

Helena



Teorías del sistema jurídico
Oscar Vergara (Ed.)

18

colección filosofía, derecho y sociedad



Teorías del sistema jurídico

Oscar Vergara (Ed.)

Editorial Comares

TEORÍAS DEL SISTEMA JURÍDICO

ÓSCAR VERGARA (ED.)

TEORÍAS DEL SISTEMA
JURÍDICO

GRANADA, 2009

18 COLECCIÓN
FILOSOFÍA, DERECHO Y SOCIEDAD
DIRECTOR: PEDRO SERNA

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

Director de publicaciones:

MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES

© Los autores

© EDITORIAL COMARES

Polígono Juncatil, parcela 208 • 18220 Albolote (Granada)
Tlfno. 958 46 53 82 • Fax 958 46 53 83

PEDIDOS:

<http://www.comares.com> • E-mail: libreriacomares@comares.com

ISBN: 978-84-9836-471-2 • Depósito Legal: Gr. 2.529-2008

Impresión y encuadernación: COMARES, S.L.

SUMARIO

ABREVIATURAS	XI
INTRODUCCIÓN	1
<i>Oscar Vergara</i>	

CAPÍTULO I

BENTHAM: SISTEMA JURÍDICO Y TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

Luis Cruz

1. La crítica al <i>common law</i> y la inicial propuesta de un digesto de leyes	6
2. Hacia un cuerpo completo de derecho	10
2.1. El <i>pannomion</i>	10
2.2. La necesidad de una ciencia jurídica universal: la «lógica de la voluntad» ..	12
3. La estructura de la ley	16
3.1. La ley como mandato	17
3.2. La noción de soberanía y de poder soberano	20
3.3. La fuerza de la ley: la sanción	28
4. La plenitud del código y el papel de la interpretación	31
5. Una teoría del sistema jurídico	40
6. El fin del sistema jurídico	42

CAPÍTULO II

EL SISTEMA JURÍDICO EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Oscar Vergara

1. Norma y sistema jurídico	51
2. Sobre la existencia del sistema jurídico	58
2.1. Existencia y validez del derecho	58
2.2. Validez y eficacia del derecho	62
3. La identidad del sistema jurídico	66
3.1. La norma fundamental	66

CAPÍTULO II
EL SISTEMA JURÍDICO EN LA TEORÍA PURA
DEL DERECHO

ÓSCAR VERGARA

La obra de Kelsen es muy extensa. Comprende más de cuatrocientos trabajos sobre cuestiones diversas, desde la Teoría del derecho a la Filosofía política y desde la Historia de la Filosofía a la Antropología jurídica. Para el prof. Calsamiglia, su mejor aportación es la misma Teoría pura del derecho¹. Como toda obra que se elabora en el tiempo, ésta tiene su intrahistoria². No

¹ Albert CALSAMIGLIA, «For Kelsen», en *Ratio Juris* 13 (2000), p. 197.

² Uno de sus más destacados comentaristas, Robert Walter, dice que la Teoría pura del derecho es la teoría de Hans Kelsen, ya que es él quien en medio de todas las vicisitudes que atraviesa su elaboración, tales como la dispersión de la denominada Escuela vienesa de Teoría del Derecho (Merkel, Verdross, Pitamic, W. Heinrich, J. L. Kunz, F. Kaufmann, Schreier y F. Sander) y otras desdichas personales, «permaneció siendo el representante de la teoría fundada por él, y cuyo desarrollo ulterior debía ahora llevar a cabo, en sus líneas básicas, por sí solo» [Robert WALTER, «Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre», en *Rechtstheorie* 1 (1970), pp. 69-95. Existe versión castellana: «El estado actual de la Teoría pura del derecho», en *Hans Kelsen 1881-1973. Estudios en su homenaje*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Chile, Valparaíso, núm. 6, 1974, pp. 327-361]. Amplía la nómina de la Escuela vienesa Rudolf Aladár MÉTALL, «Hans Kelsen y su escuela vienesa de la teoría del derecho», conferencia pronunciada en el Instituto Hans Kelsen de Viena, el 11 de octubre de 1973, con ocasión del 92.º aniversario del nacimiento de Hans Kelsen, trad. de H. Tabel Brenner para *Hans Kelsen 1881-1973. Estudios en su homenaje, cit.*, pp. 21-28. Señala este autor que, tras el renacimiento de la república democrática de Austria, a despecho de algunos extremistas de izquierda y de derecha, se ha rescatado en este país del olvido el pensamiento de Kelsen y, en general, tanto la Ciencia jurídica austríaca, los medios de comunicación, así como también los partidos políticos, han tratado de esclarecer la injusticia que se cometiera contra Hans Kelsen (*ibid.*, p. 24). Y señala la creación tanto de la Fundación Kelsen, como del Instituto Hans Kelsen, convirtiendo así de nuevo a Viena en el, como decía Kelsen, «centro responsable para la práctica de la Teoría Pura del Derecho». Acerca de la vida de Kelsen, *vid.* R. A. MÉTALL, *Hans Kelsen: Leben und Werk*, Viena, Deuticke, 1969; R. WALTER, «Das Lebenswerk Hans Kelsens:

hay que olvidar que la obra de Kelsen se dilata en el tiempo abarcando dos terceras partes del siglo XX —su primer libro publicado data de 1905³—, y, como su autor, aquella atraviesa diversas vicisitudes. El prof. Walter baliza el discurso histórico de la Teoría pura del derecho a través de los siguientes hitos que constituyen las obras generales *Allgemeine Staatslehre* (1925)⁴; *Reine Rechtslehre*, 1.ª ed.⁵; *General Theory of Law and State*⁶, y *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed.⁷. Sin embargo, el citado artículo de Walter, al ser de 1970, omite la *Allgemeine Theorie der Normen*⁸, pieza de obligada referencia aunque fuente de contradicciones y causa de los más numerosos debates. Sin perjuicio de otros trabajos que citaremos oportunamente, estas obras constituyen asimismo las fuentes básicas del presente trabajo. También traemos a colación la versión francesa, de 1956⁹, de la 1.ª ed. de la *Reine Rechtslehre*, que, ampliada por Kelsen, constituye un ulterior desarrollo de la Teoría pura del derecho, a medio camino entre la primera y la segunda

Die Reine Rechtslehre», en *Sonderdruck aus der Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Viena, Deuticke, 1971. En resumen, considera Walter que la vida de Kelsen fue atribulada pero exitosa.

³ H. KELSEN, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, Viena, 1905.

⁴ *Allgemeine Staatslehre*, Viena, Julius Springer, 1925. En adelante, AS. Manéjase aquí la reprod. fotomecánica de 1993 de la Österreichische Staatsdruckerei (Viena). Existe versión española: *Teoría general del Estado*, trad. de L. Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1979. En lo sucesivo, TGE. Salvo que se indique expresamente, las citas de los originales kelsenianos se traducirán siguiendo la correspondiente versión castellana.

⁵ *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1.ª ed., Viena, Deuticke, 1934. En lo sucesivo, RR¹. Existe versión española: *La Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. de J. G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1946. En adelante, TP¹.

⁶ *General Theory of Law and State*, trad. de A. Wedberg, Cambridge, Mass. (EE UU), Universidad de Harvard, 1945. En adelante, GT. Hemos consultado la 3.ª impr. de 1949. Existe versión española: *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1995. En adelante, TG.

⁷ *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Viena, Deuticke, 1960. En adelante, RR². Se ha consultado la reimpr. de 1992 de la Österreichische Staatsdruckerei (Viena). Existe versión castellana: *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, UNAM, 1986. En adelante, TP².

⁸ *Allgemeine Theorie der Normen*, Kurt RINGHOFER & R. WALTER (eds.), Viena, Manz, 1979, publicada póstumamente. En adelante, ATN. Se ha consultado la reimpr. de 1990. Hemos tenido oportunidad de consultar la versión española: México, Trillas, 1994.

⁹ *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*, trad. de H. Thévenaz, Neuchâtel, Éds. de la Baconnière, 1953. En adelante, Th¹. Existe versión española: *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de M. Nilve, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1987. Se abreviará como TP¹.

ediciones. En cuanto a los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de 1911¹⁰, si bien, como señala el prof. Bobbio, es donde Kelsen pone los cimientos de lo que en la 2.ª ed. de esta obra denominará «una Teoría pura del derecho como teoría del derecho positivo»¹¹, no hay en ellos ninguna elaboración relevante sobre la cuestión del sistema jurídico, por lo que sólo se cita en ocasiones determinadas.

Este estudio se divide en siete secciones. En primer lugar se harán algunas consideraciones en torno a la cuestión del engarce entre las normas y el sistema, lo cual nos permitirá contemplar panorámicamente los puntos centrales de la teoría kelseniana del sistema jurídico. Luego se abordará el problema de la existencia del sistema jurídico, donde se deslindan aquellos sistemas jurídicos que existen de aquellos que no existen o han dejado de existir. El siguiente punto tiene por objeto analizar la cuestión de la identidad del sistema jurídico, que tratará de determinar los criterios que permiten establecer la pertenencia de una determinada disposición jurídica a un sistema jurídico dado. A continuación se examinará la cuestión de su estructura, tendente a poner de manifiesto las relaciones internas entre las disposiciones pertenecientes al sistema. El contenido del sistema jurídico será otro de los puntos centrales que se aborden en este trabajo. Finalmente, como desarrollos específicos de la Teoría pura del derecho tomaremos en consideración la cuestión de la continuidad entre el ordenamiento jurídico y el Estado y la peculiar conexión que establece Kelsen entre el derecho estatal y el derecho internacional. Siguiendo la sugerencia del prof. Gil Cremades, procederemos mediante el cuestionamiento de lo que la Teoría pura del derecho considera obvio, centrándonos en nuestra crítica no tanto en el «qué», como en el «por qué»¹².

I. NORMA Y SISTEMA JURÍDICO

Kelsen afirma que la Teoría pura del derecho se dirige básicamente hacia la totalidad del derecho, «aprehendiendo cada fenómeno singular en conexión

¹⁰ *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tubinga, Mohr, 1911. Se ha consultado la 2.ª ed. de 1923. Se citará como HP. Existe versión española: *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, trad. de la 2.ª ed. alemana de W. Roces, México, Porrúa, 1987. Se usará la abreviatura PC.

¹¹ Norberto BOBBIO, «Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen», en *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 65.

¹² Cfr. Juan José GIL CREMADES, «Bibliografía sobre Hans Kelsen», en *Anuario de Filosofía del Derecho XIV* (1969), p. 181. Este autor reconoce que las verdades de la Teoría pura del derecho siguen siendo tales, pero su marco histórico-científico, e incluso social y político, han variado: «Reiterarla hoy —afirma Gil Cremades— es casi un manierismo baldío» (*ibidem*).

sistemática con todos los otros, y en cada parte del Derecho, la función del todo»¹³. Su teoría constituye, a su juicio, una *concepción orgánica* del derecho, sin que esto quiera decir —se encarga de aclarar— que sea preciso entender el derecho como un organismo supraindividual, de índole biológica o psicológica, sino, simplemente, «que el derecho es un orden [*Ordnung*] y que por eso todos los problemas jurídicos han de ser planteados y resueltos como problemas de un orden»¹⁴.

En relación con esto, Bobbio se encarga de escribir que con Kelsen la Teoría del derecho se orienta *por primera vez y de manera definitiva* hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto. A partir del autor de la Teoría pura del derecho, pues, el concepto fundamental de la Teoría del derecho no es el de norma jurídica, sino el de ordenamiento entendido como sistema de normas¹⁵. Justamente por la misma época en que Kelsen comienza a teorizar, la teoría normativa tradicional es sustituida por la teoría de la institución. Se «descubre — escribe Bobbio— que no basta con ocuparse de los árboles (las normas singulares), sino que hay que ocuparse también del bosque (la institución, exactamente). Sin embargo, el bosque que ella describe, la institución entendida como sociedad organizada, está completamente privada de árboles, es decir de normas»¹⁶. El mérito de Kelsen viene a ser, pues, que por primera vez no se abandona el punto de vista normativo en la transición del estudio de las normas singulares al del ordenamiento. La esencia del derecho no ha de buscarse en tal o cual característica de la norma jurídica, sino en la del sistema jurídico, que en Kelsen es un orden coactivo. Se produce, pues, estima Bobbio, una inversión en la manera de definir el derecho: no es ya el orden jurídico el que se compone de normas coactivas, sino que son las normas jurídicas las que pertenecen a un ordenamiento coactivo. Esto es lo que permite distinguir las normas jurídicas de las normas, en el famoso ejemplo agustiniano, de una banda de ladrones¹⁷. Este cambio de atención de la norma al sistema hay que situarlo en el contexto de una orientación general que las Ciencias sociales asumen a la sazón, estableciendo como meta final de toda investigación el sistema entendido como «aquella totalidad cuya estructura, una vez individualizada, permite explicar la composición, el movimiento y la mutación de las partes singulares». A este respecto, cita

¹³ *RR*¹, pp. 60-61; [*TP*]¹, p. 93]. En sentido análogo, *Th*¹, p. 111; [*TP*]¹, p. 133].

¹⁴ *RR*¹, p. 61; [*TP*]¹, p. 93]. Orden se refiere a «sistema de normas», tal y como aparece en *Th*¹, p. 112; [*TP*]¹, p. 134].

¹⁵ Cfr. N. BOBBIO, «Struttura e funzione...», *cit.*, p. 76.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibid.*, p. 77.

Bobbio el *Trattato di sociologia generale*¹⁸ de Pareto y el *Cours de linguistique générale* de Saussure¹⁹, ambas del mismo año de 1916.

Ahora bien, esta opinión de Bobbio hay que matizarla, porque Kelsen no mantuvo una única opinión acerca de la estructura de las normas jurídicas y, de hecho, para él, el sistema jurídico es un conjunto de normas *jurídicas*, lo que hace suponer que la juridicidad de la norma es independiente de su pertenencia al sistema, como han recordado Moreso y Navarro²⁰. Esto es problemático, porque es difícil encontrar en las normas elementos específicamente jurídicos. Kelsen sitúa la especificidad de la norma en el tipo de sanción que establecen. Pero, habida cuenta de que en todo sistema jurídico existen normas que no establecen sanción alguna, se ve obligado a defender la ortopédica tesis de que hay normas incompletas que sólo son jurídicas por su relación con las normas que sí establecen sanciones.

Por ejemplo, una constitución que establece que las normas jurídicas generales sólo pueden ser producidas por el parlamento. Nos encontraríamos con que el precepto que castiga el robo habría de ser formulado de la siguiente manera: «si el parlamento ha resuelto que los que roben deberán ser castigados y el tribunal competente ha establecido que determinado individuo cometió el delito de robo, entonces...»²¹. Esto significa que las normas constitucionales que regulan la producción de normas generales no son normas jurídicas independientes y completas, sino «partes integrantes de la totalidad de las normas jurídicas que los tribunales y otros órganos tienen que aplicar». Por ello no puede decirse, en opinión de Kelsen, que el derecho constitucional, como a veces se dice, sea un ejemplo de normas jurídicas que no establecen sanciones. Las normas de la constitución material son derecho únicamente en su conexión orgánica con aquellos preceptos sancionadores creados de acuerdo con ellas. Desde un punto de vista estático, se puede decir que las normas superiores que integran la constitución se hallan como proyectadas en las inferiores²². En *RR*² se extiende sobre esta idea señalando que el derecho sustantivo y el derecho adjetivo están inescindiblemente entrelazados²³.

