

# REVOLUCIÓN, VIOLENCIA Y DERECHO: HANS KELSEN Y EL SURGIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL BRASILEÑA DE 1934 \*

Andityas Soares de Moura Costa Matos

*Universidad Federal de Minas Gerais  
vergiliopublius@hotmail.com y andityas@ufmg.br*

**RESUMEN.** Este artículo pretende discutir las relaciones entre derecho, violencia y revolución en KELSEN a partir de la premisa de que el indicio característico de la experiencia jurídica es su efectividad, o sea, el hecho de que el derecho logre imponerse en una sociedad. En este sentido, el derecho pasa a ser entendido como experiencia de monopolización de la violencia. Sobre esta base se realiza una lectura de la Teoría Pura del Derecho de Hans KELSEN como una teoría de la violencia. Para confirmar esta tesis, francamente minoritaria dentro de los estudios kelsenianos, se analiza el *Dictamen* que KELSEN ofreció a la Asamblea Constituyente brasileña en 1933, en el contexto de la Revolución de 1930 que llevó a Getúlio Vargas al poder. Además de presentar este documento (en el original alemán y traducido al castellano), hasta hoy desconocido en castellano y otras lenguas, el trabajo lo analiza pormenorizadamente con el objetivo de demostrar la tesis central de lo que caracteriza la teoría jurídica kelseniana, según la cual es imposible separar el derecho de la violencia, lo que se vuelve especialmente claro en momentos revolucionarios.

**Palabras clave:** Brasil, Revolución de 1930, Asamblea Nacional Constituyente de 1934, opinión legal de KELSEN, ley y violencia.

## Revolution, Violence and Law: Hans KELSEN and the Emergence of the Brazilian Federal Constitution of 1934

**ABSTRACT.** This article intends to discuss the relations between law, violence and revolution from the premise that the characteristic datum of juridical experience is its effectiveness, namely, the fact of imposing itself or not, wherewith the law happens to be understood as a monopolistic structure of violence. Therefore, a reading of Hans KELSEN's Pure Theory of Law is made under the interpretative key of the theories of violence. So that to confirm such understanding, frankly in the minority of kelsenians studies, the Legal Opinion which KELSEN offered to the Brazilian National Constituent Assembly in 1933, in the revolution of 1930's context that brought Getúlio Vargas to power, is analyzed. Besides presenting that rare document in its entirety (in its original German version and translated to Spanish), the present work analyzes it in detail, with the purpose to demonstrate the central thesis which, it seems to me, characterizes the kelsenian juridical theory,

---

\* Fecha de recepción: 11 de agosto de 2018. Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2018.

Traducción de Gonzalo Andrés RAMÍREZ CLEVES y Francis GARCÍA COLLADO. En la traducción se toma la bibliografía original en portugués de las obras de KELSEN con referencias a las obras en español cuando estén también traducidas.

whereby it is impossible to dissociate law and violence, what becomes especially clear in revolutionary moments.

**Keywords:** Brazil, Revolution of 1930, National Constituent Assembly of 1934, KELSEN's legal opinion, law and violence.

## 1. INTRODUCCIÓN

Si una teoría científico-social tiene como función proporcionar herramientas para interpretar el mundo, podemos afirmar de modo simétrico que una teoría se comprende, tal vez hasta más allá de las previsiones de su autor, cuando se confronta con la realidad que pretende describir. En este sentido, resulta valiosa la intervención de Hans KELSEN en un momento particularmente turbulento de la historia constitucional brasileña, cuando se discutía la legalidad de los procedimientos que hicieron posible la promulgación de la Constitución de 1934, considerada como uno de los documentos constitucionales más avanzados de la época en términos de protección de los derechos sociales, a pesar de que se ha caracterizado por el fortalecimiento y centralización del Poder Ejecutivo en Brasil.

En este artículo pretendo reflexionar sobre algunos puntos del *Dictamen* emitido por KELSEN cuando fue llamado a pronunciarse sobre la regularidad jurídica del proceso de elaboración de esta Constitución. Mi tesis es que, al analizar la situación jurídico constitucional brasileña de 1933, KELSEN aplica su Teoría Pura del Derecho de modo que se revela que esta se identifica, en el fondo, con una teoría de la violencia. Esto porque KELSEN parte del presupuesto de que el poder jurídico es aquel capaz de imponerse por medio de actos empíricos de monopolización de la fuerza, tal como ocurrió en Brasil gracias a la Revolución de 1930, comandada por Getúlio Vargas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente artículo se organiza en tres partes. En la primera parte realizaré un esbozo de la historia constitucional brasileña al comienzo de los años treinta, con el fin de proporcionar al lector los elementos mínimos para la comprensión del escenario político-social en el cual KELSEN escribió su *Dictamen*, que se reproduce integralmente en la secuencia. Justifico mi elección, ya que el *Dictamen* dado por KELSEN es de difícil acceso y desconocido en casi todo el mundo. Además, sería inadecuado seleccionar algunas partes del *Dictamen* y comentarlos, ya que el texto es conciso y está extremadamente bien articulado, de manera que cualquier recorte correría el riesgo de desestructurar sus argumentos. En una tercera parte, mucho más extensa que las otras dos, intento analizar el *Dictamen* dado por KELSEN con base en la idea de que la Teoría Pura del Derecho se corresponde con una teoría de la violencia, postura que defendí pormenorizadamente en otro escrito<sup>1</sup>; pero admito que dicha postura es muy particular y minoritaria. Sin embargo, me parece una interpretación legítima de la doctrina kelseniana, y la manera como KELSEN analiza la situación jurí-

<sup>1</sup> A. S. DE M. C. MATOS, «Kelsen e a violência: uma leitura crítica das “limitações” da teoria pura do direito», en J. A. DE OLIVEIRA y A. T. G. TRIVISONNO (orgs.), *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*, Río de Janeiro, Forense, 2013, 253-279.

dico-constitucional brasileña de 1933 prueba que mi exégesis es, en líneas generales, correcta. De esta manera, el *Dictamen* de KELSEN vale como un estudio de caso para verificar la coherencia de mi lectura de la Teoría Pura del Derecho como una teoría de la violencia.

## **2. LA SITUACIÓN POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DE BRASIL EN 1930-1934**

En 1930 el entonces presidente de la República de Brasil, el paulista Washington Luís, designó a otro político del Estado de São Paulo, Julio Prestes, para su sucesión, rompiendo así con el pacto mantenido entre las oligarquías de São Paulo y de Minas Gerais, que llegó a ser conocida en la historia brasileña como la «política del café con leche», debido a la alternancia en el poder de los presidentes de São Paulo, Estado federado cuya economía se basaba en el café, y de Minas Gerais, Estado mayoritariamente agrícola, en donde la economía estaba fundada en el ganado. El resultado del incumplimiento del acuerdo fue la revuelta de los Estados federados de Minas Gerais, Río Grande do Sul y Paraíba, que pusieron en marcha, bajo los auspicios de la Alianza Liberal, la candidatura de Getúlio Vargas a la presidencia de la República. Getúlio Vargas (1882-1954), nacido en São Borja, ciudad del Estado de Río Grande do Sul, había sido el ex ministro de Hacienda del gobierno de Washington Luís. Luego él ocuparía el lugar de «presidente-dictador», representando por años el papel mítico del caudillo populista e «ilustrado» capaz de cambiar los rumbos de la política brasileña.

Ocurrió que la Alianza Liberal de Getúlio Vargas fue derrotada en las urnas. Sin embargo, el país se sumió en un grave caos y desorden económico, con el que Vargas y algunos jóvenes tenientes de las Fuerzas Armadas iniciaron la llamada Revolución de 1930, derrocando el gobierno constitucional. A partir de ese momento, Vargas gobernó el país con base en sus propios Decretos y de manera autocrática, con la ayuda de sus tenientes, que asumieron los cargos de gobernadores de los Estados federados para influir dentro de los asuntos de la Federación. Vargas disolvió el Parlamento en todos sus niveles (federal, estatales y municipales).

El autodenominado Gobierno Provisorio de Getúlio Vargas ya había durado más de un año cuando fue cuestionado por la «Revolución Constitucionalista» surgida en São Paulo, pero aplastada por la superioridad militar de Vargas y de sus partidarios. No obstante, Getúlio Vargas percibió la necesidad de legitimar su poder mediante la promulgación de una nueva Constitución. En este sentido, por medio del Decreto Federal núm. 22.621 de 1933, Vargas preparó los trámites para la composición de una nueva Asamblea Nacional Constituyente, encargada de la promulgación de la segunda Constitución republicana del país, ya que la primera data de 1891.

La Constitución de 1934 nació llena de contradicciones. Mientras que indica, al menos simbólicamente, la reanudación de la democracia representativa en Brasil, centralizó y fortaleció la Unión Federal en detrimento de los Estados federados, aunque los municipios hayan ganado la autonomía político-jurídica que hasta hoy los caracteriza. Por otro lado, aunque se haya avanzado mucho en materia de reconocimiento y respeto

de los derechos sociales —con el establecimiento del salario mínimo y las vacaciones anuales remuneradas, la extensión del derecho al voto de la mujer y la instauración de la Justicia del Trabajo, aproximándose de esta manera a la Constitución mexicana de 1917 y a la Constitución de Weimar de 1919—, la Constitución brasileña de 1934 flirteó abiertamente con el fascismo italiano y el modelo corporativista de Estado.

