritos apuntaban a un planteamiento bastante diferente de este problema; un planteamiento que, sin embargo, seguirá teniendo como base a Kelsen, aunque ahora al Kelsen de su obra póstuma, la *Allgemeine Theorie der Normen*<sup>34</sup>, y dentro de ella, especialmente, las nociones de «poder jurídico» y de «sistema dinámico».

Es cierto que puede ser algo forzado haber dado demasiado relieve a las dificultades que surgían al contrastar los artículos «Sul principio di legittimità» y «Essere e dover essere nella scienza giuridica», situándonos a veces una perspectiva ajena al momento en el que estos trabajos fueron escritos, y afirmando además que esas contradicciones anunciaban otros estudios de casi quince años más tarde. Me parece sin embargo un hecho de notable interés que Bobbio, ya en la década de los '80, volviera a afrontar el estudio de un problema filosófico-jurídico, y que volviera sobre él para aportar un visión que hasta entonces había encontrado escaso desarrollo en su obra, después de llevar bastantes años apartado de su cátedra en la Facultad de Jurisprudencia y dedicado a sus estudios de filosofía política.

A partir del giro en su concepción de la ciencia jurídica anunciado en la ponencia de 1967 los temas estudiados por Bobbio con mayor amplitud habían sido la conveniencia de elaborar un análisis funcional tanto del Derecho como del propio discurso de los juristas<sup>35</sup>. El problema del poder y su relación con el Derecho, al menos según el planteamiento de sus escritos anteriores, parecía haber quedado olvidado y únicamente parecía estar presente, en un segundo plano, detrás del concepto de sanción jurídica y detrás de la noción de *función represiva-protectora* del Derecho. Pero, sobre todo, creo que se puede afirmar que en esta nueva fase de la filosofía jurídica de Bobbio, y a diferencia de momentos anteriores, el poder (el poder político y el poder coercitivo, en particular) ya no es considerado como un elemento más en la estructura del sistema jurídico, sino como un fenómeno que debe ser estudiado también desde una perspectiva empírica y

---

34. Sobre las diferencias entre esta obra (editada en 1979) y la 2.<sup>a</sup> edición de la Teoría Pura, véase GIANFORMAGGIO, L., «Cosa resta nella *Allgemeine Theorie der Normen* dei sistemi normativi statici e dinamici» (en Gianformaggio, L. (ed.) *Sistemi normativi statici e dinamici*, Giappichelli, Torino, 1991). Cfr. también PAULSON, S.L., «Per un'interpretazione soddisfacente di "statico" e "dinamico" nella Teoría Pura di Kelsen», así como otras aportaciones a esa obra colectiva.

35. La conexión entre diferentes aspectos de la obra de Norberto Bobbio permanece a menudo en un segundo plano y no suele ser destacada convenientemente. Así por ejemplo, y en relación con los problemas filosófico-jurídicos que estamos tratando aquí, me parece interesante recoger la siguiente opinión de A. MANCARELLA: según este autor, la tesis de fondo de los *Saggi sulla scienza politica in Italia* (1969) sería la doble distinción (debida a Pareto y a Mosca) entre valor científico y utilidad social, y entre valor científico y uso ideológico de una teoría. No es difícil en este caso ver la relación entre los estudios sobre ciencia y filosofía política o jurídica. (cfr. MANCARELLA, A., «Bobbio e la scienza politica in Italia», en *Il Protagonista*, n. 13-16, genn. 1988 / dic. 1989, p. 65).

no sólo jurídico-formal o estructural. En esta ocasión también puede pensarse que —como dijo el propio Bobbio— «la sociología está llamando a la puerta»: la insuficiencia de una teoría del Derecho estructural determina «el paso de una teoría formal (¡o pura!) a una teoría sociológica (¿impura?)»<sup>36</sup>.

A este propósito me parece conveniente recoger dos afirmaciones de Bobbio relativas a este período, que pueden servir para justificar los ensayos de 1981 y 1982 y para conectarlos con su obra anterior.