¹⁸ Wilfredo PARETO, *Trattato di sociologia generale*, Florencia, Barbera, 1916. En esta obra intenta Pareto representar la sociedad humana como un sistema.

¹⁹ Ferdinand de SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, París, Payot, 1916. En ella concibe Saussure la lengua como un sistema.

²⁰ Cfr. Juan José MORESO y Pablo E. NAVARRO, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, CEC, 1993, p. 24.

²¹ *GT*, p. 143; [*TG*], p. 170].

²² *Ibid.*, p. 144 y p. 170, resp.

²³ V. gr., un enunciado jurídico que reflejara de manera completa un precepto penal sería éste: «Si un órgano, cuya designación está determinada en una norma general, establece en un procedimiento determinado por una norma jurídica general, que se ha producido un

Ahora bien, como advierten Alchourrón y Bulygin, en *RR*² Kelsen conceptúa de manera diferente este «inescindible entrelazado», a través de lo que estos autores han dado en llamar «teoría de la norma no independiente», según la cual las normas no sancionadas ya no son normas incompletas o fragmentos de normas, sino entidades distintas, aunque no independientes. Estas normas sólo tienen carácter jurídico en la medida en que están en una conexión esencial con las normas que establecen sanciones. Según estos autores, «esto equivale al abandono de su pretensión de dar una definición de norma jurídica de tal modo que la característica distintiva del derecho en general sea la característica distintiva de todas y cada una de las normas jurídicas y que el orden jurídico se defina a partir de la norma jurídica»²⁴. Esto es, implica «renunciar a la definición del derecho en el nivel de la norma jurídica para sustituirla por una definición en el nivel del orden o sistema»²⁵. Por eso ha dicho Raz que la idea de que la juridicidad se adquiere por la pertenencia a un sistema es una idea que fue ciertamente intuitiva por Kelsen, pero no desarrollada. En efecto, Raz admite esta primacía del autor pragués, pero opina que el análisis debe ir más allá. Su tesis es que «una teoría del sistema jurídico es un prerrequisito para cualquier definición adecuada de “una disposición jurídica” y que todas las teorías existentes sobre el sistema jurídico no son satisfactorias, en parte, porque no se percataron de este hecho»²⁶.

Ahora bien, es indudable que fue Kelsen «el primero en tratar explícita y de forma comprensiva el concepto de sistema jurídico»²⁷, consciente de la relevancia de este enfoque de cara a comprender cabalmente el fenómeno jurídico.

Las primeras palabras de *GT* hacen referencia a que el derecho es un orden de la conducta humana, añadiendo justamente que un «orden» es un conjunto de normas²⁸. El derecho no es, por tanto, una norma, sino un conjunto

hecho al cual una norma jurídica general enlaza determinada sanción, entonces ese órgano debe ordenar, en un procedimiento determinado por una norma general, la sanción determinada por la norma jurídica general previamente mencionada». Este ejemplo muestra la conexión sistemática que, según Kelsen, existe entre el derecho adjetivo y el derecho sustantivo. *Cfr. RR*², p. 237; [*TP*², p. 241]. Más adelante retoma estas ideas en las pp. 243-244 y 247-248, respectivamente. Dedicó todo el § 35 d) a los conceptos de derecho sustantivo y derecho formal (pp. 236-238 y pp. 240-242, resp.).

²⁴ Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *IMCS*, p. 105.

²⁵ *Ibid.*, p. 106.

²⁶ Joseph RAZ, *CSJ*, p. 19.

²⁷ *Ibid.*, p. 20.

²⁸ *Cfr. GT*, p. 3; [*TG*, p. 3].

de normas que poseen una unidad sistémica. No nos será dado desentrañar la naturaleza del derecho, opina Kelsen, si sólo centramos nuestra atención en la norma aislada y no analizamos las relaciones entre las normas de un mismo orden jurídico²⁹.

La estrecha vinculación conceptual establecida por Kelsen entre la norma y el sistema jurídico tiene importantísimos efectos.

a) En primer lugar, el sistema jurídico determina la *existencia de las normas jurídicas*. Una norma sólo puede ser considerada como válida «bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo que, considerado en su totalidad, es eficaz»³⁰. Con esto, como señala el prof. Ollero, el sistema asume una dimensión constitutiva, distinta de la habitual. Bajo esta concepción, el sistema no se limita a ordenar el material jurídico o a posibilitar su reproducción, sino que confiere a la norma jurídica validez o existencia³¹.

Un sistema jurídico válido o existente en su conjunto es el que permite la validez o existencia de las normas particulares a él pertenecientes. V. gr., según esto, la Ley de arrendamientos urbanos española sería una norma jurídica válida en el orden jurídico español al que pertenece según el principio de legitimidad, porque éste es un orden efectivo dentro de determinado ámbito, regla esta última que se identifica, como vamos a ver en f) con el principio de efectividad del derecho internacional.

b) En segundo lugar, el sistema jurídico permite *identificar* las normas jurídicas y distinguirlas de otra clase de disposiciones imperativas.

Desde un punto de vista estático, es común definir el derecho —Kelsen lo hace— en función de su carácter coactivo, poniendo de relieve el hecho de que obliga a determinada conducta bajo la amenaza de ciertos males (privación de la vida, de la libertad, de la propiedad, etc.) que serán coactivamente infligidos en caso de desobediencia. Pero surge inmediatamente la cuestión de si, bajo este principio también el ladrón que asalta a un transeúnte exigiéndole bajo amenaza de un mal su dinero está asimismo *obligado* a aquél a realizar determinada conducta. Kelsen evita esta dificultad mediante un análisis sistemático —o «dinámico» en su terminología— del derecho señalando que el órgano jurídico está amparado por una norma jurídica que confiere «sentido objetivo» a su orden. «Es decir, interpretamos

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ *Ibid.*, p. 42 y p. 49, resp.

³¹ *Cfr. Andrés OLLERO, ¿Tiene razón el derecho?, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, p. 81.*

la orden de uno, pero no la del otro, como una norma objetivamente válida»³². Esto se refleja en el lenguaje, pues en el caso de la orden del órgano jurídico decimos que «deberá infligirse un mal», mientras que en el caso del ladrón decimos que «será infligido un mal».

La propia *dinámica* de la respuesta nos lleva a cuestionarnos por qué las normas jurídicas comportan un sentido objetivo de deber. La respuesta que encontramos en Kelsen es que aquéllas han sido instituidas de acuerdo con una autorización constitucional que nos permite interpretar el acto de emisión de normas jurídicas como cumpliendo la constitución. Con todo, si se trata de una primera constitución histórica, esto sólo es posible, escribe, «si *presuponemos* que comportándose conforme al sentido subjetivo de esos actos, *deben* cumplirse actos de coacción bajo las condiciones y en las maneras que determinan las normas designadas como constitución», es decir, si presuponemos una norma última que dé fundamento a la totalidad del orden jurídico, norma que no puede ser positiva, sino hipotética o ficticia³³. Esta *norma fundamental* da unidad al sistema jurídico y permite identificar las normas que a él pertenecen como normas jurídicas. V. gr., según esto, nuestra Ley Hipotecaria pertenece al derecho español y no al francés porque ha sido creada de acuerdo a los procedimientos establecidos en el sistema jurídico español.

Un punto de especial interés es el de las antinomias. En caso de conflicto, ¿qué norma pertenece al sistema? Veremos que Kelsen da respuestas distintas a esta cuestión.

c) En tercer lugar, en el sistema jurídico se ordenan las normas jurídicas según determinada *estructura*, que, como acabamos de ver someramente en *b)*, es escalonada o jerárquica. Es lo que Kelsen denomina gráficamente la «construcción escalonada» (*Stufenbau*). Un órgano emite una norma (v. gr., una sentencia) porque está facultado por otra norma emitida por un órgano superior (v. gr., una ley), el cual, a su vez, fue facultado por otra norma emitida por un órgano superior (v. gr., una constitución) y así hasta llegar a la norma hipotética o ficticia mencionada *supra*.

El mayor problema que se plantea aquí es qué sucede cuando el órgano inferior emite una norma que se sale formal o materialmente del marco fijado por la norma del órgano superior. La respuesta que da Kelsen es que tal norma será válida mientras no sea anulada por el órgano competente establecido según el sistema jurídico. Es lo que Ollero ha denominado la «nomodinámica retroactiva»³⁴.

³² *RR*², p. 46; [*TP*², p. 58].

³³ *Ibid.*, pp. 47 y 59 respectivamente. En *ATN* veremos que se configura como norma ficticia, en lugar de hipotética.

³⁴ A. OLLERO, *¿Tiene razón el derecho?*, cit., p. 132.

d) En cuanto al *contenido* de las normas que componen el sistema jurídico, Kelsen rebate la idea tradicional de que aquéllas deben ser justas para ser jurídicas. En su opinión pueden tener cualquier contenido. Existen muchas reglas y muy dispares entre sí para medir la justicia de las cosas. Así, no serían derecho, desde el punto de vista del ideal comunista de la justicia, los órdenes coactivos capitalistas del mundo occidental. Y, desde el punto de vista del ideal capitalista de la justicia, no serían derecho los órdenes coactivos comunistas. Pues bien, el concepto de derecho justo no puede ser aceptado por una Ciencia positivista del derecho. El contenido de un orden coactivo, añade, es completamente indiferente a efectos de ser juzgado como jurídico³⁵.

Esta respuesta, plenamente coherente con el positivismo jurídico, no deja de resultar todavía hoy, a la luz de la experiencia histórica, inquietante.

e) Desbordando el marco de lo que Raz considera que debe ser el contenido de todo estudio del sistema jurídico, se plantean en Kelsen cuestiones adicionales, como la de las *relaciones entre el sistema jurídico y el Estado*. Se puede resumir el pensamiento de Kelsen a este respecto señalando que si bien todo Estado es un sistema jurídico, no todo sistema jurídico es un Estado (piénsese, por ejemplo, en un sistema jurídico primitivo).

f) El último punto, específicamente kelseniano, que será objeto de examen es el del correcto *engarce del derecho internacional* en el marco de su concepción del sistema jurídico. Como hemos apuntado en *a)*, la norma hipotética de todo sistema jurídico resulta ser una norma positiva del derecho internacional: todo sistema jurídico eficaz es un sistema jurídico válido (principio de efectividad).

³⁵ *Cfr. RR*², p. 51; [*TP*², p. 62]. Kelsen recuerda los casos de las revoluciones francesa y rusa. Luego del triunfo de ambas, explica, apareció en los demás Estados la tendencia natural a no interpretar como jurídicos los actos de los gobiernos revolucionarios recién llegados al poder; en el primer caso, porque lesionaba el principio monárquico de legitimidad y en el segundo porque eliminaba la propiedad privada de los medios de producción. Los tribunales de EE UU, precisamente, negaron que los actos del gobierno ruso fueran jurídicos por tratarse de los actos no de un Estado, sino de una banda de *gangsters*. Con el tiempo, sin embargo, esta actitud cambió cuando estos nuevos órdenes coactivos revolucionariamente instaurados demostraron ser duraderos y eficaces, y sus actos comenzaron a ser reconocidos como jurídicos. En este punto se muestra Kelsen como un buen discípulo de Georg Jellinek, quien, para referirse a este fenómeno, emplea por primera vez la célebre expresión de «fuerza normativa de los hechos». *Cfr. Georg JELLINEK, Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Häring, 1900. Se ha consultado la versión española: *Teoría general del Estado*, trad. de la 2.ª ed. (1905) de F. de los Ríos, Granada, Comares, 2000, p. 333.

2. SOBRE LA EXISTENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO

Aunque, como se dejó escrito, las bases de la Teoría pura del derecho son establecidas en *HP*, ésta no es fijada hasta *RR'*, donde se incluye por primera vez todo un tratado del sistema jurídico, que en *GT* recibirá el nombre de «nomodinámica»³⁶. A partir de *RR'*, Kelsen expone en todas sus obras generales la misma teoría, pero explicada de manera diferente, centrandó su atención en unos puntos u otros, añadiendo nuevas consideraciones, desplegando nuevos argumentos o replegando otros anteriormente desarrollados.

2.1. Existencia y validez del derecho

Una idea básica de la que hay que partir es que la existencia (*Existenz*) normativa es una existencia distinta de la existencia natural. Hay para Kelsen una existencia normativa específica, conocida como «validez» (*Geltung*)³⁷. Una norma no válida no existe, es la nada jurídica³⁸. Esto, propiamente, es un problema de identidad, pero las cuestiones de la existencia (del sistema jurídico) y la de la identidad (de las normas jurídicas) están muy entrelazadas.

Como hemos anticipado, el orden o *sistema jurídico en general* existe para Kelsen cuando es eficaz, según el principio de efectividad, al margen de su origen legítimo o ilegítimo. Sin embargo, la *norma jurídica individual* existe si ha sido instaurada formalmente según el procedimiento previsto (principio de legitimidad) *en un ordenamiento jurídico eficaz* (principio de efectividad).

Normalmente la validez del ordenamiento jurídico estatal se circunscribe a un determinado *territorio*. Esta limitación hace posible la vigencia simultánea de varios órdenes estatales sin que incurran en conflicto entre ellos. Justamente, opina Kelsen, constituye una de las funciones específicas del derecho inter-

³⁶ En *RR'* ya se habla del carácter «dinámico-formal» del sistema jurídico: *cf.* *RR'*, p. 64; [*TP'*, p. 97]. Los conceptos estático y dinámico, no obstante, aparecen ya esbozados en *AS*: «Mientras que desde el primer punto de vista [estático] se atiende únicamente a la validez de las normas según sus respectivos ámbitos de vigencia espacial, con arreglo al último criterio se mira con preferencia a la especie y manera de creación de dichas normas, al acto de creación normativa, a los órganos creadores de Derecho en sus distintos grados». *AS*, p. 167; [*TGE*, p. 220].

³⁷ *Cf.* *RR'*, p. 7; [*TP'*, pp. 32-33]. *Th'*, p. 119; [*TP'*, p. 142]. Análogamente, *AS*, p. 45 y 47; [*TGE*, p. 59 y 61].

³⁸ *Cf.* *GT*, p. 155; [*TG*, p. 185].

nacional delimitar los respectivos ámbitos de validez de los distintos órdenes jurídicos³⁹.

La limitación temporal del orden jurídico es mucho menos clara y evidente que la territorial y suele faltar, a juicio de Kelsen, por completo en las normas jurídicas positivas: «Cada orden jurídico —escribe— surge con la pretensión de valer eternamente»⁴⁰. En las teorías antiguas se cita entre las propiedades del Estado justamente la perpetuidad —donde Kelsen encuentra una analogía entre la persona del Estado y la de Dios—, la cual no es sino una expresión del hecho de que «el contenido de la validez del orden estatal supuesto soberano y convertido, por tanto, en orden universal, no tiene límites definidos»⁴¹. Sin embargo, el *derecho internacional*, señala, contiene normas positivas que determinan en qué momento debe considerarse nacido un nuevo Estado o desaparecido uno antiguo. Aparte del caso del Estado originado o extinguido en virtud de un tratado internacional, está el caso de la revolución triunfante, la cual es reconocida por el derecho internacional como condición del nacimiento de un nuevo Estado y de la desaparición de uno antiguo. «Así, pues —escribe—, al orden jurídico estatal se le marcan un principio y un fin en el tiempo, lo mismo que a las sociedades, asociaciones, cooperativas, corporaciones, etc., dentro de ese orden»⁴².