Es en este contexto en el que Hans KELSEN, considerado como un respetable profesor vienés de Derecho de Gentes exiliado en Ginebra<sup>2</sup>, es consultado en 1933 sobre la corrección jurídica del extraño procedimiento ideado por Vargas, consistente en la convocatoria por Decreto de una Asamblea Nacional Constituyente, la cual estaría por este mismo instrumento limitada. Con esta convocatoria surgieron dudas y críticas sobre la intromisión obvia del Poder Ejecutivo en la esfera «soberana» del Poder Legislativo. KELSEN elabora entonces un *Dictamen* en donde responde a varias cuestiones formuladas, intitulado «La competencia de la Asamblea Nacional Constituyente de 1933/1934», que fue publicado por primera vez en Brasil en la *Revista Política*, en enero de 1934. Una copia de esa publicación original fue enviada por el Instituto Hans Kelsen de Viena al profesor Dr. Tercio Sampaio Ferraz Jr., de la Universidad de Sao Paulo. Este rarísimo documento de la historia constitucional brasileña fue reeditado en la *Revista Trimestral de Direito Público* en 1995, acompañado de un comentario del profesor Dr. Ari Marcelo Sólón, en el que se detiene a analizar los aspectos de Derecho Internacional que se tratan en el *Dictamen*. Se presenta a continuación en su totalidad el *Dictamen* dado por KELSEN.

### 3. EL DICTAMEN DE KELSEN<sup>3</sup>

Respondo a las preguntas no desde el punto de vista político o de derecho natural, sino exclusiva y únicamente desde el punto de vista del *derecho positivo*. Deduzco mis conclusiones admitiendo que para la situación y competencia de la Asamblea Nacional Constituyente no puede ser considerada otra norma de derecho que el Reglamento núm. 22.621, de 7 de abril de 1933.

#### **Pregunta I:**

*El Gobierno provisorio, por el Reglamento núm. 22.621, de 7 de abril de 1933, estableció la Asamblea Nacional Constituyente.*

<sup>2</sup> La referencia biográfica que se encuentra contenida en el *Dictamen* no deja de ser reveladora del difícil momento por el que pasaba KELSEN: «Hans Kelsen, antiguo profesor de la Universidad de Viena, fue catedrático de la Universidad de Colonia, cuando se vio obligado a dejar Alemania debido a los acontecimientos políticos desarrollados en dicho país. Ocupa actualmente la Cátedra de Derecho de Gentes en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra». En una decisión del Ministerio de Hacienda del Gobierno de Vargas, relativa a la emisión de cédulas federales de deuda pública que se dio antes de la promulgación de la Constitución de 1934, se justificó tal acato mediante el apoyo del entonces ministro de Hacienda, texto en el que KELSEN se presentó como «Antiguo Profesor de la Universidad de Viena, que en la actualidad se encuentra dando conferencias en Ginebra y autoridad de fama universal» [*Diário Oficial da União (DOU)*, 2 de mayo de 1935, núm. 22, 8073].

<sup>3</sup> Al final de este artículo reproducimos las respuestas originales —en alemán— de KELSEN a las preguntas que constituyen el *Dictamen*. Es importante aclarar que la redacción de las preguntas (en cursiva en el texto castellano) no son de la autoría de KELSEN y no figuran en el texto original alemán. No fue posible encontrar su traducción alemana, que probablemente fue enviada a KELSEN.

1. ¿El Gobierno provisorio, que es el Gobierno de facto, originado de una revolución, tiene el derecho de imponer un reglamento a la Asamblea Nacional Constituyente?
2. ¿El hecho de que el gobierno provisional impusiera un reglamento a la Asamblea Nacional Constituyente no representaría una ofensa a la soberanía de dicha Asamblea, que por definición, por ser constituyente, es soberana?
3. ¿Vinculará jurídicamente este Reglamento a la Asamblea Nacional Constituyente y no podría dicha Asamblea rechazar el Reglamento, adoptando uno que fuera elaborado por ella?

#### Respuestas:

1. No existe ninguna diferencia esencial entre un gobierno *de facto* y un gobierno *de jure* en Derecho de Gentes y mucho menos aún en el ámbito del Derecho Constitucional. Suponiendo que el gobierno provisorio es la *más alta autoridad legislativa* que surgió directamente de la revolución, no hay duda de que a aquel gobierno cabe determinar la *convocatoria y la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente*.

2. La promulgación del citado Reglamento no significa una incursión en la «soberanía» de la Asamblea Nacional Constituyente. El concepto de soberanía, en el verdadero sentido de la palabra, de ningún modo puede ser entendido como el dominio del derecho positivo. Ni siquiera el Estado como tal es soberano, porque por encima de este se encuentra el Derecho de Gentes, que le confiere derechos y obligaciones. Menos aún se puede afirmar que cualquier órgano del Estado sea soberano. En cuanto a la Asamblea Nacional Constituyente, sería cuestión de saber si ella tiene las cualidades de un órgano originario y supremo que es responsable de hacer las leyes y cuya competencia es ilimitada. Sería, entonces, solo el caso de una Asamblea Nacional Constituyente que hubiese sido originada directamente en una *revolución*. Pero en el caso concreto esto no se da. La existencia legal y la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente se fundamenta en el Reglamento de 7 de abril de 1933. Esta es una organización creada por otro órgano y *se formó por la vía legal*. No se puede cambiar eso gracias al hecho de que la Asamblea tiene el nombre de «Asamblea Nacional Constituyente». De este nombre no se puede deducir ninguna cualidad del derecho.

3. La Asamblea Nacional Constituyente no posee otros derechos que los que le dio el Reglamento de 7 de abril de 1933. Por esta razón esta no tiene derecho de revocar dicho Reglamento y sustituirlo por otro. El Reglamento obliga a la Asamblea Nacional Constituyente en el sentido en que en este se regula las funciones de la Asamblea y se determina especialmente su competencia. El Reglamento es un elemento esencial de la organización de la Asamblea en la actualidad. En relación a esta organización, la llamada Asamblea Nacional Constituyente no tiene el carácter de creadora de la Constitución, sino solamente de ejecutora de la elaboración de la Constitución. Si violara las disposiciones del Reglamento, violaría así mismo la organización en vigor. Dependiendo de las circunstancias, esto podría valer como una tentativa, de que por medio de una revolución, se convirtiera en un órgano que desde todos los puntos de vista fuera constituyente, esto es, originario y supremo creador de la Constitución.

#### Pregunta II:

*El Reglamento del Gobierno Provisorio, en sus arts. 101 y 102 (disposiciones generales), limitan la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, ya que le prohíbe a esta discutir y votar cualquier «proyecto de ley». Además, establece que la Asamblea Nacional Constituyente debe tratar únicamente de las cuestiones referentes a la elaboración de la Constitución, elección del Presidente de la República y aprobación de los actos del Gobierno Provisorio.*

1. ¿Constituye la limitación de las competencias de la Asamblea Nacional Constituyente una vulneración de su soberanía?
2. ¿La elección del Presidente de la República, prevista en el Reglamento, no predeterminaría la adopción obligatoria por la Asamblea Nacional Constituyente del régimen «repu-

*blicano», régimen impuesto por el Gobierno Provisorio? ¿Esa imposición no representaría una nueva ofensa a la soberanía de la Asamblea Nacional Constituyente?*

**Respuestas:**

1. Los arts. 101 y 102 del Reglamento de 7 de abril de 1933 significan la limitación de la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente. No existe, por tanto, una intromisión en la soberanía de la Asamblea, pues, de acuerdo con los motivos arriba señalados, la Asamblea Nacional Constituyente no es soberana en el verdadero sentido de la palabra, ni es órgano originario y supremo creador de la Constitución.

2. La disposición del Reglamento de 7 de abril de 1933 que se refiere a la elección del Presidente de la República también significa la limitación de la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente en vista de que esta solo tiene poder para adoptar una Constitución de forma republicana. En cuanto la forma de Estado, a tenor de la futura Constitución esta predeterminada por el Reglamento de 7 de abril de 1933.

**Pregunta III:**

*El art. 14 del mismo Decreto dispuso la obligatoriedad que debe ser tenida en cuenta por los diputados de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde se contiene el compromiso de observar la Constitución «Federal» que se adopte.*

1. *¿La expresión Constitución «Federal» no predeterminaría la adopción obligatoria por la Asamblea del régimen federativo?*

2. *¿La imposición del régimen federativo no representa una nueva ofensa de la soberanía de la Asamblea?*

**Respuestas:**

1. y 2. Lo que fue dicho respecto a la Pregunta II puede utilizarse para la pregunta sobre el carácter federativo de la futura Constitución. Aquel carácter representa, del mismo modo que la forma republicana de Estado, una limitación a la actividad legislativa de la Asamblea Nacional Constituyente. Sobrepasar dicho límite significaría la quiebra de la organización en vigor. Las disposiciones del Reglamento del 7 de abril de 1933 que se refieren a la forma republicana de Estado y al carácter federativo de la futura Constitución determinan, no directamente, pero sí indirectamente a dicha Asamblea. Es un método técnico-jurídico que, pese a ser dudoso, siempre es posible y, por desgracia, representa, no es raro, los medios de dar expresión a la voluntad legislativa.