La primera se refiere a Kelsen y en concreto al valor de su doctrina del ordenamiento jurídico como sistema dinámico de normas. Escribe el autor turinés: «junto a la nomoestática, que es la teoría de la norma jurídica, aparece en el sistema kelseniano la nomodinámica, que es la teoría del ordenamiento jurídico. Aunque la primera sea, por costumbre inveterada, quizá más conocida, la segunda es ciertamente más importante»<sup>37</sup>.

La segunda es el reconocimiento, por el propio Bobbio (en 1984), de que hasta aquellos últimos años no había tenido en cuenta convenientemente la perspectiva de la ciencia política al analizar el fenómeno de la sanción jurídica y también, podríamos pensar, las relaciones entre Derecho y poder. La ciencia política que además ofrece una visión complementaria a la jurídica en este problema, pues «considera el problema del Estado no desde el punto de vista del sistema normativo, sino desde el punto de vista del sistema de poder»<sup>38</sup>.

Hemos llegado así al momento en el que nos vamos a referir a esos últimos escritos de Bobbio de los que venimos hablando; y, como ya se ha dicho, si algún rasgo puede ser destacado en ellos es el protagonismo que Bobbio otorga, en los años 1981 y 1982, a la nomodinámica kelsenia-

36. Cfr. «Premessa» a *Dalla struttura alla funzione* (1977), citado, p. 8-9; véase también PATTARO, E., «Per una mappa del sapere giuridico», en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, U. Scarpelli (ed.), Ed. di Comunità, Milano, 1983, p. 276.

37. Cfr. «Struttura e funzione nella teoria del diritto di Hans Kelsen» (1973), en *Dalla struttura alla funzione*, citado, p. 202. En la «Prefazione» a *Diritto e Potere. Saggi su Kelsen* (1992) Bobbio traza una breve historia de sus estudios sobre el autor de la teoría pura: esa historia comenzó incluso antes de que, en sus lecciones del curso 1940/1941, dedicara un apartado a la construcción escalonada del ordenamiento.

38. Cfr. «La funzione promozionale del diritto rivisitata», en *Sociologia del diritto*, n. 3, 1984, p. 14. Continúa Bobbio: «Solo in questi ultimi anni sono riuscito a stabilire con una certa chiarezza che il difficile incontro tra teorici del diritto pubblico e teorici della politica, i quali studiano lo stesso oggetto, lo stato, ma s'ignorano l'un l'altro, dipende dal fatto che questo stesso oggetto lo vedono da due punti di vista opposti». A continuación en este estudio cita Bobbio tanto a Parsons como a Luhmann.

Sobre la noción de poder en relación con el análisis funcional del Derecho, puede verse TOMEIO, V., «Il diritto come segno del potere»; y BOELLA, L., «Il gioco delle possibilità regolate. Potere e comunicazione in Niklas Luhmann», ambos en *Sociologia del diritto*, 1980, n. 1.

na. El problema de la concepción dinámica del ordenamiento jurídico es introducido por Bobbio a partir de la constatación de que todo Derecho positivo es Derecho producido, creado por quien tiene el poder para hacerlo. La noción del poder para crear Derecho es analizado por Bobbio recordando el ejemplo, que San Agustín hizo clásico, de la diferencia entre el mandato de una banda de ladrones y el mandato de una autoridad legítima.

La solución que ofrece Bobbio, siguiendo a Kelsen, consiste en diferenciar el sentido subjetivo y objetivo del acto de producción normativa. Norma jurídica es sólo el sentido objetivo del acto mediante el cual ha sido formulada; ese acto de producción normativa, a su vez, posee un sentido objetivo sólo si puede ser cualificado como tal por otra norma jurídica, es decir, sólo si es expresión de la voluntad de un poder autorizado. A este respecto recoge Bobbio la siguiente cita de Kelsen: «Sólo puede ser considerado como norma, el sentido de un mandato cualificado en un determinado sentido, es decir de un mandato *autorizado* por la norma de un ordenamiento positivo ...»<sup>39</sup>.