Por tanto, este problema, el problema del origen del Estado, que según la teoría tradicional sería un problema metajurídico, desde el punto de vista del primado del derecho internacional, se convierte en un problema de derecho positivo, idéntico al que suscita el nacimiento de una asociación cualquiera dentro de la legislación de un Estado. Hay, pues, para Kelsen una norma jurídica positiva del derecho internacional que establece que un Estado existe en el sentido de comunidad jurídica internacional «cuando se establece un poder independiente de dominación sobre hombres que habitan en un determinado territorio; con otras palabras: cuando adquiere eficacia real, dentro de un cierto ámbito, un orden coactivo de la conducta humana, que no tiene sobre sí otro orden que el del derecho internacional»⁴³. Dicho con otras palabras, el derecho internacional confiere carácter jurídico al *acto efectivo de dominio*. Por ello, la revolución

³⁹ Acerca del ámbito territorial del orden jurídico, *vid.* *AS*, pp. 138-148; [*TGE*, pp. 181-194]. Dentro del territorio del Estado se plantea el problema específico de la articulación territorial, centralizada o descentralizada del Estado, a que se dedica en *RR'*, pp. 315-319; [*TP'*, pp. 315-319].

⁴⁰ *AS*, p. 148; [*TGE*, p. 195].

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *AS*, p. 127; [*TGE*, p. 166].

triumfante o el usurpador victorioso se convierten en «poder legítimo»⁴⁴. En estos casos, la mutación del orden jurídico interno no ha variado con arreglo a su ley inmanente, pero esto no significa que carezca de ley en absoluto, pues existe una ley superior de derecho internacional que legitima el cambio. De esta manera, dice Kelsen, la continuidad jurídica «no se ha interrumpido más que relativamente y, en realidad, ha quedado asegurada, al mismo tiempo que se ha mantenido también en el ámbito temporal, la unidad del sistema jurídico»⁴⁵. Así, pues, el principio de legitimidad (identidad) se encuentra limitado por el principio de efectividad (existencia).

Esta limitación del principio de legitimidad por el de efectividad choca con una interpretación muy extendida de la Teoría pura de Kelsen en términos radicalmente formalistas, siendo así que, en este y otros puntos⁴⁶, acoge planteamientos netamente sociológicos. El prof. Treves considera, en este sentido, que no toda coincidencia de la Teoría pura con las teorías antiformalistas es contradictoria con las propias premisas. Paralelamente, opina que no toda concepción formal de la Ciencia del derecho equivale a otra formal de la realidad jurídica en su conjunto⁴⁷.

⁴⁴ *Ibidem*. Esto lo había notado Jhering señalando que cuando una sublevación triunfa se habla de «revolución», pero si fracasa, de «rebelión». Cfr. Rudolf von JHERING, *Der Zweck im Recht* (Gottinga, 1877-1883), 4.ª ed., vol. I, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1904, reimpr. Hildesheim - Nueva York, Georg Oms, 1970. Hemos consultado la versión castellana *El fin en el derecho*, trad. de D. Abad de Santillán, Granada, Comares, 2000, p. 219. En Kelsen, dicho poder puede asumir cualquier contenido. No busca ningún valor trascendente, ni siquiera la paz: Cfr. *RR*², p. 223; [*TP*², p. 227]. Con esto se desdice de lo que dejó escrito en 1945 acerca de que el derecho produce la paz. Cfr. *GT*, pp. 22-23; [*TG*, pp. 25-26]. Por supuesto, si la nueva revolución fracasa, se mantiene el orden jurídico precedente junto con su norma básica, como si nunca hubiera perdido su vigencia. Cfr. *TH*, pp. 117-118; [*TP*¹, pp. 140-142].

⁴⁵ *AS*, p. 128; [*TGE*, p. 167]. Con esto pretende Kelsen evitar la consecuencia inevitable desde el punto de vista del derecho estatal del caos de etapas sucesivas, en las que el derecho vigente con anterioridad desplazado revolucionariamente no se conecta con el nuevo orden estatal. Esto lo soluciona Bulygin por medio de la distinción entre sistema jurídico, como conjunto de normas jurídicas, y orden jurídico, como secuencia de sistemas jurídicos, solución basada en la raziaria de sistema momentáneo y sistema jurídico. Vid. Eugenio BULYGIN, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en *Doxa* 9 (1991), p. 259.

⁴⁶ Vid. *infra* el problema de las normas inválidas.

⁴⁷ Cfr. Renato TREVES, «Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXIX (1952), pp. 177-197. Treves intenta mostrar que la Teoría pura del derecho revela puntos de contacto con direcciones opuestas al formalismo, pues existen, a su juicio, estrechos vínculos que unen el pensamiento de Kelsen con concepciones realistas y sociológicas. Una confrontación efectuada por el propio Kelsen puede verse en: H. KELSEN, «Eine "Realistische" und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice», en *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, t. X, vol. 1, 1959, pp. 1-25.

Además de los mencionados ámbitos espacial y temporal, la validez del derecho también se halla circunscrita por un ámbito de *validez material*, que atiende a los objetos particulares y a las diversas direcciones de conducta que son normadas (conducta religiosa, económica, política, etc.). Kelsen considera el derecho como la *única fuente de calificación jurídica*: «Así como todo aquello que tocaba el rey Midas se convertía en oro —escribe—, todo aquello a lo cual el derecho se refiere se convierte en derecho, es decir, en algo que tiene existencia jurídica»⁴⁸.

Por último, si se dirige la mirada a los hombres cuya conducta es regulada, se puede apreciar un ámbito de *validez personal*⁴⁹. Destaca aquí el concepto de pueblo, que en Kelsen tiene un sentido normativo: lo mismo que la del territorio, la unidad del pueblo está fundada por la unidad del orden jurídico. Consti-

⁴⁸ *GT*, p. 161; [*TG*, p. 191]. Kelsen insiste mucho en la idea de que la Teoría pura del derecho es una teoría positivista. Por ello, todo orden jurídico coactivo eficaz puede ser interpretado como orden normativo objetivamente válido. Se opone al iusnaturalismo porque éste establece un patrón ético-político para medir la validez del derecho positivo. En consecuencia, el iusnaturalismo se autoelimina como doctrina cuando establece que es de derecho natural obedecer siempre el derecho positivo. No obstante, admite, su Teoría pura del derecho tiene alguna semejanza con el iusnaturalismo, pues sitúa también el fundamento de validez del derecho en una instancia metapositiva, no el derecho natural, sino la norma fundamental. Cfr. *RR*², pp. 223-226; [*TP*², pp. 228-230].

Pattaro opina que siglos de iusnaturalismo no pueden dejar de influir en la teoría kelseniana, porque, inconsciente o conscientemente, se pretende al definir unas prescripciones como jurídicas extraer el fundamento de obedecerlas y de hacerlas obedecer. Porque una prescripción o vincula de hecho (psicológicamente) o vincula éticamente. En opinión del profesor italiano, lo que existe es un sentimiento psicológico de que se debe obedecer el derecho. Cfr. E. PATTARO, *op. cit.*, pp. 84-85.

Para Paulson, sin embargo, la teoría de la norma fundamental permite a Kelsen situarse en un término medio entre dos extremos, uno de los cuales es justamente el realismo jurídico (donde se encuadra la postura de Pattaro), siendo el otro el mencionado iusnaturalismo. Es la «vía media» de Kelsen: Cfr. Stanley L. PAULSON, *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, trad. de L. Villar Borda, Universidad Externado (Colombia), 2000, pp. 137-138.

En opinión de García Máynez, Kelsen se ve obligado a admitir un mínimo de metafísica al admitir un fundamento lógico-trascendente del derecho, que tiene una índole iusnaturalista. Y escribe: «"Quien levanta el velo y abre bien los ojos, descubre la cabeza de Gorgona del poder"». —La teoría de la norma básica es el velo que oculta el iusnaturalismo kelseniano» (Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica*, México, Porrúa, 1978, p. 164).

No obstante, como se señalará abajo, que la norma fundamental desempeña el papel de condición lógico-trascendental del derecho válido no la convierte en un elemento iusnaturalista (*vid. ep.* 7).

⁴⁹ Cfr. *RR*¹, pp. 8-9; [*TP*¹, pp. 33-34].

tuye un vano intento el propósito de considerar al pueblo (o al Estado identificándolo con él) como una unidad natural⁵⁰.

2.2. Validez y eficacia del derecho

Pasemos ahora a examinar el problema de las relaciones entre ser y deber ser, validez y eficacia, identidad y existencia, uno de los problemas, a juicio de Kelsen, más importantes y difíciles. En *RR*² sostiene que hay dos extremos entre los que debe colocarse la teoría positivista del derecho: el de considerar que la validez es completamente independiente de la eficacia⁵¹ y el de asimilar la validez a la eficacia⁵². Ambos extremos son falsos. A su juicio, validez y eficacia son conceptos distintos, pero relacionados⁵³.

Distintos, porque la validez o el carácter deóntico de las normas jurídicas es una cualidad del derecho; mientras que la eficacia, a despecho del uso lingüístico, es una cualidad de la conducta real de los hombres, no del derecho. El derecho como norma válida expresa el enunciado de que los hombres deben conducirse de determinada manera. Nada dice sobre acontecimientos reales. El juicio sobre la eficacia del derecho se refiere a la conducta real de los individuos, que observan la conducta prescrita gracias a la representación de la norma. Del aspecto psicológico de este fenómeno, es decir, del poder de motivación que deba atribuirse a la idea que los hombres se forman del derecho, nada se puede decir con exactitud. Lo único que se puede afirmar objetivamente es que la conducta de los individuos se ajusta a lo prescrito por las normas jurídicas o no. Eficacia es, por tanto, la conducta real de los hombres cuando concuerda con las normas jurídicas.

⁵⁰ Cfr. *AS*, p. 149; [*TGE*, p. 196]. En general, sobre el ámbito de validez de las normas, *vid. GT*, pp. 42-44; [*TG*, pp. 49-51].

⁵¹ En este punto parece que modera el rigorismo formal kantiano de *RR*¹.

⁵² Aquí se separa de las teorías sedicentemente «realistas», como la de Alf Ross. Éste tiene precisamente una obra dedicada a terminar con el dualismo realidad-validez del derecho. Cfr. A. ROSS, *Towards a Realistic Science of Law. A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1946. Existe versión castellana: *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, trad. de J. Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961. Kelsen arguye contra esta obra que sustituir la validez deóntica por la creencia (errónea) en una validez deóntica no significa reinterpretar el concepto de validez, sino dejarlo de lado: cfr. *RR*², p. 217 (nota *). [*TP*², p. 221 (nota 125)]. Para un estudio más profundo, *vid.* H. KELSEN, «Eine "Realistische" und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice», *cit.*, pp. 1-25. Existe versión castellana: «Una teoría "realista" y la Teoría pura del derecho», en *Contribuciones a la Teoría pura del derecho*, 3.ª ed., México, Fontamara, 1995, pp. 7-46.

⁵³ Cfr. *GT*, pp. 41-42; [*TG*, p. 49].

El juicio de concordancia entre la conducta humana y la norma que el individuo que juzga supone como válida es caracterizado por Kelsen como un juicio de valor que tiene a la norma como criterio estimativo o esquema de interpretación de la conducta humana. Si la norma prescribe A y el individuo tiene el comportamiento A, su conducta se dice que concuerda con la norma. Pero si su comportamiento es no-A, entonces se dice que se contradice con la norma⁵⁴. Tal contradicción no constituye una contradicción lógica. No hay tal contradicción entre la afirmación que expresa el significado de la norma «el individuo debe conducirse en la forma A» y la afirmación que describe la conducta real del mismo individuo: «el individuo se comporta en la forma no-A». La contradicción lógica sólo sería posible entre dos afirmaciones que postularan el mismo «deber ser» o sea, entre dos normas; v gr., «X debe decir la verdad» y «X no debe decir la verdad»; o entre dos juicios que afirman un ser, como «X dice la verdad» y «X no dice la verdad»⁵⁵.

Distintos pero relacionados, porque una norma sólo puede ser considerada como válida «bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo que, considerado en su totalidad, es eficaz»⁵⁶. Para Kelsen, la eficacia es condición de la validez de la norma, pero no razón de la misma. Una norma no es válida porque es eficaz; es válida si el orden al cual pertenece tiene, en general, eficacia. Dicho de otra manera: «Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean en cierta medida conformes a este orden»⁵⁷. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*. Significa que el ordenamiento jurídico entero y la norma jurídica aislada no son válidos cuando cesan en su eficacia⁵⁸.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 40-41 y 47-48, resp. También se puede hablar de comportamiento «bueno» o «malo» en función de la misma concordancia o discordancia de la conducta efectiva con respecto a la ordenada. No hay que entender aquí una afirmación acerca del interés del individuo en el objeto que juzga, como cuando llamamos bueno a lo que nos es agradable y malo a lo desagradable.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 41 y 48, resp. Esta opinión varía a partir de 1960, en que empieza a cambiar radicalmente su concepción general de la lógica de las normas, en sucesivas etapas. Son hitos fundamentales los artículos H. KELSEN, «Derogation», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianápolis, Bob Merrill Hill Co., 1962, pp. 339-355, y H. KELSEN, «Recht und Logik», *Forum XII* (1965), núms. 142, pp. 421-425; 143, pp. 495-499, y 144, p. 579. Esta tendencia se refleja plenamente en *ATN*. La conclusión más importante es que ahora considera Kelsen que un conflicto de normas no es una contradicción lógica, pues la validez de una norma en vigor viene anulada con la derogación (*ATN*, pp. 100-101).

⁵⁶ *GT*, p. 42; [*TG*, p. 49].

⁵⁷ *Thf*, p. 119; [*TP*², p. 142].

⁵⁸ Cfr. *RR*², p. 219; [*TP*², p. 223].

No conviene incurrir en el error de pensar que la eficacia de un orden jurídico es el fundamento de su validez. No lo es tampoco el hecho de su instauración positiva. Quiere decirse con esto que las normas jurídicas no se justifican ni por su positivación formal ni por su general observancia. La pregunta por el fundamento de la validez equivale a la pregunta de por qué las normas de ese orden jurídico deben ser acatadas y aplicadas, y la respuesta es que existe una *norma fundante básica* presupuesta, según la cual «debe acatarse y aplicarse la constitución eficaz en términos generales, y, en consecuencia debe actuarse de conformidad con las normas fácticamente promulgadas según esa constitución, que sean en términos generales, eficaces»⁵⁹. Por lo tanto, *instauración y eficacia* son establecidas en la norma fundante básica como condiciones de la validez, en el sentido de que la eficacia debe agregarse al hecho de la instauración para que tanto el orden jurídico como un todo, como la norma jurídica individual no pierdan su validez⁶⁰.

Para Kelsen, por tanto, decir que el orden jurídico tiene validez puede ser expresado diciendo que existe el deber de comportarse conforme al orden jurídico. Se trata de una conclusión que se funda en un argumento de carácter silogístico. La norma básica del orden jurídico reza: «uno debe comportarse de acuerdo con la constitución fácticamente instaurada y eficaz»; a su vez, si consideramos el enunciado «la constitución fue efectivamente instaurada y es eficaz» y lo subsumimos, como premisa menor en la premisa mayor normativa, podemos deducir que uno debe comportarse conforme al orden jurídico, que es lo mismo que decir que el orden jurídico tiene validez. La norma básica del orden jurídico es la norma en la que descansa toda su validez. Su propia validez tiene que ser presupuesta, porque no es posible fundarla en otra norma ulterior, que provocaría un *regressus ad infinitum*. Escribe: «Las normas de un orden jurídico positivo valen *porque* la norma fundante básica, que es regla de base de su producción, es presupuesta como válida, y no por ser ella eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez *cuando* (es decir, mientras) ese orden jurídico sea eficaz»⁶¹. Si la constitución, y esto significa el orden jurídico instaurado en su virtud, pierde como un todo su eficacia, tanto el orden jurídico, como cada una de sus normas pierde su validez.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ «Una condición —escribe— no puede ser idéntica con lo que condiciona. Así, un hombre, para vivir, tiene que haber nacido; pero para permanecer en vida, debe satisfacerse otras condiciones como, por ejemplo, debe recibir alimentos. Si esa condición no es cumplida, perderá su vida. Pero la vida no se identifica con el nacer, ni con el alimentarse» (*ibidem*).