**Pregunta IV:**

*¿Un Gobierno Provisorio, originado de una revolución, que no tiene por objeto la institucionalización de un régimen dictatorial «permanente» y que convocó a una Asamblea Nacional Constituyente, no ha transmitido, por esta circunstancia, la plenitud de los poderes a dicha Asamblea, que se convertirá de esta manera en soberana?*

**Respuesta:**

Las capacidades del poder de un gobierno originado de una revolución no pueden ser determinadas, desde el punto de vista del derecho positivo, por los objetivos que tuvo el movimiento revolucionario en sus comienzos. La denominación de un gobierno como «provisorio» tiene generalmente un significado político y de ningún modo de derecho positivo. *Un gobierno formado por medios revolucionarios tiene los poderes que quiere tener solo a condición que pueda obtener de manera general la obediencia de sus prescripciones. Es el principio de eficacia que vale para un gobierno que se ha originado de una revolución como principio de derecho positivo.* La declaración sobre las intenciones del movimiento revolucionario no es fundamento suficiente para que se pueda obligar al gobierno a transmitir la totalidad de sus poderes a una Asamblea Nacional Constituyente por él mismo creada.

**Pregunta V:**

¿Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente podrá el Gobierno Provisorio continuar conservando los poderes dictatoriales que había adquirido por medio de la revolución triunfante?

**Respuesta:**

Esta pregunta ya fue respondida en la respuesta a la Pregunta IV.

Ginebra, 14 de octubre de 1933.  
Prof. HANS KELSEN

**4. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO COMO TEORÍA DE LA VIOLENCIA**

Entiendo que el gran mérito de la Teoría Pura del Derecho consiste en haber constatado, mediante instrumentos filosófico-jurídicos, el carácter originalmente violento del derecho. En otras palabras: la Teoría Pura del Derecho, en lugar de ser un realismo jurídico de naturaleza imperativa (tal como, por ejemplo, sucede en Austin y en el realismo jurídico escandinavo), es un *ultrarrealismo crítico*<sup>4</sup> que no revela la relación indirecta entre derecho y violencia, sino la mutua convertibilidad entre ambas instancias, tal como argumentamos a lo largo de este texto basándonos en un paradigma iniciado por Walter BENJAMIN y hoy en día trabajado en profundidad por autores como Giorgio AGAMBEN<sup>5</sup> (en filosofía) y Robert COVER<sup>6</sup> (en filosofía del derecho en concreto).

La caracterización del derecho como violencia no es ninguna novedad. La bibliografía sobre el asunto ha crecido exponencialmente en las últimas décadas en el contexto de los estudios sobre estado de excepción y biopolítica (SCHMITT, FOUCAULT, AGAMBEN, ESPOSITO, etc.), e inclusive ha sobrepasado, con notable ventaja, el ámbito marxista en que la tesis fue discutida primeramente con seriedad, desde el propio MARX, pasando luego por Georges SOREL, llegando a la Escuela de Frankfurt y encontrando su máxima realización, a mi modo de ver, en el oscuro —pero brillante— artículo *Kritik der Gewalt (Crítica de la Violencia)* de Walter BENJAMIN, cuyas principales ideas son retomadas en su célebre último escrito *Über den Begriff der Geschichte (Sobre el concepto de Historia)*.

Sin embargo, aunque valiosas, estas aproximaciones teóricas —sean las contemporáneas, sean las «clásicas» del marxismo— son externas al derecho. El procedimiento común a todas ellas consiste en analizar el derecho en cuanto objeto y criticarlo fuera

<sup>4</sup> En otro sentido —diferente del que calificamos como «crítico»—, hay textos sobre el KELSEN «realista» en L. D. D'ALMEIDA, J. GARDNER y L. GREEN (eds.), *Kelsen revisited: new essays on the pure theory of law*, Oxford, Hart, 2003, 288 pp.

<sup>5</sup> G. AGAMBEN, *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995.

<sup>6</sup> «Legal interpretation takes place in a field of pain and death. This is true in several senses. Legal interpretive acts signal and occasion the imposition of violence upon others: A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life. Interpretations in law also constitute justifications for violence which has already occurred or which is about to occur. When interpreters have finished their work, they frequently leave behind victims whose lives have been torn apart by these organized, social practices of violence. Neither legal interpretation nor the violence it occasions may be properly understood apart from one another. This much is obvious, though the growing literature that argues for the centrality of interpretive practices in law blithely ignores it» (R. M. COVER, «Violence and the word», *The Yale Law Journal*, núm. 95, 1601-1629, 1985-1986, 1601).

de su contexto específico. De modo más simple: para estas teorías no jurídicas parece fácil, y al mismo tiempo necesario, negar al derecho todo y cualquier carácter *jurídico*, entendiendo este último término como algo opuesto a la pura violencia. No obstante, la situación es bien diferente cuando KELSEN, por muchos considerado el más importante jurista del siglo XX, concluye que el derecho no es otra cosa que la violencia organizada.

A tal efecto, se vuelve necesario recordar que el principal concepto de la Teoría Pura del Derecho es el concepto de validez. El científico del derecho que describe —y no evalúa— su objeto de estudio debe preguntarse no sobre la justicia, pero sí sobre la validez<sup>7</sup>. Es precisamente con esta premisa que KELSEN comienza, de manera objetiva, su *Dictamen* sobre la Asamblea Nacional Constituyente en Brasil en 1933/1934. Se trata entonces de realizar un análisis científico y no político sobre las condiciones técnicas mediante las cuales la nueva Constitución brasileña sería establecida. Por ende, la única categoría que se considera necesaria es la validez. De hecho, KELSEN describe la validez como la forma específica de existencia de las normas. Una norma válida es entonces una norma vigente que, por tanto, «debe» (en sentido lógico, no en sentido moral) ser aplicada, observada, cumplida, etc. En una grosera aproximación biologicista, la validez sería para las normas lo mismo que la vida es para los organismos.

Teniendo en cuenta la centralidad del concepto de validez, KELSEN se apresura a ofrecerle un carácter objetivo: tiene validez la norma que está en conformidad con aquellas que le son superiores, de modo que, por ejemplo, una sentencia judicial (norma individual) solo es válida —y, en este sentido, existe jurídicamente— cuando es conforme a una ley. La conformidad respecto al ordenamiento funciona, de este modo, como condición de validez, es decir, como algo que permite a la teoría describir una norma como válida, esto es, como jurídicamente existente. Es por esto que KELSEN afirma en su *Dictamen* que las normas que atribuyen y definen las competencias de la Asamblea Nacional Constituyente son válidas, en la medida en que derivan de otras normas. En el caso concreto, del Decreto núm. 22.621, de 7 de abril de 1933, que «establece la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente; aprueba su reglamento interno, determina el número de diputados de la misma y establece otras cuestiones». Pero aquí surge un problema grave, pues se trata de un Decreto promulgado por el Poder Ejecutivo a partir del cual se establecerá una nueva Constitución. A primera vista esto parece subvertir la estructura teórica pensada por KELSEN, según la cual las normas inferiores se fundamentan en otras de jerarquía superior y así sucesivamente, hasta que se llegue a la Constitución, último fundamento positivo de validez de todo ordenamiento jurídico. Un modo de resolver este *impasse* es considerar que, habiendo existido una revolución —lo que, en el sistema de KELSEN, significa la sustitución de una norma fundamental por otra—, el decreto se revela como la primera constitución en sentido kelseniano, ya que establece una autoridad con la competencia de redactar la nueva

---

<sup>7</sup> «Un ordenamiento jurídico puede ser juzgado como injusto desde el punto de vista de una determinada regla de justicia. El hecho, sin embargo, de que el contenido de un ordenamiento coercitivo eficaz pueda ser considerado como injusto no constituye de cualquier forma un fundamento para no considerar como válido ese ordenamiento coercitivo» (H. KELSEN, *Teoría pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1997, 55).

N. del T.: en español existen muchas ediciones de la obra de KELSEN, pero voy a citar solo dos: la de la primera edición, de la *Teoría pura del derecho*, de editorial Losada de Buenos Aires, 1941, y la de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.



carta constitucional. Sin embargo, voy a dejar este problema en suspenso, abordándolo más tarde, ya que para entender que no se trata, en verdad, de un problema, es preciso avanzar un poco más en la comprensión de la teoría kelseniana.