Bobbio puede decir entonces, una vez más con Kelsen, que «la validez objetiva de un mandato y del poder del cual deriva éste (no existe mandato sin poder), a diferencia del mandato del bandido, está asegurada en última instancia por la presuposición (porque de una presuposición se trata) de una norma última que cierra el sistema»<sup>40</sup>. El sentido objetivo del mandato será fruto de una cadena de normas y de poderes autorizados que apoyan, en último término, en una instancia presupuesta.

Toda una nueva visión sobre la «realidad» del fenómeno jurídico<sup>41</sup> parece estar implícita en estas últimas citas de Bobbio. Si nos limitamos a considerar la relación Derecho/poder, cabría preguntarse si esta «nueva» concepción del Derecho aporta argumentos nuevos para establecer la relación entre ambos términos. ¿Permite además

39. Cita de la *Teoria Generale delle Norme*, recogida en «Kelsen e il problema del potere» (1981), citado, p. 118.

Sobre la «objetividad» aplicada a las normas, es decir, sobre la cuestión de si es posible describir normas, escribe Joseph Raz: «Puesto que Kelsen estudia el concepto de normatividad justificada como el único concepto de normatividad, él considera el Derecho como una ideología. (...) Habrá que diferenciar atentamente entre dos puntos de vista desde los cuales las normas son consideradas objetivas por Kelsen. En un primer sentido pueden ser objetivas porque reflejan una realidad social, por ejemplo porque son consideradas como normas en la perspectiva de la normatividad social. En el segundo sentido, ellas pueden ser normativas en el sentido de una normatividad justificada; ellas son pues una ideología» (cfr. RAZ, J., *The Authority of the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 136); en castellano, *La autoridad del derecho*, trad. de R. Tamayo; U.N.A.M., México, 1982).

40. Ambas citas se encuentran en «Dal potere al diritto e viceversa» (1981), en *Diritto e potere*, citado, p. 147; existe traducción castellana en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado.

41. Sobre este tema es interesante consultar E. DI ROBILANT, «Realtà e figure nella scienza giuridica», en *La teoria generale del diritto*, anteriormente citado.

delimitar con mayor claridad en qué consiste ese poder que es relevante para la elaboración de una teoría del Derecho?

Escribe Bobbio: «Una teoría jurídica rigurosamente positivista no puede prescindir del concepto de producción jurídica, y el concepto de producción jurídica no puede prescindir del concepto de poder. Para que se pueda hablar de un ordenamiento jurídico es necesario concebirlo como un sistema de normas *producidas* por la voluntad humana; y para que las normas puedan ser producidas es necesario que alguien tenga el *poder* para hacerlo. En este sentido para una teoría positivista del Derecho la noción de norma no puede ser dissociada de la noción de poder» 42.

Esta opción dentro del positivismo jurídico en favor de la primacía del principio de la nomodinámica no está exenta de dificultades, algunas de las cuales tocan de cerca el argumento de este artículo. Es evidente, en efecto, que las normas que autorizan la producción de nuevas normas (normas de competencia) son normas que confieren, de una forma u otra «poder». En ese proceso de delegación y autorización, sin embargo, es fundamental determinar en qué medida la atribución formal de competencia (*poder jurídico*) queda vinculada por el contenido material o sustantivo de la norma que confiere poder. Se podría decir, por ello, que la noción de «poder jurídico» se encuentra a caballo entre la concepción estática y dinámica del sistema jurídico. Por eso será necesario antes de concluir este trabajo, abrir un paréntesis sobre esta distinción kelseniana, teniendo en cuenta que, en el límite, la opción por una concepción dinámica del sistema jurídico, no implica necesariamente caer en un escepticismo normativo radical. Así, al final, volveremos sobre nuestro argumento central pero entonces, y frente al modelo que considera el poder como origen y fundamento del Derecho positivo, se podrá decir que el Derecho no es sólo el resultado de la voluntad del poder, sino que es también un elemento esencial para definir qué poder es relevante en el ámbito jurídico-político (*Poder soberano*). En ese sentido, quizá, pueda volver a decirse que el «Derecho es regulación de uso de la fuerza», o también, que el Derecho es también uno de los elementos que establecen el límite (normativo) entre *poder político* y *fuerza*.