⁶¹ *Ibid.*, pp. 219 y 224, resp.

No pierde su validez el orden jurídico, en cambio, porque la pierda una norma jurídica aislada, del mismo modo que tampoco pierde su validez aquella norma jurídica que sólo carece de eficacia en casos aislados. Es connatural al derecho la posibilidad de que lo que de hecho sucede no se avenga con lo establecido como debido en la norma. No podría, por tanto, considerarse válida la norma que sólo estableciera como debido aquello que conforme a una ley natural se sabe que tiene que suceder. Tampoco podría serlo la norma que nunca es acatada o aplicada⁶². Esto último responde al fenómeno del desuso o *desuetudo*.

Lo anterior, añade Kelsen, vale también para las normas jurídicas individuales, como puede ser una sentencia judicial o una resolución administrativa, en las que se ordena un acto único de coacción. Éstas también pierden su validez cuando son dejadas de cumplir de modo dilatado⁶³.

Una última idea en relación con este punto. Considera Kelsen que es posible hablar de fuerza (*force*, *Thf*) o poder (*Macht*, *RR¹*) en lugar de realidad o efectividad del derecho. Este planteamiento tiene la virtud de transformar el problema de las relaciones entre validez y eficacia de un orden jurídico en el de la relación entre el derecho y la fuerza. Afirma que de este modo se limita a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, no obstante, idéntico a ella. Y concluye: «Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza»⁶⁴.

Como ha puesto Serna de manifiesto, la doctrina kelseniana de las relaciones entre validez y eficacia supone un reconocimiento de la realidad del po-

⁶² «Se puede representar —escribe— esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo»: *cfr.* *Thf*, p. 118; [*TP¹*, p. 142]. La validez de un orden jurídico subsiste aun si algunas de sus normas no tienen eficacia. Éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por ese orden. El principio de efectividad se refiere al orden jurídico en su conjunto (*ibid.*, pp. 121 y 145, resp.).

⁶³ *Cfr.* *RR²*, p. 220; [*TP²*, p. 224].

⁶⁴ *Thf*, pp. 119-120; [*TP¹*, p. 143]. Análogamente, *GT*, p. 121; [*TG*, p. 142]. *RR²*, pp. 220-221; [*TP²*, p. 225]. Constituye ésta una idea muy de Jhering. Olivecrona y Ross también la asumen. Con todo ha existido un interesante debate doctrinal justamente entre Bobbio y Olivecrona acerca de quién fue el primero en lanzar la tesis de que el derecho consiste esencialmente en fuerza organizada. Hemos tratado este problema en O. VERGARA, «El destinatario de las normas jurídicas en la tradición positivista. Un estudio en torno a R. von Jhering», en *Legal Theory. Legal Positivism and Conceptual Analysis. Proceedings of the IVR World Congress Granada 2005*, vol. I, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 106*, 2006, pp. 220-231.

der —lo único capaz de garantizar la eficacia— en el sustrato mismo del sistema jurídico. Ya se señaló en el epígrafe anterior que un cambio en el poder sustentador del sistema jurídico efectuado al margen de todo procedimiento jurídico —una revolución, v. gr.— supone una verdadera modificación, no sólo de la constitución, sino de la misma norma fundamental. Esto muestra para Serna que esta norma fundamental se apoya en un sustrato fáctico: la fuerza, es decir, el poder que garantiza la eficacia. Así, pues, no parece que sea posible garantizar con el concepto de norma kelseniana la neta distinción entre el ser y el deber ser, lo que no es compatible con el ideal de pureza metódica propugnado por Kelsen. Sin embargo, ese concepto de norma es necesario para establecer tal distinción. Por lo que concluye Serna: «Se hace preciso, pues, decir de la norma kelseniana lo que se ha dicho tantas veces de la *cosa en sí* kantiana: sin ella no es posible entrar en el sistema de Kelsen, pero con ella no es posible permanecer en él»⁶⁵.

3. LA IDENTIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO

Cuenta Cicerón que un día el célebre Alejandro Magno en persona le preguntó a un pirata que había caído prisionero: «¿Qué te parece tener el mar sometido al pillaje?». «Lo mismo que a ti —respondió— el tener el mundo entero. Sólo que a mí, como trabajo en una ruin galera, me llaman bandido, y a ti, por hacerlo con toda una flota, te llaman emperador»⁶⁶.

3.1. La norma fundamental

Antes de pasar a la exposición de la materia, conviene hacer una aclaración importante. Kelsen no plantea directamente la cuestión de la identidad de las normas jurídicas como problema específico, sino que habla exclusivamente del problema de la *validez*. Sin embargo, como anotamos arriba, éste es en puridad un problema parcialmente distinto de aquél.

⁶⁵ Pedro SERNA, *Positivismos conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, EUNSA, 1990, pp. 41-43. La cita literal corresponde a la p. 42.

⁶⁶ CICERÓN, *De republica. De legibus*, lib. 3, frag. 14. Se ha consultado la versión castellana: *Sobre la república. Sobre las leyes*, 2.ª ed., trad. de J. Guillén, Madrid, Tecnos, 1992, p. 97. Recoge la cita SAN AGUSTÍN: *Civitas Dei*, vol. I, 4.ª ed. bilingüe, trad. de S. Santamarta y M. Fuentes, Madrid, BAC, 1988, lib. IV, cap. 4 (ed. cit., p. 229).

Si recordamos lo que se dejó escrito en el epígrafe precedente, la validez jurídica tiene, por así decirlo, dos vertientes. Por un lado, significa pertenencia al sistema jurídico. Empero, la validez jurídica presenta otro aspecto: la eficacia del sistema jurídico en su conjunto. Cuando Kelsen habla de la validez de las normas jurídicas procede normalmente dando por sentado este presupuesto y centrándose en la otra vertiente del problema que nosotros hemos denominado, siguiendo a Raz, el problema de la pertenencia de las normas jurídicas al sistema o identidad del sistema jurídico.

No se distinguirá aquí entre validez e identidad, aunque conviene dejar constancia de que conceptualmente, el problema de la *identidad*, entendido como pertenencia, es en Kelsen una vertiente del problema de la validez. Esto se echa de ver en aquellos sistemas jurídicos que, por una razón o por otra, son ineficaces, como el sistema jurídico romano, respecto del cual cabe separadamente preguntarse acerca de si tal o cual norma, hoy generalmente inválida, se puede identificar como perteneciente a dicho sistema o no. Si contestamos afirmativamente, tendremos que concluir que en su día, cuando el orden jurídico romano era eficazmente aplicado, también habríamos estado ante una norma jurídica válida, a no ser que hubiera caído en desuso.

Retomando el ejemplo histórico, podemos comprender que en la Teoría pura una norma aislada no puede reclamar el título de jurídica, sino sólo si forma parte de un sistema jurídico. Éste no es sino una pluralidad de normas que forman unidad. En aquel ejemplo, la unidad de las naves que constituyen la flota viene determinada porque actúan bajo el imperio de Alejandro (que equivaldría al soberano de Bentham o Austin). En el sistema jurídico, las cosas son muy distintas. La fuente que proporciona unidad al conjunto de normas es un fantasma: la norma fundamental (*Grundnorm*).

Esto también se puede explicar remarcando que para Kelsen la existencia normativa no es un hecho natural. Desde esta perspectiva, no debe ser confundida con el acto de su establecimiento. Las normas no están ni en el tiempo ni en el espacio. Esta cualidad extrasensorial de la validez normativa la compara didácticamente el prof. Pattaro con la *nobleza* o sangre azul de algunas personas. Así, la validez de las normas jurídicas viene a ser como una especie de linaje. Siguiendo el criterio genealógico uno acaba remontándose a un oscuro antepasado que funda el linaje y que hay que suponerlo noble para que todos los títulos familiares no pierdan su significado⁶⁷.

⁶⁷ Cfr. Enrico PATTARO, *Lineamenti per una teoria del diritto*, Bolonia, Cooperativa Libreria Universitaria, 1985. Existe versión española: *Elementos para una Teoría del derecho*, trad. de I. Ara Pinilla, Madrid, Debate, 1991, pp. 74-75.

Esta solución viene determinada —seguimos a Raz— por la *pureza* de la Teoría del derecho kelseniana, que incluye entre sus presupuestos epistemológicos la radical separación entre el mundo del ser y el mundo del deber ser⁶⁸. En efecto, si lo debido sólo existe en las normas jurídicas, no en los hechos, aquéllas sólo pueden encontrar su fundamento en otras normas jurídicas⁶⁹; en último extremo, si queremos evitar un *regressus ad infinitum*, en una norma metapositiva, como es la norma fundamental.

Una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden, por tanto, cuando su validez puede atribuirse a una norma única como fundamento último de esa validez⁷⁰. Una norma no es válida por ser eficaz, afirma Kelsen en línea de principio, ni es válida porque la ordene alguien. Su razón de validez está siempre en otra norma válida. Aquella norma cuya validez no deriva de otra es justamente la norma fundamental. Con lo cual, todas las normas cuya validez se refiere a una norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo⁷¹.

La norma fundamental es, pues, el criterio que identifica el sistema jurídico, así como en parte el criterio que determina su validez⁷². Recordemos que la validez se determina no sólo por el principio de legitimidad, sino también por el de efectividad. Por ello, al referirnos a la norma fundamental no podremos prescindir absolutamente del problema de la eficacia, de que tratamos ya en el apartado precedente. No puede ser de otra manera, puesto que la norma fundamental «únicamente confiere autoridad jurídica a aquellos hechos por los cuales es creado y aplicado un orden que en su totalidad tiene eficacia»⁷³.

⁶⁸ Cfr. J. RAZ, «The Purity of the Pure Theory of Law», en *Essays on Kelsen*, R. Tur & W. Twining (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 94.

⁶⁹ Cfr. *RR*², p. 196; [*TP*², p. 201].

⁷⁰ Cfr. *RR*¹, p. 62; [*TP*¹, p. 94]. *GT*, p. 110; [*TG*, p. 129]. *Th*¹, p. 113; [*TP*¹, p. 135].

⁷¹ Cfr. *GT*, pp. 110-112; [*TG*, pp. 129-131].

⁷² A esta «doble formulación, como criterio de conocimiento y como criterio de validez» alude Ralf DREIER, «Bemerkungen zur Theorie der Grundnorm», en AA VV, *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Viena, Manz, 1982, p. 39.

⁷³ *GT*, p. 120; [*TG*, p. 141]. El prof. Peczenik considera que esta condición que permite presuponer la norma fundamental es muy frágil. Por ello introduce la idea de una norma fundamental ulterior (*Grundnorm 2*) que justifica la norma fundamental kelseniana (*Grundnorm 1*). A su juicio, la *Grundnorm 1* sólo se puede presuponer si se verifica un complejo de condiciones. La *Grundnorm 2* tiene el sentido siguiente: «Si existe un cierto número de hechos sociales, F₁-F₂, y si se dan determinados requisitos normativos o valorativos, W, entonces la constitución debería ser observada desde el punto de vista jurídico si existe una gran mayoría (no necesariamente todos!) de los siguientes hechos y valores: el sistema normativo al que pertenece la constitución gobierna una organización con suprema fuerza en un territorio dado; comprende todos los aspectos de la sociedad; pretende ser el sistema supremo de normas; pretende el derecho exclusivo al

El concepto de norma fundamental cumple una función similar a la idea ya muy gastada, que Kelsen no acepta, del «pacto social». Responde, en efecto, a una misma necesidad teórica, que es dotar de unidad y sentido a la multitud de actos jurídicos en que se despliega el orden jurídico. Sin embargo, como ha observado Kelsen, la idea del pacto o contrato social obedece a un planteamiento mucho más simple, de carácter primitivo, basado en la experiencia de la fuente de obligaciones más corriente en la vida ordinaria como es el contrato. Se trata, al decir de Kelsen, de una mirada ingenua que se detiene en este hecho y, por medio de un razonamiento simplicísimo, que confunde el todo con la parte, convierte un hecho especial, al que la norma general enlaza un deber jurídico, en símbolo de toda norma de derecho. En el fondo subyace la idea individualista que basa la vinculación normativa en la voluntad de los individuos⁷⁴.

Esta doctrina, interpreta Kelsen, pretende transformar la afirmación de que unos mandan y otros obedecen en la muy distinta afirmación de que unos tienen derecho a mandar y otros están obligados jurídicamente a obedecer; pero, en lugar de hacerlo sobre la base de una norma fundamental, se hace sobre el hecho supuesto de que «los hombres han acordado que unos *deben* mandar y otros obedecer», es decir, se busca un hecho histórico para justificar el deber de obediencia a la autoridad. Una vez se entiende que, en virtud del pacto, los contratantes se obligan a someterse en el futuro a la voluntad de la mayoría, «Derecho natural democrático» lo llama, y otras se entiende que por medio del pacto social, el pueblo traslada todo el poder a un monarca absoluto («Derecho natural autocrático») ⁷⁵.

La potestad normativa, para Kelsen, no puede fundamentarse en un hecho, sino en una norma y, puesto que no puede haber una regresión en infinito, es pre-

uso físico de la fuerza; es con frecuencia interpretado técnicamente por los juristas con arreglo a una metodología; constituye una jerarquía dinámica de normas; está altamente institucionalizado; no es absolutamente (*infinitely*) y sistemáticamente inmoral, injusto, malo, etc.» (Aleksander PECZENIK, «Two Sides of the Grundnorm», en AA VV, *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, cit., pp. 58-62). Esto es asumir un fundamento sociológico o fáctico para el sistema jurídico, que es una interpretación plausible, pero que rompe el ideal kelseniano de pureza.

⁷⁴ Cfr. *AS*, pp. 250-251; [*TGE*, pp. 327-328]. Los supuestos individualistas de la Escuela moderna o racionalista del derecho natural han sido profundamente estudiados por el prof. Carpintero en diversos trabajos. Por indicar uno, vid. FRANCISCO CARPINTERO, *La cabeza de Jano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1989. Quien también confunde el todo con la parte es Kelsen mismo, al no distinguir entre esta especie peculiar de iusnaturalismo de otras diversas, que justamente por no tener carácter individualista, no basan la fuerza obligatoria del derecho en el pacto. A ellas no les es aplicable, por tanto, las lógicas críticas que el mencionado autor efectúa en las páginas citadas y siguientes.

⁷⁵ Cfr. *ATN*, p. 251; [*TGE*, pp. 328-329].

ciso presuponer una norma última en la cual descansa la validez de todo el orden jurídico. Pero, como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, la *Grundnorm* kelseniana es un trasunto del poder, de donde resulta, como ha expuesto Serna, que «la única fundamentación posible de la coacción o de la obligatoriedad del derecho es el hecho del poder, lo cual supone incurrir también en la falacia naturalista [...]»⁷⁶.