La Teoría Pura del Derecho se constituye como una descripción científica de un sistema jerárquico y dinámico en el cual la norma jurídica vale debido a su ubicación en la estructura de la pirámide normativa (*Stufenbau*). Su contenido es irrelevante cuando se trata de discutir sobre su validez, esto es, su existencia concreta. Esta estructura fue diseñada por KELSEN con base en el postulado filosófico kantiano que garantiza la separación radical entre el mundo de la naturaleza y el mundo de la cultura, o en otras palabras, entre hecho y valor, *Sein* (ser) y *Sollen* (deber ser). KELSEN acepta la evidencia según la cual la realidad en sí misma, en su dimensión puramente factual, no representa ningún valor, por ser el hombre el que imprime al mundo, por medio de actos de voluntad, ciertos calificativos valorativos tales como bueno o malo, verdadero o falso, justo e injusto. Así, no existiendo valores inmanentes en la realidad —un árbol no es naturalmente bello, de la misma manera que el hecho social del homicidio no es naturalmente malo—, se concluye que una norma, o sea, una estructura que define y protege cierto valor, solo puede derivarse de otra norma. Se funda así el llamado *método nomológico*, por el que una norma encuentra su validez únicamente en otra norma, volviéndose normativamente inviable apelar al mundo del ser.

Pero si KELSEN pretende —como anuncia enfáticamente en el primer párrafo de la primera página de la edición definitiva de la *Teoría Pura del Derecho*— describir el derecho positivo<sup>8</sup>, quiere decir, el derecho que se establece por actos humanos de voluntad —y no aquel simplemente presupuesto, que KELSEN identifica con el derecho natural—, es preciso que la cerrada estructura del método nomológico abra espacio para el mundo del ser. No con el fin de fundamentar la validez de las normas, a semejanza de lo que realiza la doctrina iusnaturalista, pero sí para garantizar el acoplamiento de la estructura cognoscitiva nomológica a los elementos de la realidad, a saber, los ordenamientos jurídicos reales que la teoría describe. Esto ocurre mediante la afirmación de que aunque la eficacia no sea un elemento de la validez, es una condición mínima para su existencia.

Así, junto al concepto central de validez, emerge otro, tan importante como el primero: la eficacia. De acuerdo con KELSEN, una norma jurídica demuestra su eficacia cuando es cumplida espontáneamente por los destinatarios mediatos (secundarios) —es decir, la población de manera general— o cuando es aplicada de modo forzado a los recalcitrantes por los órganos jurídicos competentes, que son, en realidad, los destinatarios inmediatos (primarios) de la norma. De modo muy simple, se puede decir que una norma es eficaz cuando la población la cumple o, inexistiendo el cumplimiento espontáneo, su parte sancionatoria —que integra el concepto de norma para KELSEN— es aplicada por actos jurídicos de jueces, administradores públicos, policías, etcétera.

A diferencia de la validez, concepto formal que no tiene grados de intensidad —una norma jurídica es válida o inválida, *tertium non datur*—, la eficacia sí contiene grados de intensidad. Esto parece consecuente con la naturaleza sociológica del con-

---

<sup>8</sup> «La Teoría Pura del Derecho es una teoría del derecho positivo —del derecho positivo en general—, no de una norma jurídica específica» (KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1).

cepto de eficacia, que para su materialización depende de actos y hechos reales. Una norma puede ser más o menos eficaz que otra, dependiendo de las circunstancias, siempre sujetas a cambios de acuerdo con el desarrollo histórico. No obstante, dos situaciones son igualmente imposibles: 1) Una norma no puede ser totalmente eficaz, en el 100 por 100 de los casos, pues esto acarrearía la fusión entre los conceptos de validez y de eficacia. En última instancia, integrando el orden jurídico con el orden natural, ser y deber ser, llevaría a una contradicción lógica como aquella presente en la conocida «falacia naturalista», pues una norma que se cumpliera siempre y necesariamente sería inútil. En esta situación se estaría delante de una orden natural que no admite el «incumplimiento»: una norma integralmente eficaz expresaría una «ley» de la naturaleza —como la gravedad— y no una ley jurídica, y 2) por otro lado, hablar de una norma que jamás es eficaz, es decir, que cuenta con un grado cero de eficacia, también daría lugar a una contradicción lógica, ya que una norma que sea imposible cumplir, que nadie puede cumplir —ni los destinatarios primarios ni los secundarios— equivale a una norma inexistente, meramente pensada y, por tanto, sin relación con el tema central de una teoría científica del derecho que tiene por objeto el derecho positivo, o sea, el derecho existente creado por actos humanos de voluntad.

KELSEN resuelve ambos problemas admitiendo que, aunque la eficacia no sea un elemento que integre el concepto de validez, es una de sus condiciones, al menos en un grado mínimo. De este modo, para que una norma sea válida es necesario que tenga cierto grado (mínimo) de eficacia, sin el cual es inexistente y no puede ser analizada por una teoría radicalmente realista como la Teoría Pura del Derecho. Así KELSEN consigue explicar con éxito el intrincado fenómeno del desuso (*desuetudo*) o ineficacia total de la norma, que había preocupado y confundido a muchos juristas. KELSEN afirma que el desuso consistiría en la pérdida de la validez de una norma debido a la falta de uso (costumbre negativa). En tal hipótesis, aquel mínimo de eficacia no se verificaría en la realidad, dando lugar a que se considerara la norma como inexistente<sup>9</sup>. Es importante resaltar que KELSEN no define cuál sería el grado mínimo de eficacia, ya que esa tarea le corresponde a los ordenamientos jurídicos reales, que lo harían de manera general (mediante normas sobre el derecho que conceptuarían la *desuetudo*) o particularmente (dejando tal definición a los órganos de aplicación del derecho, como ocurre en Brasil, donde los jueces deciden cuándo la norma jurídica «ha caído en desuso»). Toda esta refinada construcción, que relaciona la validez y la eficacia, vale no solamente para la norma aisladamente considerada, sino también —y, según mi opinión, principalmente— para los ordenamientos como un todo<sup>10</sup>. Y aquí retomamos la pregunta que dejamos sin respuesta antes.

<sup>9</sup> «La *desuetudo* es como una costumbre negativa cuya función esencial consiste en anular la validez de una norma existente. Si la costumbre es en general un hecho generador de derecho, entonces también el derecho estatuido (legislado) puede ser derogado a través de la costumbre. Si la eficacia, en el sentido arriba expuesto, es la condición de la validez no solamente del orden jurídico como un todo, sino también de las normas jurídicas en particular, entendiendo que la función creadora de derecho del costumbre no puede ser excluida por el legislador, por lo menos en la medida en que se considere la función negativa de la *desuetudo*» (*ibid.*, 238-239).

<sup>10</sup> «Un ordenamiento jurídico no pierde, sin embargo, su validez por el hecho de que una norma singular pierde su eficacia, esto es, por el hecho de que esta no se aplicará en general o en casos particulares. Un ordenamiento jurídico es considerado válido cuando sus normas son, en una consideración global, eficaces, esto quiere decir, son de hecho observadas y aplicadas» (*ibid.*, 237).

Para ser válido, un ordenamiento debe ser globalmente eficaz, pues de lo contrario lo que se presentaría sería el desuso general de un ordenamiento jurídico, lo que, en lenguaje político, podría ser llamado de revolución, y en lenguaje sociológico, anomía. KELSEN insiste varias veces en su *Dictamen sobre el hecho de la Revolución*. Este es el acontecimiento fundacional de la Constitución de 1934. Él percibe con claridad que el poder político-jurídico existe cuando —y solo cuando— se impone. Por esta razón, KELSEN niega que haya habido una usurpación de la soberanía del Parlamento por parte del Poder Ejecutivo, mediante la imposición de límites estrictos para la elaboración de la Constitución de 1934. Armado de un relativismo sorprendente, KELSEN percibe que el hecho jurígeno es la Revolución de 1930, y solo aquellos que vencieron —y precisamente porque han sido los vencedores— pueden crear derecho. En este sentido, la Asamblea Constituyente convocada por Getúlio Vargas es solo un órgano derivado. El verdadero origen del poder es el grupo que violentamente tomó y mantiene el poder. Esta es una constatación puramente técnica y no valorativa. Prueba de ello es que KELSEN admite que la Asamblea Nacional Constituyente brasileña podría ser completamente libre para elaborar la Constitución. Pero, para ello, la Asamblea Constituyente debería haber hecho la revolución, como ocurrió, por ejemplo, en Francia en 1789/1792, y no, por el contrario, haber sido compuesta y convocada por quien realmente lo hizo, es decir, Vargas y sus tenientes.

La fundamentación de esta conclusión lleva al punto central de mi discurso sobre la Teoría Pura del Derecho como teoría de la violencia, ilustrado por estas circunstancias de la historia constitucional brasileña. De hecho, se puede presuponer la norma fundamental (*Grundnorm*) solo si un ordenamiento normativo caracterizado por un mínimo de coactividad fue tenido como globalmente eficaz, ya que la orden constante de la norma fundamental preceptúa que las normas jurídico-positivas que integran dicho ordenamiento deben ser cumplidas<sup>11</sup>. En definitiva, la verdadera pregunta es si el ordenamiento coercitivo que está siendo analizado consigue ser duradero. Una vez que se ha cumplido con dicho requisito, como lo hizo el gobierno de Vargas, el ordenamiento en cuestión puede ser considerado como jurídico en virtud del principio de eficacia<sup>12</sup>. Por esta razón, KELSEN comienza su *Dictamen* admitiendo que no existe diferencia entre el gobierno jurídico y el gobierno *de facto*. Ambos son «gobiernos» si —y solo si— mantienen la efectividad del ordenamiento jurídico establecido. Pero esto no quiere decir que la eficacia integre la validez, se adelanta KELSEN a complementar, teniendo en cuenta que un hecho no puede ser el fundamento de validez de un ordenamiento normativo: «La norma fundamental se refiere exclusivamente a una orden coactiva regular y globalmente eficaz. Esta eficacia no es el fundamento de su validez»<sup>13</sup>.