Son sistemas estáticos aquéllos en los que, según la definición kelseniana, el contenido de una norma y su validez no dependen de un acto de voluntad: por el contrario, en dichos sistemas toda norma particular deriva necesariamente de una norma general (y ésta, a su vez de una

---

42. Cfr. «Kelsen e il problema del potere» (1981), en *Diritto e potere*, citado, p. 114. En ese mismo artículo escribe también: «el concepto de poder jurídico, entendido como poder de producir normas jurídicas, es un concepto esencial para la representación de un ordenamiento jurídico, y por lo tanto una teoría general del ordenamiento no sólo no puede prescindir de él, sino que debe situarlo en el centro del sistema al igual que el concepto de norma» (p. 113).

norma última inmediatamente evidente), mediante un proceso de inferencia lógica. Para que esto sea posible habrá que presuponer que el contenido de toda norma particular está implícito en alguna norma superior del sistema <sup>43</sup>.

En los sistemas normativos dinámicos, en cambio, la existencia de una norma válida es exclusivamente el resultado de determinados procedimientos de producción normativa <sup>44</sup>. Las normas de un sistema dinámico, se dice, podrán ser consideradas como pertenecientes al sistema sólo si el acto mediante el cual han sido producidas responde a determinadas condiciones formales. Eso supone admitir que, en una aproximación dinámica al sistema jurídico, no todo acto de voluntad «subjetiva» es capaz de producir normas jurídicas y, en definitiva, que no todo acto de poder es poder jurídico: no todo acto de voluntad podrá ser interpretado, desde un punto de vista «objetivo», es decir, «normativo», como poder jurídico <sup>45</sup>.

Aceptar una definición exclusivamente dinámica del ordenamiento jurídico puede plantear numerosas dificultades. En primer lugar, una concepción estrictamente dinámica encuentra dificultades para satisfacer la condición de coherencia del sistema jurídico porque no ofrece criterios materiales para resolver los casos de antinomia entre normas correctamente producidas. Con rigor, podría llegar a afirmarse, como hace Weinberger, que ningún «sistema de delegaciones

43. En ese sentido dice Bobbio: «un sistema normativo morale o di diritto naturale è [un sistema] dedotto» (Cfr. «Le fonti del diritto in Kelsen» (1981), en *Diritto e potere*, citado, p. 92). También en «Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen» (1973), en *Dalla struttura alla funzione*, citado, p. 206.

Como es sabido, parece que la inferencia entre normas presupone la existencia de alguna forma de razón práctica; en cambio, un relativismo moral coherente guía a Kelsen en su polémica anti-iusnaturalista, en la cual los sistemas estáticos acaban siendo concebidos incluso como sistemas de normas ficticias (ver OPALEK, K., «Riesame della distinzione tra sistemi normativi statici e dinamici», en *Sistemi normativi statici e dinamici*, citado, p. 27). Una opinión parcialmente contraria, referida precisamente a la concepción de la norma de Bobbio, se encuentra en BORSELLINO, P., *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, citado, p. 132 y ss.

44. «La especificidad de este orden [jurídico] es la de regular por sí mismo su propia creación. (...) De esta forma se encuentra asegurada, por medio de la auto-determinación del derecho (...) la unidad lógica del orden jurídico» (cfr. GOYARD-FABRE, S., «L'idée d'ordre dans la théorie juridique de Kelsen», en *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n. 9, 1986, p. 33). Sobre la relación entre *dominio e imputación* en Kelsen, véase GOYARD-FABRE, S., «L'Etat du droit et la démocratie selon Kelsen», en *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n. 17, 1990, p. 150 y ss.

En ese sentido, define HERMANN HELLER al Estado como «unidad de imputación»; sobre los titulares del poder escribe: «El gobernante tiene poder *en el* Estado, pero nunca posee el poder *del* Estado» [Cfr. *Teoría del Estado*, ed. F.C.E., México, 1987, p. 258].