3.2. Sistemas estáticos y sistemas dinámicos

En función de la norma fundamental, Kelsen distingue diversas especies de órdenes normativos. Si la norma fundamental es de índole estático-material, estaremos hablando de sistemas normativos estáticos, que se caracterizan porque su contenido está ya ínsito en la norma fundamental de la que se derivan deductivamente las restantes normas del sistema. Es el caso de las normas de la moral, cuya validez depende de su contenido. Por ejemplo, las normas «no se debe mentir», «se debe mantener la palabra», «no se debe prestar falso testimonio» pueden ser derivadas de la norma que ordena decir la verdad, la cual, a su vez, encuentra quizás su justificación última en la «norma de mantenerse en armonía con el universo». En esta clase de sistemas normativos las normas se deducen mediante inferencias «lógicas»⁷⁷. Es el caso de los sistemas morales⁷⁸.

La norma fundante de esta clase de sistemas requiere un contenido que sea aceptado como inmediatamente evidente por la razón. Esto exige la operatividad de una suerte de razón práctica, que Kelsen no acepta porque, en su opinión, la función de la razón es conocer pero no querer. No puede haber, pues, ninguna norma inmediatamente evidente. Imponer normas, a su juicio, es propio de la voluntad. En el fondo, cuando se afirma la existencia de una norma básica que fundamenta el contenido del sistema normativo, se parte de la creencia de que ha sido establecida por la voluntad divina o por alguna autoridad sobrehumana,

⁷⁶ P. SERNA, *Positivismo conceptual...*, cit., p. 111.

⁷⁷ Sería más correcto decir inferencias «prácticas», puesto que esas derivaciones son aplicaciones de la norma a situaciones particulares que no se establecen en abstracto, aunque ésta es justamente la tarea de la *razón práctica*, que, como vemos a continuación, Kelsen rechaza nominalmente.

⁷⁸ Cfr. *RR*¹, pp. 62-63; [*TP*¹, pp. 94-95]. *GT*, p. 112; [*TG*, pp. 131-132]. *Th*¹, pp. 113-114; [*TP*¹, pp. 135-136] *RR*², pp. 198-200; [*TP*², pp. 203-205]. Comenta Ollero que la visión kelseniana de los sistemas que llama estáticos es muy generalizante, hasta incurrir en la caricatura (A. OLLERO, *¿Tiene razón el derecho?*, cit., pp. 83-84).

o si se ha originado por costumbre, es tenida, como todo lo consuetudinario, como evidente de suyo. «A la postre —escribe Kelsen—, su validez sólo puede fundarse en una norma presupuesta, según la cual debe comportarse conforme a las órdenes de la autoridad que las dicta, o según las normas producidas consuetudinariamente»⁷⁹. Sin embargo, esta norma puede prestar solamente el fundamento de validez, pero no el contenido válido de las normas que se fundan en ella, conque, concluye en *RR*², «el principio conforme al cual se produce la fundamentación de la validez de las normas de este sistema, es un principio dinámico»⁸⁰.

Los sistemas dinámicos se caracterizan porque la norma fundante que se sitúa en su base sólo contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del sistema. Kelsen pone el siguiente ejemplo. Un padre ordena a su hijo ir a la escuela. A la pregunta del hijo: «¿por qué debo ir a la escuela?», la respuesta podría ser: «porque el padre lo ha mandado y el hijo debe obedecer las órdenes del padre». Si el niño continuara preguntando: «¿por qué he de obedecer las órdenes del padre?», la respuesta podría ser: «porque Dios ha ordenado obedecer a los padres, y se debe obedecer lo que Dios manda». Si el niño preguntara por qué deben obedecerse las órdenes de Dios; es decir, si preguntara por la validez de esa norma, la respuesta sería: «no cabe cuestionar esa norma», es decir, no se puede buscar el fundamento de su validez, sino que hay que presuponerla. El contenido de la norma que dice que el niño debe ir a la escuela no puede derivarse lógicamente de la norma fundante, que sólo establece una delegación en una autoridad normativa, en este caso el padre. La orden del padre vale porque ha sido producida según la norma fundante básica del sistema, que no le dota de contenido, sino de validez⁸¹.

Otro ejemplo. En un grupo social vale la norma según la cual el hombre que toma por mujer a una muchacha debe pagar al padre o al tío de la novia determinado precio. Si preguntara por qué debe hacer eso, la respuesta sería: porque en esta comunidad siempre se ha pagado un precio por ello, es decir, porque existe tal costumbre y porque se supone como evidente de suyo que todo particular debe comportarse como todos los demás miembros del grupo. Kelsen aprecia aquí un razonamiento silogístico, donde la premisa mayor, de carácter deóntico, está constituida por la norma que establece que se debe obedecer la costum-

⁷⁹ *RR*², p. 199; [*TP*², p. 204].

⁸⁰ *Ibidem*. Esta reducción de todos los sistemas al tipo dinámico es una *novedad* introducida en *RR*², que limita mucho el alcance de esta distinción ampliamente manejada por él y otros autores tras él aun después de la publicación de *RR*².

⁸¹ En el supuesto, recordemos, de que el sistema jurídico sea en su conjunto eficaz.

bre. A su vez, la premisa menor tiene carácter fáctico y se refiere en este caso a la existencia de la costumbre de pagar un precio por la novia. De la conjunción de ambas deriva la conclusión que preceptúa que *se debe* pagar un precio por la novia. Advuértase que sin la premisa mayor sería imposible fundamentar el carácter de deuda del pago del precio. Por ello dice Kelsen que el enunciado deóntico que constituye la premisa mayor tiene el carácter de *conditio per quam* en relación con la conclusión, mientras que el enunciado fáctico que integra la premisa menor es sólo una *conditio sine qua non*, pues no constituye el fundamento de validez de la norma enunciada en la conclusión⁸².

3.3. Naturaleza de la norma fundamental

Por lo tanto, para identificar las normas que pertenecen al sistema jurídico y, en parte, recordemos, para determinar su validez, hay que acudir a la norma superior, pero esta búsqueda no puede proseguir hasta el infinito, sino que tiene que concluir en una norma suprema. Ésta no puede ser positiva, pues la autoridad que la fije tendría que basar su competencia en otra norma superior, por lo que tiene que ser presupuesta (*voraus-gesetzte*). Pues bien, todas las normas cuya validez traiga causa de una misma norma suprema presupuesta se pueden considerar normas que pertenecen al sistema normativo determinado por aquélla⁸³. Puesto que no hay un contenido válido en sí mismo que se imponga deónticamente en la producción jurídica, todo el derecho es derecho positivo, es decir, impuesto. Sin embargo, todo él, incluida la constitución en sentido jurídico-positivo, asienta su validez en una norma presupuesta⁸⁴.

Podemos ilustrar esto con otro ejemplo. Un ahorcamiento, observa Kelsen, puede ser interpretado como un crimen o como un acto jurídico. En orden a la segunda calificación, es preciso que dicho ahorcamiento haya sido establecido por una norma jurídica individual, esto es, una sentencia judicial. Si nos preguntamos por la validez de esta sentencia judicial, podremos acudir al Código penal, del que aquélla deberá constituir su aplicación. Cabe preguntarse, a su vez, por la validez del Código penal, el cual habrá tenido que ser establecido por el órgano legislativo facultado por la constitución del Estado para legislar. La misma constitución basará su validez en otra constitución anterior, y así sucesivamente, hasta llegar a

⁸² Cfr. *RR*², pp. 196-197; [*TP*², pp. 202-203].

⁸³ *Ibid.*, p. 197 y p. 202, resp.

⁸⁴ Cfr. *AS*, pp. 325-326; [*TGE*, p. 249]. *RR*¹, pp. 66-67; [*TP*¹, pp. 99-100]. *GT*, p. 116; [*TG*, p. 137]. *TH*¹, p. 116; [*TP*¹, p. 139]. *RR*², p. 202; [*TP*², p. 206].

una primera constitución histórica cuya validez no pueda ser referida a norma positiva alguna que haya sido emanada de autoridad jurídica. Esta primera constitución habrá sido implantada revolucionariamente o por medio de la fuerza. Si, con Kelsen, renunciamos a fundamentar dicha primera constitución en una autoridad metajurídica, como Dios o la naturaleza, tenemos que *presuponer* la norma que establece que uno debe comportarse como la constitución lo prescribe⁸⁵.

Esta norma presupuesta confiere al acto del primer legislador y a todos los actos del orden jurídico que en él descansan el sentido del deber ser. Sólo bajo el supuesto de la norma fundamental puede interpretarse como derecho, como sistema de normas jurídicas, el material empírico⁸⁶. Su función, en consecuencia, consiste en *identificar* y dotar de validez, en el sentido de obligatoriedad, a las normas del sistema jurídico.

Ahora bien, precisa Kelsen, la norma fundamental no puede ser nunca una norma querida, si prescindimos de la voluntad de Dios, por lo que sólo puede ser *pensada*. Esto no entraña un nuevo método de conocimiento jurídico: «Sólo hace consciente lo que todos los juristas, por lo común inconscientemente, hacen cuando conciben los hechos arriba indicados como hechos no determinados por una legalidad causal, sino cuando interpretan su sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como un orden jurídico normativo, sin remitir la validez de ese orden a una norma superior, metajurídica [...]; cuando piensan conceptualmente el derecho como derecho positivo exclusivamente»⁸⁷. Así, pues, la teoría de la norma fundamental viene a ser para Kelsen el corolario lógico del análisis del derecho positivista⁸⁸.

⁸⁵ Cfr. *RR*², pp. 202-203; [*TP*², pp. 207-208]. Esta creación escalonada del derecho trasluce la estructura jerárquica del sistema jurídico, que va desde la pura norma (norma fundamental) hasta el puro hecho (último acto de ejecución): *AS*, pp. 248-250; [*TGE*, pp. 325-327].

⁸⁶ Cfr. *RR*¹, pp. 66-67; [*TP*¹, pp. 99-100].

⁸⁷ *RR*², p. 209; [*RR*², pp. 213-214]. Análogamente, en *RR*¹, p. 67; [*TP*¹, p. 100]. Se destaca en esta última referencia que los juristas no conciben el derecho como un hecho, sino como un orden válido. La Teoría pura del derecho se limita a poner al descubierto las condiciones lógico-transcendentales del método del conocimiento positivo del derecho. Asimismo, *vid. GT*, pp. 116-117; [*TG*, p. 137].

⁸⁸ Con esto se consigue poner el fundamento del derecho en el derecho mismo, en su autoproducción. Por eso, Bobbio confirma que la Teoría pura kelseniana constituye la quintaesencia del positivismo jurídico. Sólo queda, a juicio del profesor italiano, resaltar la noción de poder jurídico, en el sentido de que se está en condiciones de producir derecho en la medida en que se tiene el poder de hacerlo. Se comprende así, prosigue, por qué el derecho según Kelsen no es declarado, sino puesto, impuesto, producido. Y concluye: «[...] para un positivista coherente, "auctoritas, non veritas, facit legem"». Cfr. N. BOBBIO, «Le fonti del diritto en Kelsen», en *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 99-102. Como es sabido, la cita, de la que no da referencia, es de Th. HOBBS, *Leviatán*, XXVI.

En el ámbito del iusnaturalismo de tendencia individualista, la norma fundamental se traduce algo ingenuamente en la idea de la invariabilidad del contrato primitivo. Esto se refleja en lo que hoy denominaríamos «núcleo duro de la constitución», que lleva a confundir el concepto lógico-jurídico de constitución con el concepto jurídico-positivo, al que se le aplica, desnaturalizándolo, el carácter lógico del primero. Así, desaparece la diferencia fundamental entre norma supuesta y normas establecidas, siendo desplazada por la diferencia gradual entre normas jurídicas difícilmente reformables y fácilmente reformables. A juicio de Kelsen, sin embargo, esa rigidez obedece exclusivamente a razones políticas⁸⁹.

En realidad, opina, la necesidad de una constitución es más que dudosa, «pues la constitución, por difícil que sea su reforma, es continuamente renovada para ponerla de acuerdo con las necesidades del tiempo, por lo cual tiene que ser desbordado incesantemente el marco rígido de la codificación contenida en el documento constitucional. Por ello, las constituciones que se autoproclaman «eternas» o que tienen preceptos considerados irreformables son problemáticas cuando dejan de estar en sintonía con las necesidades de la época. Por eso se plantea la cuestión de si pueden ser, en este caso, modificables. *De facto*, es evidente que sí. Ahora bien, jurídicamente la cosa se torna más complicada. A su juicio, «así como es jurídicamente imposible una creación irregular de normas, así también es jurídicamente imposible la reforma de una constitución o precepto constitucional declarado irreformable»⁹⁰. La consecuencia inevitable, si la reforma no acaece por la vía de hecho, es que los textos constitucionales irreformables van siendo interpretados en un sentido que ya no es el primitivo, llegándose a formar eventualmente una práctica constitucional en franca contradicción con el texto y con todo sentido posible de la constitución.

Volviendo a la norma fundamental presupuesta, conviene puntualizar que hay veces en que Kelsen se refiere a ella como norma «hipotética» en el mismo sentido de presupuesta⁹¹.

⁸⁹ Cfr. AS, p. 252; [TGE, pp. 329-330].

⁹⁰ *Ibid.*, p. 254 y p. 332, resp.

⁹¹ En AS, el carácter hipotético de la norma fundamental resulta de la conexión de los §§ 23A y 36A. Por eso seguramente en TGE se traduce *vorausgesetzte Grundnorm* (§ 23A) como «norma fundamental hipotética», lo que, contextualmente, es correcto. Como «fundamento hipotético» (*hypothetische Grundlage*) aparece expresamente en RR¹, p. 66; [TP¹, p. 99]. Como «última hipótesis» (*ultimate hypothesis*) figura en GT, p. 116; [TG, p. 136]. Puede verse como «hipótesis básica» (*hypothèse de base*) e «hipótesis necesaria» (*hypothèse nécessaire*) en Th¹, p. 116; [TP¹, pp. 138 y 139].

Ahora bien, es importante señalar que en su obra póstuma Kelsen rechaza esta idea de origen kantiano de la hipótesis lógico-trascendental del pensamiento, colocándola bajo la órbita de la «filosofía del como si» en el sentido de Vaihinger⁹². Así, hacia el final de ATN escribe: «La norma fundamental de un ordenamiento moral o jurídico positivo es, como resulta de cuanto se ha dicho antes, una norma no positiva, sino simplemente pensada, es decir, una norma ficticia [*eine fingierte Norm*], en el sentido de un acto de voluntad no real, sino meramente ficticio»⁹³.

Es decir, ya no se trata de una norma presupuesta o hipotética, sino ficticia y llega a esta conclusión porque considera que la hipótesis de la norma fundamental no sólo «contradice» la realidad —ya que no existe una norma de este tipo como sentido de un acto real de voluntad—, sino que «también es contradictoria en sí misma» porque representa la autorización de la máxima autoridad moral o jurídica, y, por lo tanto, «procede de una autoridad, aunque sea fingida, todavía más alta que ella»⁹⁴.