Autores como Renato TREVES<sup>14</sup> y Mario LOSANO<sup>15</sup> critican la Teoría Pura del Derecho al considerar que el punto inicial mediante el cual se torna posible la descripción

<sup>11</sup> H. KELSEN, *A justiça e o direito natural*. Trad. de João Baptista Machado, Coimbra, Arménio Amado, 1963, 169.

<sup>12</sup> KELSEN, *Teoria pura do direito*, op. cit., 53.

<sup>13</sup> KELSEN, *A justiça e o direito natural*, op. cit., 172.

<sup>14</sup> R. TREVES, «Kelsen y la sociología», en Ó. CORREAS (org.), *El otro Kelsen*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, 195-214.

<sup>15</sup> Cfr. el estudio introductorio de Mario LOSANO contenido en H. KELSEN, *O problema da justiça*. Trad. de João Baptista Machado. Estudo introdutório de Mario G. Losano, São Paulo, Martins Fontes, 1998.

del sistema —es decir, la norma fundamental— no puede presuponerse sin realizar una operación sociológica, característica del mundo del ser: es necesario verificar la eficacia general, aunque mínima, del primer ordenamiento jurídico históricamente considerado. De este modo, la rígida distinción entre el ser y el deber ser se perdería y la Teoría Pura podría ser reconducida a la sociología, ya que fracasaría en su finalidad de buscar la pureza del sistema jurídico. Sin embargo, me parece que esta lectura pasa por alto la verdadera naturaleza de la Teoría Pura del Derecho, así como el papel que desempeña en ella la teoría de la norma fundamental. Desde mi punto de vista, la Teoría Pura del Derecho es una «teoría de la violencia» que constata —tal vez gracias a su propio fracaso, como explicaremos a continuación— que no se puede pensar el derecho como algo ajeno a un contexto social general de fuerza, como aquel que caracterizó a Brasil en el comienzo de los años treinta del siglo pasado. Desde esta perspectiva, el papel de la norma fundamental es el de transformar la violencia que dio lugar al ordenamiento jurídico en una fuerza jurídicamente cualificada, que se caracteriza por la centralización y el monopolio de la coerción, recibiendo entonces el nombre de Estado o de derecho. En la norma fundamental se presupone el acto del poder fundacional del ordenamiento jurídico, de manera que cuando se impone el poder coercitivo, se funda la juridicidad<sup>16</sup>.

El científico del derecho puede presuponer la norma fundamental de cierto ordenamiento jurídico solamente cuando se encuentra delante de un ordenamiento coercitivo globalmente eficaz. Esa necesidad de eficacia global para la presuposición de la norma fundamental llevó a algunos críticos a sostener que KELSEN no había respetado la división entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, ya que la norma que confiere validez al ordenamiento jurídico dependería de un hecho. Pero si es verdad que la brecha entre facticidad y normatividad parece insuperable, también lo es que el puente capaz de permitir dicha integración radica en la norma fundamental<sup>17</sup>. El ordenamiento jurídico consiste en un conjunto unitario y sistemático de normas, no en una concatenación de hechos que, en última instancia, se fundamentan en el poder<sup>18</sup>. Todas las doctrinas que buscan el fundamento de la validez del derecho en su efectividad carecen de valor científico, ya que no tienen en cuenta el axioma básico según el cual una norma solo puede basarse en otra norma, y un hecho en otro hecho. De lo contrario, habría que admitir la «falacia naturalista», que consiste en la creencia de que el valor (norma/deber ser) es inmanente en la realidad (hecho/ser), algo absolutamente inaceptable para una teoría materialista, antimetafísica y empirista como la de

<sup>16</sup> Para una lectura crítica de la norma fundamental en cuanto «acto de poder», cfr. A. S. DE M. C. MATOS, *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*. 2.ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2006, 71-74. Acerca de la naturaleza de la norma fundamental, cfr. A. S. DE M. C. MATOS, «A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, núm. 58, 41-84, enero/junio de 2011. Este último trabajo tiene una traducción al inglés: A. S. DE M. C. MATOS, «An alternative approach to the basic norm: logical-transcendental hypothesis, fiction or scientific postulate?», *Jura*, vol. 18, núm. 2, 2012, 137-147.

<sup>17</sup> T. HONORÉ, «The basic norm of society», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. de Bonnie Litschewsky, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York, Oxford-Clarendon, 2007, 89-112, esp. 102.

<sup>18</sup> G. LUF, «On the transcendental import of Kelsen's basic norm», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York, Oxford-Clarendon, 2007, 221-234, esp. 222.

KELSEN<sup>19</sup>. La eficacia es la condición factual y no el fundamento lógico de la validez, de modo que, en el pensamiento de KELSEN, la norma jurídica y el ordenamiento jurídico son válidos solo *si* son eficaces y *no porque* son eficaces<sup>20</sup>. La eficacia es, por tanto, condición necesaria, pero no suficiente, para la validez del derecho. Según AFONSO: «La eficacia aparece, de ese modo, como condición de validez de la norma jurídica y de la propia orden jurídica. La eficacia es condición de validez, condición *sine qua non*, pero no *per quam*. El fundamento de validez de la orden jurídica estatal es la norma fundamental»<sup>21</sup>.

Para GOYARD-FABRE, la norma fundamental equivale a un canon del ejercicio de la razón que, en cuanto exigencia trascendental *a priori*, dota la descripción de las normas del sistema jurídico de su pureza radical<sup>22</sup>. Vista de esta manera, la función de la norma fundamental consiste en conferir inteligibilidad específicamente jurídica a las normas de un ordenamiento social dado. Sin embargo, esto solo es posible cuando se verifica la eficacia global de la primera Constitución, que representa el hecho material creador del sistema a ser descrito por la ciencia del derecho<sup>23</sup>, que en el caso brasileño reside en el hecho de la revolución de 1930.

Tony HONORÉ destaca dos problemas en la validación de la primera Constitución histórica por parte de la norma fundamental. Ambos me parecen insubsistentes y revelan, mediante su correcta comprensión, la verdadera naturaleza de la Teoría Pura del Derecho en cuanto teoría de la violencia. El primero se refiere al hecho de que las Constituciones provenientes de varios Estados fueron instauradas de manera violenta y arbitraria por personas o grupos que no tenían autorización o legitimidad para ello, habiendo surgido gracias a usurpaciones, conquistas y golpes de Estado que difícilmente podrían ser considerados como legítimos el día de hoy<sup>24</sup>. Fue exactamente eso lo que ocurrió en Brasil bajo el Gobierno de Vargas en los años 30. Para responder a Honoré, es necesario recordar una vez más que la Teoría Pura del Derecho es absolutamente formal. Para presuponer la norma fundamental basta la eficacia global de la primera Constitución histórica. No cabe a la ciencia jurídica la descripción de los medios utilizados por el poder para imponerse. En palabras de KELSEN, «*Coercion is*

<sup>19</sup> J. RAZ, «Kelsen's theory of the basic norm», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York, Oxford-Clarendon, 2007, 47-67, esp. 49-51. Esa idea es central en la doctrina de KELSEN. En el mismo sentido, cfr. A. G. CONTE, «Hans Kelsen's deontics», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York, Oxford-Clarendon, 2007, 331-341; L. SOSOË, «La distinction de l'être et du devoir-être dans la théorie pure du droit», *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen*, núm. 9, 1986, 65-81, y G. H. VON WRIGHT, «Is and ought», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York, Oxford-Clarendon, 2007, 365-382.

<sup>20</sup> E. M. M. AFONSO, *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1984, 260.

<sup>21</sup> AFONSO, *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*, op. cit., 256-257.

<sup>22</sup> S. GOYARD-FABRE, «De l'idée de norme à la science des normes: Kant et Kelsen», en P. AMSELEK (org.), *Théorie du droit et science*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, 211-232.

<sup>23</sup> S. HAMMER, «A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law?», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York, Oxford-Clarendon, 192.

<sup>24</sup> HONORÉ, *The basic norm of society*, op. cit., 102.