45. Aquí se emplean los términos subjetivo y objetivo en el sentido kelseniano de «jurídicamente cualificado».

es de por sí suficiente para garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico del cual es fundamento» 46.

El segundo ámbito de problemas que una teoría dinámica del ordenamiento plantea podría ser definido de esta forma: un sistema de normas que responda exclusivamente al principio dinámico nunca puede cumplir la función de regular la conducta de quienes están sometidos a él. Por ello y desde la perspectiva del poder, el acto mediante el cual es producida la norma queda vacío de elementos jurídicos a la vez que la decisión jurídica queda reducida a mera voluntad en sentido «subjetivo» 47.

Así pues, si se desea evitar cualquiera de estos dos males extremos (el cognoscitivismo implícito en el sistema estático y el decisionismo implícito una concepción dinámica extrema), habrá que admitir que los sistemas jurídicos sólo pueden ser sistemas mixtos 48. Pero, ¿cómo hacer compatibles entre sí estos dos criterios de derivación entre normas válidas, estos dos tipos de sistema?

Una posibilidad sería considerar que ambos principios «dan lugar no a dos tipos diferentes de ordenamiento, sino a dos tipos diferentes de normas (o de fragmentos de normas): las de derecho formal y las de derecho sustancial. Las primeras regulan la organización y el procedimiento. Las segundas [determinan] en medida mayor o menor el contenido de las decisiones de las autoridades subordinadas» 49.

Otra posibilidad sería la sugerida por Weinberger: «es incorrecto — escribe este autor— hablar de sistemas normativos estáticos y dinámicos como si todas las relaciones fueran estáticas y el elemento dinámico fuera exclusivamente la delegación. Los sistemas dinámicos siempre tienen un contenido, establecen reglas de comportamiento,

46. Cfr. WEINBERGER, O., «Nuove considerazioni sulla teoria della nomodinamica», en *Sistemi normativi statici e dinamici*, citado, p. 57. Una interpretación prevalentemente estática de la teoría kelseniana se encuentra en RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico* (trad. castellana de R. Tamayo, ed. UNAM, México, 1986), especialmente en el párrafo denominado «La primacía del principio estático», p. 141 y ss.

47. Escribe OPALEK: «Un sistema costituito solo da norme che conferiscono poteri può sì essere considerato teoreticamente possibile, ma non può svolgere la funzione di dirigere la condotta dei destinatari delle norme (condotta che non consista nel produrre norme). Per svolgere tale funzione sono necessarie norme "sostanziali"». Más abajo concluye: «In ogni modo l'elemento statico fa parte di ogni sistema normativo. E' lo stesso termine "sistema" ad indicarlo, poiché il concetto di "sistema" presuppone le relazioni sopra menzionate tra le norme, o —secondo alcuni autori— tra gli asserti normativi». (Cfr. «Riesame della distinzione tra sistemi normativi statici e dinamici», anteriormente citado, p. 33 y 35).

48. En una primera etapa de la obra de Kelsen (hasta la segunda edición de la teoría pura), el principio dinámico no es radicalmente incompatible con el estático (Cfr. OPALEK, p. 32 del artículo citado en la nota anterior).

49. Cfr. LUZZATI, C., «Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen», en *Sistemi normativi statici e dinamici*, citado, p. 180. Sobre este tema véase CARACCILO, R., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, en especial, la tercera parte.

pero la validez de estas reglas está justificada por la autorización y no por criterios de contenido» 50.