La razón de este cambio obedece, como ha señalado García Amado, a razones de lógica interna de la teoría kelseniana. En efecto, «la validez de las normas sólo puede fundarse en otras normas; una norma sólo puede ser el sentido de un acto de voluntad, no de un acto de pensamiento; como fundamento último hay que presuponer una norma básica, pero no se puede presuponer una norma sin presuponer el acto de voluntad que la crea; por tanto, cuando se presupone la norma fundamental hay que imaginarla como producto de alguien, lo cual, si no se quiere asumir postulados metafísicos, es una ficción. Luego en cuanto producto de un autor ficticio, la norma fundamental es también una ficción, una ficción al servicio de ciertos fines del conocimiento»⁹⁵. Ahora

⁹² Cfr. Hans VAHINGER, *Die Philosophie des Als-Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus* (1911), 7.^a y 8.^a ed., Leipzig, Felix Meiner, 1922.

⁹³ ATN, p. 206. El cambio ya lo había anticipado con pena en 1963: «En trabajos anteriores he hablado de normas que no constituyen el significado de actos de voluntad. He desarrollado toda mi teoría de la norma fundamental como una norma que no constituye el significado de un acto de voluntad, sino [que es] presupuesta por el pensamiento. Ahora, debo confesarles, señores, que lamentablemente debo abandonar esta teoría [...]. La he abandonado en el entendimiento de que el deber ser [*Sollen*] tiene que ser el correlato de una voluntad [*Wollen*]. Mi norma fundamental es una norma ficticia que presupone un acto ficticio de voluntad que establece esta norma [...]. La norma fundamental se concibe como la ficción de un acto de voluntad que en realidad no existe» [H. KELSEN, *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, F. M. SCHMÖLTZ (ed.), 1963, pp. 119-120, cita original alemana en K. OLIVECRONA, *Law as fact*, 2.^a ed., Stevenson & Sons, Londres, 1971, p. 114].

⁹⁴ ATN, p. 207.

⁹⁵ Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 105.

bien, esto supone alejarse del kantismo, aunque Kelsen seguirá hasta el final refiriéndose a la norma fundamental como «constitución en sentido lógico-trascendental»⁹⁶.

Según Vaihinger, una ficción es un expediente gnoseológico del que uno se sirve cuando no puede alcanzar el fin pensado con los medios a disposición⁹⁷. ¿Cuál es tal fin en la norma fundamental?: proporcionar un fundamento a la validez de las normas de un orden jurídico o moral, interpretar el sentido subjetivo de los actos que establecen estas normas como su sentido objetivo, esto es, como normas válidas, y de los actos en cuestión como actos normativos. Pues bien, esto, a su juicio, sólo es posible por medio de una ficción. «Adviértase, por tanto —escribe— que la norma fundamental en el sentido de la filosofía del “como si”, no es una hipótesis, como yo mismo la había definido en otras ocasiones, sino una ficción, la cual se distingue de una hipótesis por el hecho de que se acompaña o debe ser acompañada con la conciencia de que no se corresponde con la realidad»⁹⁸.

Este sorprendente cambio no deja de ser comprensible, como han puesto de manifiesto los profesores Alchourrón y Martino, que en este punto citan a Ross, que, como vimos arriba, calificaba a Kelsen de cuasipositivista porque, antes de este giro de Kelsen, consideraba que la norma fundamental comportaba el deber absoluto de obedecer las normas positivas. Así escriben: «Ahora comprendemos que el rechazo de la norma fundamental por parte de Kelsen era un paso necesario en el camino hacia una coherente Teoría del derecho positivista y no cognitivista»⁹⁹. En efecto es absolutamente contradictorio que la norma fundamental sea al mismo tiempo una norma de conducta que proporciona obligatoriedad a las normas del sistema y una regla conceptual o definición, desde el momento en que sirve también para identificar las normas del sistema, función que, en opinión de estos profesores, sólo puede desempeñar una regla conceptual¹⁰⁰. Dicho de otro modo, «cuando un enunciado

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Cfr. H. VAHINGER, *op. cit.*, p. 19, citado en ATN, p. 207.

⁹⁸ ATN, p. 207.

⁹⁹ C. E. ALCHOURRÓN y Antonio MARTINO, «Kelsen senza la norma fondamentale», en AA VV, *Sistemi normativi statici e dinamici*, Turín, Giappichelli, 1991, pp. 411-412.

¹⁰⁰ Alchourrón y Bulygin han expresado en diversas ocasiones que las definiciones «se limitan a regular el uso de un concepto (o de un término), pero no prohíben ni permiten nada». Cfr. IMCS, pp. 119-120. Sobre este tema, *vid.* C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Definiciones y normas», en E. BULYGIN, M. FARRÉLL, C. S. NINO y E. A. RABOSI, *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 11-42. También critican bajo este aspecto la regla de reconocimiento de Hart, insistiendo en que no es regla de con-

establece las condiciones para la identificación de cierto elemento de la realidad bajo una etiqueta tiene la función de una definición; esto es: su función es la de establecer el significado de los signos lingüísticos usados para referirse a la realidad. Esto es precisamente aquello que nosotros entendemos por regla conceptual»¹⁰¹.

Una regla conceptual, para estos autores, especifica el sentido de las expresiones del lenguaje, pero no dice nada sobre la realidad. Se trata de un instrumento metalingüístico, pues tiene por objeto el lenguaje y, eventualmente, las relaciones entre el lenguaje y la realidad. Justamente porque se refiere al lenguaje, nada tiene que ver con informar o prescribir cómo es o cómo debe ser el mundo. Ahora bien, como quiera que las normas de conducta tienen la función de prescribir cómo debe ser la realidad, «los signos lingüísticos usados para expresarla deben tener ya un significado; la formulación significativa de una norma de conducta presupone por ello las reglas conceptuales que dan significado al lenguaje usado»¹⁰². Por todo ello, Alchourrón y Martino afirman que ningún enunciado puede expresar al mismo tiempo —con el mismo significado— una regla conceptual y una norma de conducta, de lo que se desprende que no puede existir algo así como la norma fundamental, por lo que reivindican *una teoría pura del derecho sin la norma fundamental*.

En todo caso, la norma fundamental comporta un *regressus ad infinitum*, porque la validez (esto es, la existencia) de una norma depende de la validez (existencia) de otra (que da competencia a la autoridad de la primera norma), dependiendo, a su vez, esta norma de una tercera y así sucesivamente. Ahora bien, para von Wright, la norma de competencia no necesita ser válida, pudiendo tratarse de una norma no válida (cuya creación está prohibida por otra norma) o de una «norma soberana», es decir, una norma que no sea válida ni inválida¹⁰³.

Para Bulygin y Mendonca, la validez normativa de las normas jurídicas no puede basarse en meras hipótesis o en ficciones. Es el problema de confundir la

ducta, ni implica obligación alguna para los jueces, sino que es una *regla* conceptual (IMCS, p. 120). Más pormenorizadamente, cfr. E. BULYGIN, «Sobre la regla de reconocimiento», en AA VV., *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 31-39.

¹⁰¹ C. E. ALCHOURRÓN y A. MARTINO, «Kelsen senza la norma fondamentale», *cit.*, p. 409.

¹⁰² *Ibid.*, p. 410.

¹⁰³ Cfr. Georg H. VON WRIGHT, *Norm and Action. A logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963. Hemos consultado la versión castellana, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970, pp. 200 ss.

validez con la obligatoriedad¹⁰⁴. Por eso, para hacer coherente la Teoría pura del derecho hay dos caminos. O bien preservamos el concepto normativo de validez, en cuyo caso la norma fundamental ha de ser sustituida por principios verdaderos, lo que implica abandonar el positivismo; o bien se rechaza el concepto de validez como obligatoriedad. En definitiva, el problema de la obligatoriedad de obedecer el derecho no es jurídico, sino moral, por lo que cae fuera del ámbito de la Ciencia jurídica. Así, pues, para estos autores, una Teoría del derecho positivista sólo puede afirmar la validez de una norma en el sentido de pertenencia a un determinado sistema¹⁰⁵.

Por último, la norma fundamental adolece de otro problema. Para Kelsen, toda norma completa, como vimos, tiene la estructura ilícito/sanción, si bien hay normas a las que falta alguno de estos elementos y que denomina incompletas. Pues bien, la norma fundamental no contiene sanción alguna. Se limita a establecer que se debe obedecer la constitución. Como señala Robles, si se quisiera hacer de la norma fundamental una norma completa habría que acudir a las sanciones previstas en el resto del orden jurídico. Pero entonces se plantea la cuestión: «¿Cómo podrían derivar su validez de la norma fundamental si son precisamente ellas quienes la completan?»¹⁰⁶. Concebir la norma fundamental como una norma independiente que depende para serlo de normas jurídicas cuya validez deriva de aquella plantea una contradicción irresoluble. Pero tampoco cabe concebirla como una norma dependiente no susceptible de complemento, ya que una norma dependiente depende de algo y ese algo no puede ser fundamentado desde la norma, con lo que la norma fundamental deja de ser el fundamento último del orden jurídico, de nuevo una contradicción insuperable¹⁰⁷.

3.4. El problema de las antinomias

Hemos visto que la norma fundamental proporciona el criterio último para identificar todas las normas pertenecientes a un sistema jurídico unitario. «Esa unidad también se expresa diciendo —en palabras de Kelsen— que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen»¹⁰⁸. Pero

¹⁰⁴ Sobre la obligatoriedad, *vid. ep.* 5 de este mismo capítulo.

¹⁰⁵ *Cfr.* E. BULYGIN y D. MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 87-88.

¹⁰⁶ Gregorio ROBLES, *Epistemología y Derecho*, Madrid, Pirámide, 1982, p. 136.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 136-137.

¹⁰⁸ *RR*², p. 209; [*TP*², p. 214].

¿realmente no se contradicen las normas entre sí? Naturalmente es innegable, y Kelsen lo admite, que los órganos jurídicos de hecho producen normas que se contradicen entre sí. Esto se da cuando una norma obliga a una conducta, mientras que otra norma obliga a una conducta incompatible con aquélla. Por ejemplo, una norma establece la pena de muerte para el hurto, al mismo tiempo que otra establece simplemente una pena de prisión. Ahora bien, este conflicto no constituye una contradicción lógica en sentido estricto, pues ésta sólo es posible entre enunciados que puedan ser verdaderos o falsos, pero las normas no son, a juicio de Kelsen, ni verdaderas ni falsas, sino válidas o inválidas. Sí pueden ser verdaderos o falsos, sin embargo, los enunciados que describen las normas jurídicas¹⁰⁹. En consecuencia, a estos enunciados sí se les pueden aplicar las reglas de la lógica —incluido el principio de no contradicción—, que indirectamente, a través de ellos, también se aplican a las normas jurídicas¹¹⁰.

Es en este sentido en el que hay que entender su afirmación de que no es incorrecto decir que dos normas jurídicas se contradicen entre sí y que sólo una de las dos puede ser considerada como objetivamente válida. «Mas como el conocimiento del derecho —explica—, como todo conocimiento, tiene que pensar conceptualmente su objeto como un todo dotado de sentido, tratando de describirlo en oraciones no contradictorias, parte del supuesto que los conflictos normativos que aparezcan dentro del material normativo que le es dado (o más correctamente: que le es propuesto) pueden y tienen que ser disueltos por vía de interpretación»¹¹¹.

Esto indudablemente constituye una *petitio principii*, que Kelsen corregiría a partir de 1962, porque si la Ciencia jurídica en el ejercicio de su actividad ha de emitir enunciados verdaderos, tendrá que reflejar las contradicciones existentes en el ordenamiento jurídico y no tratar de corregirlas, puesto que corrección es un concepto normativo. Esto lo han expresado los profesores Kerchove y Ost señalando que Kelsen adopta aquí un punto de vista interno (el cual implica una adhesión al discurso de las instituciones jurídicas)¹¹².

Los conflictos de normas a disolver pueden ser entre normas del mismo o de distinto nivel. En esta sección nos centramos en los conflictos del primer

¹⁰⁹ Estos enunciados son del tipo: «Conforme a ese orden jurídico, debe (o no debe) realizarse determinado acto coactivo».

¹¹⁰ *Cfr.* *RR*², p. 210; [*TP*², p. 214].

¹¹¹ *RR*¹, pp. 136-137; [*TP*¹, pp. 178-179]. *RR*², p. 210; [*TP*², p. 215].

¹¹² *Cfr.* Michel van KERCHOVE y François OST, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Madrid, Univ. Complutense, 1997, p. 47.

tipo, dejando los segundos para la siguiente, donde se tratará de la jerarquía normativa.

Existe un principio general que se aplica a los conflictos entre normas del mismo nivel. Es el clásico principio *lex posterior derogat priori*. Postula que la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la norma promulgada anteriormente¹¹³. Este principio se justifica porque el órgano que emite las normas, monarca o parlamento, está facultado para establecer normas modificables y, por lo tanto, eliminables. Es un principio, señala Kelsen, que vale también cuando las normas en conflicto han sido dictadas por órganos diferentes (ley y costumbre, por ejemplo). Sin embargo, no resuelve el problema que se plantea cuando las normas en cuestión han sido simultáneamente promulgadas. Aquí ya no cabe aplicar el mencionado principio. Las posibles soluciones son dos: a) El órgano aplicador puede elegir entre ambas normas. b) Si la contradicción es parcial, entender que una norma limita la validez de la otra. Si no es posible ni lo uno ni lo otro, entonces el legislador habrá prescrito algo sin sentido. Pero como sea que la norma fundamental sólo puede dotar de sentido objetivo (validez) a aquello que ya tiene un sentido subjetivo, no habrá en este caso acto alguno susceptible de ser legitimado por la norma básica, con lo que, entiende Kelsen, quedará fuera del ordenamiento jurídico.

Es posible también que el conflicto se dé entre dos normas individuales. Considera Kelsen que esto podría suceder en el caso de que una ley faculte a dos tribunales para resolver el mismo caso, sin otorgar a la sentencia de uno el poder de eliminar la sentencia del otro. Esto podría dar lugar a que un litigante fuera condenado por un tribunal y absuelto por otro. Ante este supuesto, el órgano de ejecución contaría con la opción de actuar conforme a una u otra sentencia. La sentencia que no es aplicada, al permanecer duraderamente ineficaz, perdería su validez. Esta interpretación es conforme a la norma fundamental, estima Kelsen, «puesto que ésta determina que la coacción debe ser ejercida bajo las condiciones y de la manera como se establece en la constitución que tiene eficacia en términos generales, y conforme a las normas generales e individuales, establecidas de acuerdo con la constitución, que son, en términos generales, eficaces»¹¹⁴. Otra cosa sería que el conflicto se diera dentro de una misma sentencia judicial, pero en este

¹¹³ Es la denominada «derogación tácita». Sobre la derogación, *vid.* Josep AGUILÓ REGLA, *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, México, Fontamara, 1995; José M. SAUCA, *Cuestiones lógicas en la derogación de las normas*, México, Fontamara, 2001; Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la Teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 398 ss.

¹¹⁴ *RR*², p. 212; [*TP*², p. 217].

caso estaríamos ante un acto carente de sentido, con lo que no podría llegar a ser norma válida.

Como hemos señalado, la teoría kelseniana de las antinomias empieza a cambiar a partir de 1962, con el artículo «Derogation», donde, en aras de la coherencia, Kelsen renuncia a la aplicación indirecta del principio de no contradicción a las antinomias. Ahora, la descripción de dos normas válidas y en conflicto produce dos proposiciones descriptivas verdaderas. La solución del conflicto depende de una tercera norma derogatoria, es decir de un acto de voluntad: «En suma [...]: los principios de la derogación —escribe Kelsen— no son principios lógicos y los conflictos entre normas permanecen irresueltos a no ser que se establezcan expresa o tácitamente normas derogatorias. La Ciencia del derecho no puede resolver por vía de interpretación los conflictos que se dan entre normas, o mejor, derogar la validez de las normas positivas, del mismo modo que tampoco puede establecer normas jurídicas»¹¹⁵.