*to be applied under certain conditions and in a certain way, namely, as determined by the framers of the first constitution or by the authorities to whom they have delegated appropriate powers»<sup>25</sup>. Por esta razón es que KELSEN concluye que el Gobierno provisorio de Vargas «tiene los poderes que quiere tener», bajo la condición de que pueda obtener la obediencia a sus prescripciones. Esto puede que no sea una visión simpática del derecho, pero es una visión realista.*

La segunda crítica de HONORÉ se fundamenta en la constatación de que no hay ninguna razón para considerar como válida la cadena de autorizaciones y de transferencias del poder que conecta a los fundadores de determinado ordenamiento jurídico con los actuales detentadores del poder de crear derecho válido. Para justificar esta crítica, Honoré juzga necesario asumir que la transferencia del poder mediante cadenas históricas de competencia es algo indiscutible, cosa que le parece absurda<sup>26</sup>. Sin embargo, incluso siendo dicha transferencia éticamente cuestionable, corresponde exactamente a la realidad, que no tiene ninguna obligación de ser ética, como lo prueba la estructura jurídica utilizada por el gobierno brasileño en 1933 para «transferir» el poder revolucionario para un *locus* de legitimidad constitucional, con la consecuencia de esa extraña conformación mediante la cual un Decreto del Ejecutivo posibilita y limita los trabajos de una supuesta Asamblea Nacional Constituyente que de hecho no lo es. Como bien lo expresa KELSEN en su *Dictamen*, dar el nombre de «Asamblea Nacional Constituyente» a cierto grupo de personas no los convierte, como por arte de magia, en constituyentes. De hecho, los verdaderos constituyentes son aquellos que vencieron en la revolución de 1930 y por ende pudieron imponer la Constitución de 1934. Todo lo demás es retórica.

Pero ¿por qué? Las personas cumplen con los estándares legales establecidos por las autoridades competentes porque presuponen, tal vez incluso inconscientemente, autorizaciones anteriores válidas. Cuando no es posible presuponer estas autorizaciones, eso significa que uno está delante de una revolución, hipótesis expresamente tratada por KELSEN en la Teoría Pura del Derecho. Las revoluciones, como la brasileña que estoy analizando, se presentan cuando determinado sistema jurídico se extingue para dar lugar a un nuevo ordenamiento, que se encuentra legitimado en otra norma fundamental, hipótesis que KELSEN tiene en cuenta en su *Dictamen* al indicar que las competencias y los poderes de la Asamblea Nacional Constituyente brasileña serían ilimitados solo si ella hubiera hecho su propia revolución. En síntesis: la transferencia de la titularidad del poder es siempre presupuesta como válida, a no ser en aquellas situaciones en las cuales la eficacia general deja de existir y el ordenamiento jurídico en cuestión desaparece frente a un nuevo sistema de normas. Este, a semejanza del antiguo, también contará con una norma fundamental validante que propiciará nuevas transferencias del poder político-jurídico. Estados que inicialmente no aceptaban la existencia de otros como jurídicos —p. ej., Estados Unidos de América frente a la recién creada Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, definida por los estadouni-

<sup>25</sup> Traducción: «La coacción se va a aplicar en determinadas condiciones y de cierta manera, a saber, como determinada por los que redactaron la primera Constitución o por las autoridades que le hayan delegado facultades para ejercer dichos poderes» (H. KELSEN, *Introduction to the problems of legal theory*. Trad. de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, Oxford, Clarendon, 1992, 57).

<sup>26</sup> HONORÉ, *The basic norm of society*, op. cit., 103.

denses como una reunión de *gangsters*— pasan con el tiempo, habiendo comprobado que los nuevos Estados son capaces de mantener un alto grado de eficacia en la aplicación de las sanciones jurídicas, a considerarlos como perfectos ordenamientos jurídicos<sup>27</sup>.

Todo esto significa que la violencia es un *medio absoluto* para conceptualizar el derecho, dando lugar a que sea elemento esencial de su definición. Sabiendo que los fines de los ordenamientos jurídicos pueden variar —p. ej., de Estados socialistas a capitalistas— de manera infinita, el derecho se define únicamente como un medio específico de coerción a través del poder. Esto significa que la definición de un ordenamiento social como «derecho» es totalmente formal, ya que para eso no importan los contenidos y los valores de sus normas —las llamadas «finalidades del derecho»—, sino solo la existencia o no de la monopolización de la violencia, es decir, el medio —la «forma universal»— al cual el derecho siempre recurre para imponerse, ya sea en acto o en potencia. Aquí el pensamiento de KELSEN se corresponde con el de Walter BENJAMIN, que sabía exponer de manera aguda el vínculo ineludible entre derecho y violencia, esta entendida en cuanto medio y no fin del derecho. Para BENJAMIN, no tiene ningún sentido el intento de definir el derecho mediante un conjunto de valores agrupados en torno al concepto altamente indeterminado de justicia. Para el derecho positivo, poco importa si otros órdenes normativos —establecidos por un grupo de delincuentes o por un partido revolucionario, por ejemplo— evidencian con sus acciones ciertas finalidades que puedan ser razonablemente entendidas como justas. Lo único que el derecho no tolera es que los ordenamientos concurrentes tiendan a interferir en la monopolización que tiene de la violencia. No importa la justicia de ciertos reclamos colectivos, importa solo si estas quieren o no utilizar la violencia, monopolio del ordenamiento jurídico<sup>28</sup>.

Sin la violencia que impone el primer ordenamiento con eficacia global, no es posible presuponer la norma fundamental, ya que para esto se necesita un mínimo de eficacia, como KELSEN lo ha señalado. Incluso en la hipótesis históricamente poco común del origen pacífico de un ordenamiento jurídico, todavía prevalece la tesis de la violencia, ya que para afirmar la eficacia de sus normas, este ordenamiento necesita como mínimo prever, desde su inicio, la *posibilidad* del uso de la violencia organizada y monopolizada. En caso de no haber ni tan siquiera dicha previsión de *uso potencial de la violencia*, no estamos ante normas del derecho y de ordenamientos jurídicos, sino de otras formas *anárquicas* de organización social<sup>29</sup>.

Juzgo significativo que Carl SCHMITT se refiera al derecho como la «forma de la guerra formalmente justificada»<sup>30</sup>, opinión compartida por KELSEN, para quien «el derecho es una organización de la fuerza»<sup>31</sup>. A pesar de sus múltiples diferencias, KELSEN y

<sup>27</sup> KELSEN, *Teoria pura do direito*, op. cit., 55.

<sup>28</sup> W. BENJAMIN, «Para uma crítica da violência», en W. BENJAMIN, *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. Org., a apresentação e notas Jeanne Marie Gagnebin. Trad. de Susana Kampff Lages y Ernani Chaves, São Paulo, Duas Cidades/Editora, 34, 2011, 121-156, esp. 124-127.

<sup>29</sup> Sobre el concepto de *an-arquia*, cfr. A. S. DE M. C. MATOS, *Filosofía radical y utopía: inapropiabilidad, an-arquia, a-nomia*. Trad. y prólogo de Francis García Collado, Bogotá, Siglo del Hombre, 2015.

<sup>30</sup> C. SCHMITT, *Glossarium: Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*. Ed. Fr. von Medem. Berlin: Duncker & Humboldt, 1991. Nota del 12 de octubre de 1947.

<sup>31</sup> H. KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2005, 29. N. del T.: versión en español titulada: *Teoría general del derecho y del estado*, México, UNAM, 1949.

SCHMITT tienden a incorporar la violencia en el *nomos*<sup>32</sup>. Ambos estiman que la violencia es una categoría básica de la experiencia jurídica, de modo que, al final, el derecho es siempre violencia —o siempre es *también* violencia—, teniendo que convivir con la constante tentativa de superación y/o mitologización de su carácter abismal mediante la adopción de una retórica oficial y el uso de estructuras simbólicas como la Constitución. Esto me parece que se constata claramente en el *Dictamen* de KELSEN, que se concentra en analizar la creación de una nueva Constitución en Brasil. Según el autor, el derecho —y, por consiguiente, el Estado— solamente se define a partir del momento en que se da la monopolización de la violencia, que pasa entonces a ser organizada, o sea, «normalizada» jurídicamente. Sin el monopolio de la violencia no existe el derecho ni el Estado, sino apenas revolución, situación precaria que se verifica cuando dos o más órdenes sionormativos —pero todavía no jurídicos— luchan para imponerse como la única autoridad creadora del derecho, esto es, «soberana». Por ende, es fácil concluir que KELSEN solo encuentre derecho donde haya monopolio de la violencia por parte del Estado.

Aquí es posible preguntarse si KELSEN concibió la Teoría Pura del Derecho como una teoría de la violencia. La respuesta simple sería «no». El principal objetivo de la teoría kelseniana no era discutir y criticar el carácter violento del derecho, circunstancia que solo toma como presupuesto y que funciona como un telón de fondo indiscutible en su teoría jurídica. Tal vez KELSEN no haya percibido que el presupuesto violento del que parte vicia y contamina toda su teoría, quiero decir, todo su intento analítico tendente a presentar de manera pura el objeto llamado «derecho», con el desconocimiento expreso de su dimensión originaria en el sentido *arqueológico*. Sin embargo, como cualquier «origen», la dimensión genético-violenta del derecho no es un punto cronológico del cual se parte, sino un *tiempo arqueológico* en que se funda el pasado, el presente y el futuro. La idea de arqueología, tal como fue pensada por Giorgio AGAMBEN, pretende descubrir las permanencias de ideas y prácticas históricamente encubiertas que, de modo parecido a los fósiles, determinan las experiencias actuales de manera subterránea, pero definitiva, por más que sean percibidas como eventos pasados ya superados. En este sentido, la violencia está presente arqueológicamente en el derecho tal como la supuesta lengua indoeuropea está presente en el griego, en el sánscrito y en el castellano actual; del mismo modo que las radiaciones originarias del *big bang* hace ya 14.800 millones de años están presentes hoy en el universo, pudiendo ser captadas por los astrofísicos<sup>33</sup>. Es por esto que, en el caso brasileño, KELSEN aceptó como válido el aparente absurdo —según el punto de vista de la teoría clásica del derecho— que representa un Decreto presidencial que establece una Constitución. Solo la fuerza, legítima o no, da lugar al derecho. Aquí, se trata de una tesis propiamente *arqueológica* que se presenta como un umbral que «hace caer» unas sobre las otras —desactivándolas de ese modo en tanto descripciones únicas— tesis simplemente históricas y tesis abstractamente ontológicas. Esto significa que la *experiencia jurídica tal como la conocemos en Occidente* resultó y resulta imposible sin la violencia como *condición genética*.