Esta última opción, a pesar de que quizás sea más exigente desde una perspectiva metodológica (por ejemplo porque suscita la cuestión del «significado» de la validez, es decir, de la justificación de las normas jurídicas como algo diferenciado de la argumentación sobre su contenido material), me parece que está más cercana a la posición de Bobbio en sus últimos escritos. Aceptar esta posición pone de manifiesto que el conjunto de normas procesales funcionan como condiciones para la atribución de sentido jurídico (validez) a los actos de un poder que en ese momento se convierte en «poder autorizado». Por ello (y limitando nuestro análisis a la relación Derecho/poder) habrá que aceptar que la distinción entre poder jurídico y poder de hecho es ante todo una cuestión de *imputación*, que será posible resolver sólo cuando el ordenamiento mismo ofrece criterios normativos para la interpretación y definición del poder en sentido jurídico. Por tanto las normas que atribuyen poderes no serán *causa* de las normas producidas ni del poder necesario para producirlas (poder de hecho), pero serán enunciados en virtud de los cuales es posible *imputar* un acto de poder (y su producto normativo) a un orden jurídico. Sólo entonces, una vez efectuado ese *proceso* de atribución de significado 51, será posible diferenciar poder jurídico y poder de hecho.

La importancia de este cambio de perspectiva no es, si atendemos al propio Bobbio, pequeña: «aproximarse a una teoría normativa del derecho desde el punto de vista (...) del poder de producir normas, no sólo ofrece una visión más acabada del sistema kelseniano, sino que conduce a una más correcta comprensión de la función de la propia norma fundamental, el punto de mayor polémica entre los intérpretes de la teoría pura» 52.

Pero además, desde esta misma perspectiva, la norma fundamental no sólo no sería supérflua, como se decía antes, sino que cumpliría perfectamente la función racionalizadora del sistema para la que había sido formulada. Sólo gracias a la presuposición de una norma fundamental, el sistema jurídico puede ser concebido como un proceso de atribución de sentido al hecho del poder, y como un proceso de imputación de nor-

---

50. Cfr. WEINBERGER, O., «Nuove considerazioni sulla nomodinamica», citado, p. 59-60.

51. La teoría kelseniana —según Bobbio— tendría la virtud de haber permitido «considerar el ordenamiento jurídico como proceso»: «Il criterio in base al quale è possibile distinguere ciò che è diritto da ciò che non è diritto è puramente e semplicemente il modo della sua produzione: non fa alcun riferimento al contenuto delle norme, ma tiene conto esclusivamente delle procedure attraverso cui le norme nascono e muoiono». Por eso, «l'aver preso coscienza del fenomeno della normazione della normazione, come fenomeno caratteristico degli ordinamenti giuridici, ha aperto la strada a una riflessione più approfondita sulla struttura del diritto» (Cfr. «Le fonti del diritto in Kelsen» (1981), en *Diritto e potere*, citado, p. 93 y 100).

52. Cfr. «Prefazione» (1992) a *Diritto e potere*, citado, p. 11.

mas al sistema. Podría llegar a decirse que la cuestión de la validez de las normas jurídicas y de la definición del acto de voluntad en el que son producidas ha llegado a convertirse en un problema de interpretación, de atribución de sentido, de forma análoga a cuanto que sucede en cualquier otra clase de acción social <sup>53</sup>.

De esta forma, creo que ahora será posible ya valorar los textos en los que Bobbio afirma que el sistema jurídico es un sistema que se auto-produce. Así, por ejemplo, el siguiente: «la norma fundamental (...) desde el punto de vista de un positivismo riguroso, es el único fundamento posible del Derecho: el único fundamento posible de un ordenamiento que, regulando su propia producción, se *autoproduce*» <sup>54</sup>.

Apoyándose en la existencia de este proceso de atribución de sentido Bobbio podrá afirmar que la expresión de Kelsen «el derecho no tiene más fundamento que el derecho mismo» es sólo «aparentemente tautológica» <sup>55</sup>. Y ello porque las normas son producidas mediante «acciones» humanas, según la terminología weberiana: son en efecto comportamientos dotados de sentido, «que no pueden ser solamente entendidos como un hecho natural, sino que deben ser comprendidos (en el sentido del *verstehen* weberiano)» <sup>56</sup>. Detrás de los actos de producción normativa existiría pues «una multitud de comportamientos orientados hacia la obediencia o la aceptación de las normas emanadas por aquellas autoridades a las que la constitución atribuye el poder para producir normas vinculantes, que deben ser interpretadas, entendidas (*verstehen*), según el sentido que ellas otorgan a estos comportamientos, los cuales a su vez pueden tener también las más diversas motivaciones».