En su obra póstuma recoge casi íntegramente el texto del artículo citado, volviendo a insistir en que «la Ciencia jurídica no está en condiciones de resolver los conflictos existentes —por ejemplo con la interpretación—, esto es, de anular la validez de normas estatuidas ni dar validez a las normas»¹¹⁶. Ahora entiende Kelsen que el conflicto de normas no constituye bajo ningún aspecto una contradicción lógica y que tampoco puede ser comparado con ella. Un conflicto de normas presupone que las normas que están en conflicto son todas válidas. Por tanto, la validez de una norma en vigor sólo puede anularse con la *derogación*. Esto es muy distinto a lo que sucede cuando dos enunciados se contradicen. Esta contradicción puede ser de naturaleza lógica, y uno de los enunciados será falso desde el principio. En el conflicto de normas, sin embargo, éstas existen simultáneamente mientras una de ellas no sea derogada. Kelsen compara este fenómeno con dos fuerzas que actúan sobre el mismo punto en direcciones contrarias¹¹⁷.

Del mismo modo que el conflicto de normas no constituye una contradicción lógica, la derogación que resuelve el conflicto de normas tampoco es un principio lógico, sino la función de una norma moral *positiva*, en particular de una norma jurídica positiva que no es ninguna de las que están en conflicto, sino una tercera norma, que determina que en caso de conflicto de normas una de las dos o incluso ambas pierdan su validez¹¹⁸.

¹¹⁵ H. KELSEN, «Derogation», *cit.*, p. 355.

¹¹⁶ *ATN*, p. 103.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 101.

¹¹⁸ *Ibidem*.

Opina Kelsen que el principio *lex posterior derogat priori* oscurece la comprensión de la naturaleza de la derogación porque induce al error de pensar que es función de una de las dos normas en conflicto, cuando en realidad constituye una tercera norma. Ésta es de carácter positivo (no lógico) y sólo se aplica (y no necesariamente) si es regulado positivamente. Se trata, además, de un principio que no se aplica en absoluto en todos los casos de conflictos de normas. Es posible inversamente que sea la norma posterior la que pierda validez, como sucede en el caso (que trataremos luego detenidamente) de la ley inconstitucional. Pero también puede acontecer que ambas normas en conflicto resulten derogadas¹¹⁹.

En contra de la tesis kelseniana de que el principio *lex posterior derogat priori* es un principio jurídico positivo cabría alegar que muchas veces no figura expresamente en el orden jurídico. Pero Kelsen explica esta situación señalando que el legislador puede haberla presupuesto como obvia. Pero también puede haber dado por supuesta la validez del principio contrario (*lex prior derogat posteriori*) —en el caso de la ley inconstitucional— o la del principio según el cual ambas normas pierden su validez o la del que permite elegir cualquiera de ellas. En todo caso, insiste, se trata de principios jurídicos positivos. Si no se establecen expresamente o no se presuponen tácitamente, los conflictos de normas quedarán sin solución, no estando la Ciencia jurídica «en condiciones de resolver los conflictos existentes por medio de la interpretación, por ejemplo; es decir de anular la validez de normas instituidas ni de dar validez a las normas»¹²⁰.

Con esta nueva interpretación, a decir del prof. García Amado, desaparece definitivamente la función de la norma fundamental como aseguradora de la coherencia del sistema jurídico o como base para que la Ciencia del derecho rehiciera (hermenéuticamente) esa coherencia. Esto es así, señala el mencionado autor, «porque el último Kelsen ya no ve la coherencia como requisito del sistema ni a la Ciencia como garantía de ningún tipo de racionalidad, ni portadora de ninguna función del Derecho»¹²¹.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 102.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 103.

¹²¹ J. A. GARCÍA AMADO, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., p. 86. Mucho se ha hablado sobre la presunta «fase irracionalista de la teoría kelseniana». Cfr: Ota WEINBERGER, «Kelsens Lehre von der Unanwendbarkeit logischer Regeln auf Normen», en AA VV, *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, cit., p. 112; S. L. PAULSON, «El período posterior a 1960 de Kelsen: ¿ruptura o continuidad?», en *Doxa* 2 (1985), pp. 153-157; Mario LOSANO, «La doctrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo», en H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, trad. de

4. La construcción escalonada. Estructura del sistema jurídico

Para Kelsen, el orden jurídico no es un sistema de normas coordinadas entre sí, sino una *jerarquía* de diferentes niveles, cuya unidad viene determinada por la norma de grado más alto: la norma fundamental. Desde este punto de vista, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma. Esta relación puede representarse mediante la imagen espacial de supra y subordinación¹²².

«El orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales enlazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación»¹²³. De acuerdo con este principio formulado por Kelsen, una norma pertenece a un orden jurídico si, como vimos, ha sido creada según lo dispuesto en otra norma de ese mismo orden jurídico. Esto implica un *regressus* que termina o desemboca en una primera constitución cuya creación se encuentra determinada por la norma fundamental. Otra manera equivalente de expresar esta idea es diciendo que una norma pertenece a un orden jurídico porque ha sido creada por un órgano de la comunidad jurídica constituida por ese orden. En este sentido, el orden jurídico es un orden dinámico. No obstante, Kelsen no introduce la distinción entre sistema jurídico momentáneo y sistema jurídico¹²⁴.

4.1. Creación y aplicación del derecho

En la Teoría pura, creación del derecho y aplicación del derecho no son conceptos opuestos. Antes bien, la creación del derecho es al mismo tiempo aplicación del derecho. No se puede por tanto dividir los actos jurídicos en actos de creación y actos de aplicación del derecho. Por regla general, «la creación de una norma jurídica es aplicación de un precepto de grado más alto, que

M. Torre, Turín, Einaudi, 1985, pp. xvii-lxi. Este último está traducido al español como «La Teoría pura del derecho del logicismo al irracionalismo», en *Doxa* 2 (1985), pp. 55-85. Calsamiglia cree, sin embargo, que es algo exagerado hablar de irracionalismo. Antes bien, considera al último Kelsen más realista: A. CALSAMIGLIA, «Sobre la teoría general de las normas», en *Doxa* 2 (1985), p. 105.

¹²² Cfr. *RR*¹, pp. 73-74; [*TP*]¹, pp. 108-109; *GT*, pp. 123-124; [*TG*], p. 146; *Th*, pp. 122-123; [*TP*]¹, p. 147; *RR*², p. 228; [*TP*]², p. 232].

¹²³ *GT*, p. 132; [*TG*], p. 156]. Cursiva añadida.

¹²⁴ Raz desarrolla esta distinción en J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico*, cit., pp. 225 ss.

regula su creación; y la aplicación de una norma superior, normalmente es creación de otra inferior determinada por aquella»¹²⁵. Kelsen pone el ejemplo de la decisión judicial, la cual, por un lado es un acto a través del que una norma general, una ley, es aplicada; pero al mismo tiempo, es norma individual que impone obligaciones a una o las dos partes en litigio. Lo mismo sucede con la legislación. Por un lado, ésta implica un proceso de creación de derecho, pero atendiendo a la constitución, se observa que está en juego también un proceso de aplicación del derecho. Para Kelsen, la constitución es aplicada en todo acto legislativo creado conforme a sus prescripciones. Incluso, la creación de la primera constitución puede considerarse como una aplicación de la norma fundamental¹²⁶.

La creación de una norma jurídica puede, según Kelsen, ser determinada en dos sentidos diferentes. La norma superior puede determinar: a) el órgano y el procedimiento por el que ha de crearse una norma inferior y b) su contenido. Cuando menos es preciso designar el órgano encargado de formular la norma inferior. Una norma cuya creación no se encuentra determinada por otra, en opinión de este profesor, no pertenece a ningún orden jurídico. «El individuo que crea una norma —escribe— no puede ser considerado como órgano de una comunidad jurídica ni la función que desempeña ser imputada a dicha comunidad si, al realizar esa función, tal individuo no aplica un precepto del orden jurídico constitutivo de la propia comunidad»¹²⁷. Aquí queda expresada la idea de que cada acto de creación jurídica es al mismo tiempo un acto de aplicación del derecho. Esto es así incluso en el caso hipotético, referido en AS, del jefe despótico de una tribu que asumiere al mismo tiempo las funciones de monarca absoluto y juez único, castigando a su libre arbitrio a los delincuentes o despojando a los deudores de sus bienes, al margen siempre de toda norma escrita o consuetudinaria, civil o penal. Pues bien, incluso en este caso haría falta una norma, que aquí no sería positiva, sino hipotética, que instituyera a tal hombre en su calidad de jefe y le facultara para condenar a su arbitrio. Sin esta norma superior,

¹²⁵ *Ibid.*, p. 133 y p. 157, resp. Sobre la cuestión de la concreción del derecho, *vid.* también AS, pp. 232 ss.; [TGE, pp. 303 ss].

¹²⁶ A pesar de lo penetrante de esta idea, opina Bulygin que Kelsen olvida una diferencia importante: el juez está obligado a justificar su decisión, mientras que el legislador no lo está. Cfr. E. BULYGIN, «Sull' interpretazione giuridica», en E. BULYGIN, *Norme, validità, sistema normativi*, Turin, 1995, p. 259. (Este trabajo constituye una relación presentada al XV Congreso Mundial de la *Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, Gotinga, agosto de 1991).

¹²⁷ GT, p. 133; [TG, p. 158].

estima Kelsen, es imposible comprender el carácter jurídico de los actos del jefe de la tribu¹²⁸.

Cada acto de creación jurídica tiene, pues, que hallarse determinado por el orden jurídico. Pero esta determinación tiene diferentes grados. No puede ser tan laxa que el acto deje de constituir una aplicación, ni tan estricta que deje de ser una creación del derecho. Ahora bien, hay dos casos extremos que son, uno, pura aplicación y, otro, pura creación. El primero lo constituye la ejecución de una sanción en un caso concreto. El otro caso se refiere a la norma fundamental, que, como supuesto del pensamiento jurídico, no está determinado por ninguna norma superior¹²⁹.

4.2. Los distintos grados o niveles del sistema jurídico

a) Supuesta la norma fundamental, el grado más alto dentro del orden jurídico estatal es el que ocupa la *constitución*. En un «sentido material» ésta consiste en el conjunto de preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales, los cuales pueden ser recogidos o no en forma de documento escrito y solemne; esto es, en forma de constitución en «sentido formal». La existencia de una constitución en este último sentido hace preciso distinguir entre leyes constitucionales y leyes ordinarias. La distinción se basa en el hecho de que la promulgación, reforma y abrogación de las leyes constitucionales es más difícil que la de las ordinarias. Pero la forma constitucional, la constitución en sentido formal, no es necesaria, «mientras que la constitución material, es decir, las normas que regulan la creación de preceptos generales y —en el derecho moderno— las que determinan los órganos y el proceso de la legislación, constituyen un elemento esencial de cada orden jurídico»¹³⁰.

¹²⁸ Cfr. AS, pp. 232-233; [TGE, pp. 303-304]. Para Kelsen, la índole despótica de una norma jurídica no le hace perder el carácter de jurídica. Un poco antes escribe: «Sería restringir demasiado el significado que el concepto de legislación posee en la teoría tradicional de los poderes, si bajo ese concepto no quisiera incluirse más que la actividad creadora de los órganos constituidos democráticamente, por ejemplo, una asamblea popular o un parlamento, pero no la actividad legisladora de un autócrata; pues también el monarca absoluto dicta «leyes» y también su «legislación» puede distinguirse de la aplicación que de la misma realizan sus órganos» (*ibid.*, pp. 231-232 y p. 302, resp.).

¹²⁹ Cfr. RR¹, pp. 82-83; [TP¹, pp. 118-119]. GT, p. 134; [TG, p. 158]. TH¹, pp. 128-129; [TP¹, p. 154]. RR², pp. 240-242; [TP², pp. 244-246].

¹³⁰ GT, pp. 124-125; [TG, pp. 147-148].

En todo caso, la función principal de la constitución consiste en designar los órganos encargados de la creación de normas generales, así como determinar el procedimiento que deben seguir. Puede también determinar el contenido de leyes futuras. Esto, de una doble forma: prescribiéndolo o proscribiéndolo. Lo primero equivale a una promesa de dictar una ley, que no existe ninguna obligación de cumplir, ya que es muy difícil desde un punto de vista técnico enlazar una sanción a tal supuesto de hecho. Más eficaz es proscribir determinado contenido, lo cual puede fiscalizarse por medio de procedimientos de anulación o derogación o por medio de la imposición de penas. Todo ello, claro está, bajo la suposición de que la simple ley no tenga fuerza como para derogar la norma constitucional que determina su producción y contenido (por requerir condiciones más difíciles para su reforma o derogación)¹³¹.

b) El siguiente escalón jerárquico aparece ocupado por la *legislación*, que Kelsen entiende, como ser verá a continuación, no sólo en el sentido de ley formal, sino más ampliamente en el de norma jurídica general, abarcando así los reglamentos, las normas consuetudinarias, etc. Bajo esta perspectiva cabría distinguir entre ley con forma legal, esto es, la votada por el parlamento, y ley en sentido material, que designaría toda norma jurídica general. Ésta tiene la función no sólo de determinar los órganos y el procedimiento de las normas individuales dictadas normalmente por jueces y autoridades administrativas, sino sobre todo fijar el contenido de éstas. Es el caso inverso al de la constitución, la cual versa principalmente sobre el procedimiento de elaboración de las leyes y sólo en medida muy pequeña determina el contenido de los actos judiciales y administrativos¹³². En todo caso, «la relación entre constitución y legislación es esencialmente la misma que entre ley y jurisdicción o administración». Varía la proporción de determinación formal o material de las normas inferiores. Si en el primer caso prepondera el elemento formal, en el segundo se contrapesan¹³³.

Este escalón de producción general del derecho suele estar subdividido a su vez en dos o más grados. Destaca el binomio ley-reglamento. Éste tiene especial relevancia en aquellos órdenes jurídicos en los que se reserva a un parlamen-

¹³¹ Cfr. *RR¹*, pp. 75-76; [*TP¹*, pp. 109-110]. *Th¹*, pp. 123-124; [*TP¹*, p. 148]. *RR²*, p. 230; [*TP²*, pp. 234-235].

¹³² En este punto, Kelsen aclara que el derecho que se manifiesta en forma de ley no es sólo derecho sustantivo (*materielles Recht*), esto es, derechos civil, penal, administrativo; sino también derecho adjetivo (*formelles Recht*), es decir, derechos procesal civil y penal, más procedimiento administrativo. Cfr. *RR¹*, p. 76; [*TP¹*, p. 111].

¹³³ Cfr. *RR¹*, pp. 76-77; [*TP¹*, p. 111]. *GT*, pp. 129-130; [*TG*, pp. 153-154]. *Th¹*, p. 124; [*TP¹*, p. 149].

to elegido por el pueblo la producción de leyes, mientras que los reglamentos asumen la función de complementar o de suplementar aquéllas. Esto permite hablar de «forma legal», de modo paralelo a lo que vimos acerca de la «forma constitucional»¹³⁴.