<sup>32</sup> O. GIACOIA JUNIOR, «Sobre direitos humanos na era bio-política», *Kriterion: Revista de Filosofia*, vol. XLIX, núm. 118, jul./dic. 2008, 267-308, esp. 290.

<sup>33</sup> G. AGAMBEN, «Arqueología filosófica», en G. AGAMBEN, *Signatura rerum: sobre el método*. Trad. de Flavia Costa y Mercedes Ruvituso, Barcelona, Anagrama, 2010, 109-150.



Otro aspecto que se señala en el *Dictamen* es la decidida negación de KELSEN de la tradicional idea de soberanía. En efecto, en su obra KELSEN no economiza argumentos para deconstruir el Estado-substancia que se encuentra contenido en la idea de soberanía, demostrando tanto históricamente como conceptualmente que esa «forma» no pasa de ser otro nombre del derecho. Sin embargo, la tesis de la identidad entre Estado y derecho se acaba resolviendo en un nominalismo estatal que presupone un esencialismo jurídico<sup>34</sup>. De hecho, la consecuencia lógica del proyecto iconoclasta kelseniano —que niega realidad al Estado soberano, comprendido solo como un conjunto de relaciones, o sea, un sistema compartido de significados— sería aplicar la misma conclusión a la otra cara del Estado, o sea, el derecho, teniendo como objetivo la tesis de la identidad entre derecho y Estado defendida por KELSEN. Sin embargo, este paso audaz no es dado por KELSEN, que concede a las normas jurídicas un *status* ontológico que ellas no poseen<sup>35</sup>. Si fuesen radicalizadas, las tesis kelsenianas conducirían a la comprensión de que el derecho es tan fantasmagórico como el Estado, tan metafórico y tan «lingüístico» como cualquier otra convención social. Además de los símbolos míticos (Estado) y lingüísticos (derecho), existe solo la lucha de unos hombres en contra de otros para someterlos a la violencia organizada y estabilizada bajo la forma jurídica. Desde mi punto de vista, este es el mensaje final de la Teoría Pura del Derecho, en especial cuando ella exige la eficacia global del primero de los ordenamientos jurídicos en cuanto condición para presuponer la norma fundamental, momento inicial —y no terminal— de la cadena de validez objetiva necesaria para la descripción científica del derecho. No tengo duda de que esta visión oscura de la realidad social, que emerge de una lectura verdaderamente crítica de la Teoría Pura del Derecho, podrá servir para integrar a KELSEN en un linaje de pensadores realistas y pesimistas que incluye a MAQUIAVELO, HOBBS, SCHMITT, FREUD y LUHMANN.

Si describir el derecho funcionalmente es más importante que buscar su inexistente substancia, presupuesto metodológico que guía la redacción del *Dictamen* ahora analizado, me parece que el Estado y el derecho coinciden, revelándose ambos como expresiones de un monismo funcional que se niega a reconocer la existencia de cualquier orden real autónomo —o «concreto», como quería SCHMITT— en el cual se fundamenta, en última instancia, el ordenamiento jurídico. Al estar relacionados, los conceptos kelsenianos de Estado y derecho llevan a las mismas conclusiones. Al igual que el Estado, el derecho no tiene substancia, siendo más bien un símbolo, ya que «el

<sup>34</sup> A. SOMEK, «Stateless law: Kelsen's conception and its limits», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, 762-763.

<sup>35</sup> «Kelsen stopped short of radical deontologization. Only the state is eliminated from the “two-sided thing”, while “the law” stays in place. Contrary to his own insight, Kelsen presents the legal system as if it were an institutional fact, which is composed of valid norms. [...] This interpretation of the legal system overlaps with, and is reinforced by, the view of the norm as an abstract object. It is more than merely ironic that Kelsen, in his attempt to avoid the hypostatization, resorted to the crudest hypostatizations of all: the ontological supposition of the realm of “norms”» (SOMEK, *Stateless law*, op. cit., 773). Traducción: «Kelsen se detuvo de manera temprana al realizar su desontologización radical. Solo el Estado es eliminado de la “forma de dos ámbitos”, mientras que “el derecho” se queda en su lugar. En contra de su propia visión, Kelsen presenta el sistema jurídico como si fuera un hecho institucional, que se compone de normas válidas. [...] Esta interpretación del sistema jurídico coincide con, y es reforzada por, la visión de la norma como un objeto abstracto. Es más que simplemente irónico que Kelsen, en su intento de evitar la hipostasiación, haya terminado con la más cruda hipostasiación de todas: la suposición ontológica del reino de las normas».

funcionamiento del Estado implica que hay *un solo orden* —una sociedad política, que tiene al derecho como forma simbólica—<sup>36</sup>.

Después de esta relectura de KELSEN con base en su *Dictamen* brasileño, él podría ser considerado por algunos como un cínico realista que se limitó a decir que el poder existente es el único poder válido. Mi conclusión, sin embargo, es opuesta, ya que apunta más al trabajo a ser realizado por los kelsenianos críticos, que consiste en demostrar el carácter irreal, ideológico y profundamente desmovilizador no solo del derecho, sino también de su dimensión «científica», o sea, meramente descriptiva. El entendimiento radicalmente realista que KELSEN ofrece del derecho en su *Dictamen* es capaz de sacar a la luz la inexistencia de patrones científicos o trascendentes que sean capaces de legitimar la creación jurídico-normativa, desenmascarando la naturaleza ideológica, e incluso mitológica, de los intentos cada vez más frecuentes de reducir la violencia del derecho a tablas ideales de raciocinio y justificación, bien al gusto del iusmoralismo y de las corrientes «argumentativas» de la actualidad. No se trata, obviamente, de ensalzar y enaltecer la violencia como cara necesaria del derecho. Aquí permanece válido el propósito descriptivo y no prescriptivo abogado por KELSEN en las primeras líneas de su *Dictamen*. Sin embargo, dar respuesta a la importantísima pregunta que autores como Walter BENJAMIN y Giorgio AGAMBEN se hacen —si es posible o no una experiencia colectiva que renuncie a la violencia jurídica, sea desactivándola o dándole un nuevo uso— solo parece posible si ante todo y sobre todo se analiza el derecho como es. Desde esta perspectiva, la teoría jurídica de Hans KELSEN permanece insuperable y el *Dictamen* que él ofreció a Brasil en 1933 es una buena prueba de esto.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G., 1995: *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita*, Torino: Einaudi, 233 pp.
- 2010: «Arqueología filosófica», en G. AGAMBEN, *Signatura rerum: sobre el método*. Trad. de Flavia Costa y Mercedes Ruvituso, Barcelona: Anagrama, 109-150.
- AFONSO, E. M. M., 1984: *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 312 pp.
- BENJAMIN, W., 2011: «Para uma crítica da violência», en W. BENJAMIN, *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. Org., apresentação e notas Jeanne Marie Gagnebin. Trad. de Susana Kampff Lages y Ernani Chaves, São Paulo: Duas Cidades/Editora, 34, 121-156, 171 pp.
- BRASIL, 1935: «Aviso n. 9, de 11 do corrente, relativamente à autorização da emissão de apólices da dívida pública federal», *Diário Oficial da União* (DOU), 8701-8704, 2 mai.
- 2013: *Decreto núm. 22.621, de 05 de abril de 1933*. Disponible en el «Portal Eletrônico da Câmara dos Deputados da República Federativa do Brasil». Acesso em 17 set.
- CONTE, A. G., 2007: «Hans Kelsen's deontics», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York: Oxford-Clarendon, 331-341, 627 pp.
- COVER, R. M., 1985-1986: «Violence and the word», *The Yale Law Journal*, núm. 95, 1601-1629.

<sup>36</sup> H. LINDAHL, «El pueblo soberano: el régimen simbólico del poder político en la democracia», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 94, 1996, 66.