Finalmente, y una vez que se ha llegado a un concepto «comprensivo» de poder para producir normas, quizás sea posible volver a la distinción entre poder jurídico y poder de hecho, entre «poder» y «fuerza». En primer lugar, como ya se ha dicho antes, hay que afirmar con Bobbio que el poder para producir normas jurídicas no depende sólo de la autorización sino también de la existencia de un poder eficaz (*Macht*) para promulgarlas y para hacerlas cumplir <sup>57</sup>.

Pero en un segundo momento, siempre siguiendo a Bobbio, se debe mantener que la efectividad del Derecho como organización de la fuerza, es decir del Derecho como poder efectivo regulado por normas, que se

53. Cfr. «Il potere e il diritto» (1982), citado, p. 78.

54. Cfr. «Le fonti del diritto in Kelsen» (1981), en *Diritto e potere*, citado, p. 100.

55. Cfr. *ibidem*, p. 99.

56. Esta cita y la siguiente se encuentran en la misma obra citada en las notas anteriores, p. 74.

57. «... Si è in condizione di produrre diritto nella misura in cui si ha il potere, o la forza, di farlo. Il che significa che la produzione di norme giuridiche è l'effetto dell'esercizio di un potere (...) che non a caso Kelsen designa con il termine *Macht*». (Cfr. «Le fonti del diritto in Kelsen» (1981), citado, p. 102).

manifiesta como poder coercitivo, y la definición del poder que respalda al Derecho, son problemas diferentes o, mejor dicho, son problemas metodológicamente diferenciados: diferenciados hasta el punto de que el primero es un problema empírico, mientras que el segundo es un problema de imputación que por tanto sólo puede ser resuelto haciendo referencia a la existencia de «normas»<sup>58</sup>. Sólo la solución de Kelsen al problema del poder jurídico permitirá a Bobbio en sus últimos escritos de los años '80 «observar el ordenamiento jurídico no sólo desde el punto de vista del *Sollen*, sino también desde el punto de vista del *Sein*». Por eso puede Bobbio afirmar que «en cierto sentido (...) Weber y Kelsen llegan a una misma conclusión, a la conclusión de que el poder legítimo se distingue del poder de hecho en cuanto es un poder regulado por normas»<sup>59</sup>.

En definitiva, sólo el expediente hermenéutico de la norma fundamental permite a Bobbio (siguiendo a Kelsen), «transformar el poder en Derecho»<sup>60</sup>, mientras, entre líneas, parece surgir la idea de que la necesidad de transformar el poder en Derecho, esto es, la necesidad de racionalizar y limitar el Poder, no es más que un presupuesto ideológico aunque, a un mismo tiempo, necesario del Estado moderno.

---

58. Escribe Bobbio: «Per quel che riguarda lo scopo che mi sono prefisso con questa nuova immersione nella teoria kelseniana del diritto, premetto che intendo occuparmi particolarmente del “potere giuridico” (...) per connotare una “situazione giuridica soggettiva” (...); e non del problema della “forza” quale carattere dell’ordinamento giuridico, che compare nella ben nota definizione del diritto come “organizzazione della forza” (dove il termine usato è ancora *Macht*). Se vi sia una relazione, e quale sia, fra il diritto come organizzazione della forza è l’attribuzione di un potere giuridico ad alcuni soggetti per svolgere certe funzioni è un problema che non mi pongo. Si tratta ad ogni modo di due problemi diversi» (Cfr., «Kelsen e il problema del potere» (1981), en *Diritto e potere*, citado, p. 104).

59. Cfr. «Il potere e il diritto» (1982), citado, p. 71. También en «Dal potere al diritto e viceversa», p. 143 de la edición anteriormente citada.

60. Cfr. «Kelsen e il potere giuridico» (1982), en *Diritto e potere*, citado, p. 127.