- D'ALMEIDA, L. D.; GARDNER, J., y GREEN, L. (eds.), 2003: *Kelsen revisited: new essays on the pure theory of law*, Oxford: Hart, 288 pp.
- GIACOIA JUNIOR, O., 2008: «Sobre direitos humanos na era bio-política», *Kriterion: Revista de Filosofia*, vol. XLIX, núm. 118, 267-308, julio/diciembre.
- GOYARD-FABRE, S., 1994: «De l'idée de norme à la science des normes: Kant et Kelsen», en P. AMSELEK (org.). *Théorie du droit et science*, Paris: Presses Universitaires de France, 211-232.
- HAMMER, S., 2007: «A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law?», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York: Oxford-Clarendon, 177-194, 627 pp.
- HONORÉ, T., 2007: «The basic norm of society», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York: Oxford-Clarendon, 89-112, 627 pp.
- KELSEN, H., 1963: *A justiça e o direito natural*. Trad. de João Baptista Machado, Coimbra: Arménio Amado, 175 pp.
- 1992: *Introduction to the problems of legal theory*. Trad. de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon, 214 pp.
- 1995: «A competência da Assembleia nacional constituinte de 1933/34», *Revista Trimestral de Direito Público*, núm. 9, 5-11.
- 1997: *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 427 pp.
- 1998: *O problema da justiça*. Trad. de João Baptista Machado. Estudo introdutório de Mario G. Losano, São Paulo: Martins Fontes, 149 pp.
- 2005: *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luis Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 637 pp.
- LINDAHL, H., 1996: «El pueblo soberano: el régimen simbólico del poder político en la democracia», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 94, 47-72.
- LUF, G., 2007: «On the transcendental import of Kelsen's basic norm», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York: Oxford-Clarendon, 221-234, 627 pp.
- MATOS, A. S. de M. C., 2006: *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*, 2.<sup>a</sup> ed., Belo Horizonte: Del Rey, 330 pp.
- 2011: «A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, núm. 58, 41-84, janeiro/junho.
- 2012: «An alternative approach to the basic norm: logical-transcendental hypothesis, fiction or scientific postulate?», *Jura*, vol. 18, núm. 2, 137-147.
- 2013: «Kelsen e a violência: uma leitura crítica das "limitações" da teoria pura do direito», en J. A. DE OLIVEIRA y A. T. G. TRIVISONNO (orgs.), *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*, Río de Janeiro: Forense, 253-279, 334 pp.
- 2015: *Filosofia radical y utopía: inapropiabilidad, an-arquia, a-nomia*. Trad. y prólogo de Francis García Collado, Bogotá: Siglo del Hombre, 216 pp.
- RAZ, J., 2007: «Kelsen's theory of the basic norm», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York: Oxford-Clarendon, 47-67, 627 pp.
- SCHMITT, C., 1991: *Glossarium: Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*. Ed. Fr. von Medem. Berlin: Duncker & Humblot, 364 pp.

- SOMEK, A., 2006: «Stateless law: Kelsen's conception and its limits», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, 753-774.
- SOSOË, L., 1986: «La distinction de l'être et du devoir-être dans la théorie pure du droit», *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen*, núm. 9, 65-81.
- TREVES, R., 1989: «Kelsen y la sociología», en Ó. CORREAS (org.), *El otro Kelsen*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 195-214, 374 pp.
- WRIGHT, G. H. VON, 2007: «Is and ought», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg, New York: Oxford-Clarendon, 365-382, 627 pp.

## VORBEMERKUNG

Die an mich gestellten Fragen beantworte ich nicht von einem politischen oder naturrechtlichen, sondern ausschliesslich und allein von einem positivrechtlichen Standpunkt aus. Ich gehe dabei von der Voraussetzung aus, dass für die Stellung und Kompetenz der konstituierenden Nationalversammlung keine andere Rechtsnorm in Betracht kommt, als die Verordnung Nr. 22621 vom 7. April 1933.

### I

1. Es gibt keinen wesentlichen Unterschied zwischen einer de facto und einer de jure Regierung; nicht im Völkerrecht und noch viel weniger auf dem Gebiete des Verfassungsrechts. Unter der Voraussetzung, dass die provisorische Regierung die höchste gesetzgebende Autorität ist, die unmittelbar aus der Revolution hervorgegangen ist, ist sie zweifellos zuständig, die Frage der Einberufung und der Zuständigkeit einer konstituierenden Nationalversammlung zu regeln.

2. Der Erlass der zitierten Verordnung bedeutet keine Beeinträchtigung der «Souveränität» der konstituierenden Nationalversammlung. Der Begriff der Souveränität im eigentlichen Sinn des Wortes hat überhaupt keinen Platz im Bereiche des positiven Rechtes. Nicht einmal der Staat als solcher ist souverän; da über ihm das ihn berechtigende und verpflichtende Völkerrecht steht. Noch viel weniger kann von irgendeinem Organ des Staates gesagt werden, dass es souverän sei. Für die konstituierende Nationalversammlung käme nur in Frage, ob sie die Eigenschaft eines ursprünglichen und höchsten Organes hat, das zur Gesetzgebung kompetent und dessen Gesetzgebungskompetenz unbeschränkt ist. Das wäre nur dann der Fall, wenn die konstituierende Nationalversammlung selbst unmittelbar aus der Revolution hervorgegangen wäre. Dem ist jedoch nicht so. Die rechtliche Existenz und die Zuständigkeit der konstituierenden Nationalversammlung beruht auf der Verordnung vom 7. April 1933. Sie ist ein durch ein anderes Organ geschaffenes Organ, das auf legalem Wege entstanden ist. Daran kann die Tatsache nichts ändern, dass sie den Namen «konstituierende Nationalversammlung» führt. Aus diesem Namen lassen sich keinerlei rechtlichen Qualitäten ableiten.

3. Die konstituierende Nationalversammlung hat keine anderen Rechte als jene, die ihr durch die Verordnung vom 7. April 1933 eingeräumt sind. Sie hat daher nicht

das Recht, diese Verordnung aufzuheben und eine andere an ihrer Stelle zu setzen. Die Verordnung verpflichtet die konstituierende Nationalversammlung in dem Sinne, dass sie ihre Funktion regelt und insbesondere ihre Zuständigkeit bestimmt. Die Verordnung ist ein wesentliches Stück der derzeit geltenden Verfassung. Im Verhältnis zu ihr hat die sogenannte konstituierende Nationalversammlung keinen verfassungsgebenden sondern einen verfassungsvollziehenden Charakter. Verletzt sie die Bestimmungen der Verordnung, so verletzt sie die geltende Verfassung. Das kann unter Umständen ein Versuch sein, sich auf einen revolutionärem Wege zu einem wahrhaft konstituierenden, das heisst in jeder Hinsicht verfassungsgebenden also ursprünglich-höchsten verfassungsgebenden Organ zu machen.

## II

1. Artikel 101 und 102 der Verordnung vom 7. April 1933 bedeuten eine Einschränkung der Zuständigkeit der konstituierenden Nationalversammlung. Eine Beeinträchtigung ihrer Souveränität jedoch liegt nicht vor, da sie aus den oben erwähnten Gründen weder souverän im eigentlichen Sinne des Wortes noch ein ursprünglich höchstes Gesetzgebungsorgan ist.

2. Die Bestimmung der Verordnung vom 7. April 1933 betreffend die Wahl des Präsidenten der Republik bedeutet gleichfalls nicht eine Einschränkung der Zuständigkeit der konstituierenden Nationalversammlung, indem diese durch die Verordnung nur ermächtigt ist, eine republikanische Verfassung zu beschliessen. In diesem Punkt, das heisst im Bezug auf die Staatsform, ist der Inhalt der künftigen Verfassung bereits durch die Verordnung vom 7. April 1933 bestimmt.

## III

1. und 2. Was zu Punkt II, 2 gesagt wurde gilt analogerwise auch im Bezug auf den bundesstaatlichen Charakter der künftigen Verfassung. Dieser bildet ebenso wie die republikanische Staatsform eine Schranke für die gesetzgeberische Tätigkeit der konstituierenden Nationalversammlung. Ein Überschreiten dieser Grenze bedeutet einen Bruch der schon geltenden Verfassung. Die Bestimmungen der Verordnung vom 7. April 1933 betreffend die republikanische Staatsform und den bundesstaatlichen Charakter der künftigen Verfassung sind nicht direkt, sondern nur indirekt getroffen. Das ist eine rechtstechnisch zwar sehr bedenkliche, aber immerhin mögliche und leider gar nicht seltene Methode, den gesetzgeberischen Willen auszudrücken.

## IV

Die Machtbefugnisse einer aus einer Revolution hervorgegangenen Regierung lassen sich —positivrechtlich— nicht aus den politischen Ziele bestimmen, die revolutionäre Bewegung ursprünglich hatte. Die Bezeichnung einer Regierung als «provisorische» hat in der Regel nur politische, keinerlei positivrechtliche Bedeutung. Eine

auf revolutionärem Wege gebildete Regierung hat jene Machtvollkommenheiten, die sie selbst in Anspruch nimmt, vorausgesetzt dass sie im Stande ist, ihren Anordnungen im grossen und ganzen Gehorsam zu verschaffen. Es ist das Prinzip der Effektivität, das für die unmittelbar aus der Revolution hervorgegangenen Regierung als Prinzip des positiven Rechts gilt. Hinweis auf die Absichten der revolutionären Bewegung ist keine hinreichende Begründung dafür, dass die Regierung verpflichtet sein soll, ihre Machtvollkommenheiten an die von ihr selbst geschaffene konstituierende Nationalversammlung zu übertragen.

## V

Die Antwort auf diese Frage ist bereits mit der Antwort auf die unter IV. gestellte Frage gegeben.

Genf, am 14. Oktober 1933.  
Prof. Hans Kelsen