En este mismo escalón se sitúa la *costumbre*. Kelsen elude tratar de ella en *RR¹* y *Th¹* en aras de la simplicidad, pero la hace objeto de estudio expreso en *GT* y *RR²*. En *GT*, Kelsen expone cómo la constitución (en sentido material), en ocasiones, instituye la costumbre como procedimiento de creación jurídica. Esto puede acontecer de manera expresa, pero no necesariamente, puesto que la misma constitución puede ser ella misma, en todo o en parte, derecho consuetudinario. En este supuesto, la costumbre aparece como un hecho creador del derecho en virtud de una costumbre. A su vez, si la constitución escrita de un orden jurídico no instituye la costumbre como procedimiento de creación jurídica —Kelsen evita hablar de «fuente del derecho»—, pero sin embargo el orden jurídico contiene reglas de derecho consuetudinario, entonces además de las normas de la constitución escrita, «tendrá que haber normas constitucionales no escritas, es decir, una norma consuetudinariamente establecida, de acuerdo con la cual los preceptos generales obligatorios para los órganos encargados de aplicar el derecho, pueden ser creados por medio de la costumbre»¹³⁵. En *RR²*, sin embargo, corrige esta interpretación, fundamentando el derecho consuetudinario, no en una constitución consuetudinaria, sino en una norma presupuesta, evitando así incurrir en la *petitio principii* que supone que sea una norma consuetudinaria la que fundamente la validez del derecho consuetudinario. La validez de la costumbre, si no es instaurada por la constitución jurídico-positiva, sólo puede remitirse, en consecuencia, a una norma básica presupuesta¹³⁶.

Desde un punto de vista positivista no puede negarse el carácter constitutivo de la costumbre, del mismo modo que tampoco puede negarse a la legislación. No existen, a su juicio diferencias entre una regla de derecho consuetudinario y otra de derecho escrito en lo que se refiere a sus relaciones

¹³⁴ Cfr. *AS*, pp. 235-236; [*TGE*, pp. 307-309]. *RR¹*, p. 77; [*TP¹*, p. 113]. *GT*, pp. 130-131; [*TG*, pp. 154-155]. *Th¹*, p. 125; [*TP¹*, p. 150]. *RR²*, pp. 235-236; [*TP²*, pp. 239-240].

¹³⁵ *GT*, p. 126; [*TG*, p. 149].

¹³⁶ Cfr. *RR²*, pp. 232-233; [*TP²*, pp. 236-237]. En este caso, explica Kelsen, «la norma fundante básica, como constitución en sentido lógico-jurídico, no se refiere inmediatamente a una constitución en sentido jurídico-positivo, y sólo mediatamente al orden jurídico establecido conforme a ella, sino que se refiere inmediatamente a ese orden jurídico producido consuetudinariamente. Ello sucede especialmente en relación con la norma fundante básica del orden jurídico internacional general, cuyas normas son producidas por vía de la costumbre de los Estados y son aplicadas por los órganos de cada Estado» (*ibid.*, p. 233 y p. 237, resp.).

con el órgano encargado de aplicarlas. Ambas clases de normas son derecho antes de recibir el sello del reconocimiento judicial¹³⁷. La diferencia entre el derecho consuetudinario y el legislado radica en que el primero es de creación descentralizada, mientras que el segundo es fruto de una creación centralizada de normas¹³⁸.

En *RR*² añade que los derechos legislado y consuetudinario se derogan recíprocamente según el principio de *lex posterior*. Y precisa que mientras que una norma constitucional, en sentido formal, no puede ser modificada o derogada por una ley ordinaria, sino sólo por una norma de nivel constitucional, «el derecho consuetudinario tiene efecto derogatorio también con respecto de una norma constitucional formal, y hasta con respecto de la norma constitucional que expresamente excluya la aplicación del derecho consuetudinario»¹³⁹.

Por último, advierte Kelsen que es corriente considerar la producción legislativa y la consuetudinaria como *las dos fuentes del derecho*. Esta manera de ver las cosas es, a su juicio, imprecisa. Primero porque se pasan por alto las normas individuales, a pesar, dice, de que forman parte del orden jurídico en el mismo sentido que las generales. En segundo lugar, la expresión «fuente» es tremendamente ambigua, pues sirve tanto para designar los modos de producción normativa mencionados, como para caracterizar el fundamento de validez del derecho, en especial la razón última de dicha validez, como es la norma fundamental del sistema, que aparece como la fuente del derecho. Sin embargo, en un sentido más amplio, «cada norma jurídica es “fuente” del precepto cuya creación regula, al determinar el procedimiento de elaboración y el contenido de la norma que ha de ser creada»¹⁴⁰. Quiere decirse que, en ese sentido, toda norma jurídica «su-

¹³⁷ En *RR*² explicita Kelsen que igual que el órgano que tiene que aplicar una norma producida consuetudinariamente, tiene que establecer el hecho de la costumbre, asimismo el órgano que debe aplicar una norma legislativa tiene que establecer el hecho de su promulgación legislativa. Si bien es verdad que es más fácil determinar el segundo, lo cierto es que la función del órgano aplicador del derecho de establecer la existencia de la norma aplicable se verifica en ambos casos. *Cfr. RR*², p. 234; [*TP*², p. 238].

¹³⁸ Consideradas así las cosas, la costumbre presenta semejanzas con el derecho establecido por medio de un contrato o de un tratado, donde la norma jurídica es creada por los mismos sujetos a quienes obliga. La diferencia está en que mientras que el derecho convencional es obligatorio por regla general únicamente para las partes, la norma jurídica consuetudinaria no obliga exclusivamente a quienes, mediante su conducta, la han creado. Por eso es incorrecta, estima Kelsen, su calificación como contrato o tratado tácito como se hace algunas veces en la doctrina internacionalista. *Cfr. GT*, p. 128; [*TG*, p. 151]. *RR*², pp. 234-235; [*TP*², p. 239].

¹³⁹ *RR*², p. 233; [*TP*², p. 237].

¹⁴⁰ *GT*, p. 131; [*TG*, p. 155].

perior» es fuente de la «inferior»¹⁴¹. Por otro lado, la expresión es usada en un sentido que nada tiene de jurídico para hacer referencia a todas aquellas ideas que ejercen influencia *de facto* sobre los órganos de producción jurídica, como pueden ser los preceptos morales, los postulados políticos, las doctrinas jurídicas, etc. La conclusión a la que llega este autor es que el término «fuente» es ambiguo, y, por ende, inútil¹⁴².

c) Pasemos ahora a considerar la *norma individual* como última fase en la estructura jurídica del sistema jurídico. Desde un punto de vista dinámico, leyes y costumbres son sólo «productos semielaborados», cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta. Esto revela un proceso constante de autocreación del derecho, que va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. Ello es estrictamente necesario si el derecho ha de tener algún contacto con la vida social y aplicarse a la realidad. Es preciso determinar en cada caso si las condiciones a que genéricamente hace referencia la norma general se dan en el caso concreto para que pueda ser ordenada y ejecutada. Es un prejuicio de la doctrina europea continental pensar que el derecho es de suyo un conjunto de normas generales. Ésta es justamente la mayor innovación de Kelsen en la teoría de las fuentes en opinión de Bobbio: las normas individuales también son modos de producción del derecho¹⁴³. En este sentido, la decisión judicial continúa el proceso de creación jurídica, pasando de la esfera de lo general y abstracto a la de lo individual y concreto¹⁴⁴. Desde este punto de vista, la norma general sólo adquiere sentido después de individualizada¹⁴⁵. No obstante, hay quien opina que no es buena idea mezclar las normas generales y las normas individuales, de modo que el sistema jurídico sea reconstruido de tal manera que su base sólo incluya normas generales y no individuales¹⁴⁶.

¹⁴¹ Esto es, la constitución es fuente de las leyes creadas de acuerdo con ella; la ley es fuente de las resoluciones judiciales basadas en ella, etc.

¹⁴² *Cfr. GT*, p. 132; [*TG*, p. 156]. En el mismo sentido en *RR*² (*unbrauchbar*). *Vid. RR*², pp. 238-239; [*TP*², pp. 242-243].

¹⁴³ *Cfr. N. BOBBIO*, «Le fonti del diritto en Kelsen», en *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., pp. 97-98. Opina también que ésta es la única solución posible en una concepción del derecho donde la norma jurídica dirigida a los jueces es considerada como primaria. Así, pues, la jurisdicción no es sólo fuente del derecho en cuanto un modo de producción, sino que es la «condición necesaria para la existencia de un orden jurídico». Puede haber, termina, ordenamiento jurídico sin legislación, pero no sin jueces. *Ibid.*, p. 98. Esto es lo que lleva a Raz a decir que los órganos jurisdiccionales son los órganos primarios del sistema. *Cfr. J. RAZ*, *CSJ*, p. 230.

¹⁴⁴ *Cfr. AS*, pp. 231-232; [*TGE*, p. 303]. *GT*, p. 135; [*TG*, p. 160]. *RR*², p. 244; [*TP*², p. 248].

¹⁴⁵ *Cfr. AS*, p. 233; [*TGE*, p. 304]. *RR*¹, p. 79; [*TP*¹, p. 114]. *TH*¹, p. 126; [*TP*¹, p. 151].

¹⁴⁶ En efecto, en el caso de las normas generales, los criterios de pertinencia habitualmente usados por los juristas, al margen de las normas independientes, son disyuntivamente los de le-

Otro error habitual que Kelsen pretende combatir consiste en suponer que la sentencia judicial tiene carácter declarativo. Considera, por el contrario, que tiene más bien naturaleza *constitutiva*: «La norma individual que estatuye —escribe— que debe dirigirse una sanción bien específica contra determinado individuo, es recién creada por la sentencia judicial, no habiendo tenido validez anteriormente». En su opinión, aquel error obedece al «prejuicio de que el derecho sólo está constituido por normas generales»¹⁴⁷. El no reconocer las normas individuales tiene como consecuencia que se oscurece el hecho de que la sentencia judicial sólo es la continuación del proceso de producción de derecho y lleva al error de ver en ella sólo una función declarativa¹⁴⁸.

Cuanto se ha dicho de la jurisdicción se puede decir de la *administración*, pues, en su opinión, entre ambas funciones no hay una diferencia esencial, ya que se trata en los dos casos de concretar e individualizar normas generales¹⁴⁹. Lo que existe es una organización diferente. Los tribunales, por diversas razones, gozan de una independencia de que carecen normalmente las autoridades administrativas. Por otra parte, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera indirecta, no siempre es así en el caso de la administración, que puede estar jurídicamente obligada a establecer de modo directo «el estado social deseado»; v. gr., construyendo ella misma escuelas, hospitales o líneas de ferrocarril. Esta administración directa sí es esencialmente distinta de la jurisdicción, inclusive de la administración indirecta. En consecuencia, sólo es po-

galidad o deducibilidad, mientras que en el caso de las sentencias judiciales, éstas han de cumplir copulativamente ambos criterios. Cfr: E. BULYGIN y D. MENDONÇA, *Normas y sistemas normativos*, cit., pp. 47-48.

¹⁴⁷ RR², p. 244; [TP², p. 248].

¹⁴⁸ *Ibidem*. La función jurisdiccional, a pesar de su etimología (*Recht-Sprechung; iurisdicio*), no es, para Kelsen, en modo alguno declarativa. El tribunal no sólo formula el derecho existente, sino que tiene un carácter constitutivo, tanto al establecer la presencia de los supuestos como al estipular la sanción. Para Kelsen, sólo hay hechos cuya existencia ha sido declarada por un órgano competente. Es el órgano competente el que, por decirlo así, crea los hechos jurídicamente. Las opiniones particulares no tienen interés. El que una situación de hecho concreta sea enlazada con una específica consecuencia jurídica concreta es una relación creada solamente por la sentencia judicial. La formulación correcta de la regla de derecho no es, por tanto, «si un sujeto ha cometido un delito, un órgano del Estado deberá aplicar la sanción al delincuente», sino esta otra: «si un órgano competente ha establecido en la debida forma que un sujeto ha cometido un delito, entonces determinado órgano deberá aplicarle una sanción». Cfr: AS, p. 233; [TGE, pp. 304-305]. RR¹, p. 79; [TP¹, p. 114]. GT, pp. 135-136; [TG, pp. 160-161]. TH¹, p. 126; [TP¹, p. 151].

¹⁴⁹ Más precisamente, tanto la jurisdicción como la administración se encaminan a la realización del acto coactivo o su preparación procesal. Cfr: AS, p. 242; [TGE, pp. 316-317].

sible oponer conceptualmente a la jurisdicción la administración directa, pero no la indirecta¹⁵⁰.

Hay que precisar que en ciertas ramas del derecho (especialmente en derecho privado), las normas generales no son individualizadas por un juez, sino por las partes de un *negocio jurídico*, de tal manera que entre la ley y la sentencia judicial se intercalan las normas concretas que para regular su conducta recíproca han pactado las partes. Llegado el caso, el juez tendrá que determinar la eventual violación de tales normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada¹⁵¹.

Kelsen define el negocio jurídico como el «acto por el cual los individuos facultados por el orden jurídico regulan, desde el punto de vista legal, determinada relación»¹⁵². Es al mismo tiempo un acto productor de derecho —produce derechos y deberes en las partes— y un acto de aplicación del derecho —las normas del derecho civil—. Considera que es importante distinguir claramente entre el negocio jurídico y las normas creadas a través de él. Bajo la óptica de Kelsen, estas normas son de carácter secundario, pues «dan nacimiento a deberes jurídicos y derechos subjetivos únicamente en conexión con esas normas generales primarias que enlazan una sanción al incumplimiento del negocio»¹⁵³. Desde un punto de vista jurídico, por tanto, lo primordial no es, v. gr., que A deba pagar una renta y B ceder su casa en alquiler, sino que si A y B no proceden según prescriben tales normas secundarias, deberán ser sancionados. En este punto observa Kelsen una diferencia característica entre la técnica del derecho civil y la del derecho penal. En el segundo caso, la norma primaria, v. gr., «el que robar será sancionado» está directamente estipulada en la ley penal, mientras que la norma secundaria «todos deben abstenerse de robar» es una construcción auxiliar de la Teoría jurídica que no es necesario positivar. En el ámbito penal, los deberes jurídicos individuales se encuentran siempre y sin excepción direc-

¹⁵⁰ AS, p. 242; [TGE, pp. 316-317]. RR¹, pp. 80-81; [TP¹, pp. 115-117]. TH¹, pp. 127-128; [TP¹, pp. 152-153]. Sobre estos conceptos, de un modo más detallado, vid. RR², pp. 266-271; [TP², pp. 269-273]. Y más por extenso, sobre la administración, vid. AS, pp. 236-248; [TGE, pp. 309-325].

¹⁵¹ Cfr. RR¹, p. 82; [TP¹, p. 117]. TH¹, p. 128; [TP¹, p. 153]. RR², p. 261; [TP², p. 264].

¹⁵² GT, p. 137; [TG, p. 162].

¹⁵³ GT, p. 137; [TG, p. 163]. En coherencia con lo que hemos hecho *supra*, se ha preferido traducir «legal transaction» como «negocio jurídico», apartándonos por consiguiente de la versión española que traduce el término citado literalmente como «transacción jurídica», en el entendimiento de que en la tradición romanista «transacción» se aplica más específicamente al convenio entre actor y demandado por el que el primero renuncia a su acción a cambio de entregas efectivas o promesas formales del segundo, o incluso recíprocas. Cfr: Álvaro d'Ors, *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsa, 1986, §98 (ed. cit., pp. 139-141).

tamente establecidos por normas primarias generales. Sin embargo, en el ámbito del derecho civil, la regla mencionada *supra* según la cual la norma general primaria establece los deberes jurídicos individuales sólo de manera indirecta a través de negocios jurídicos presenta, en cambio, excepciones, siendo la más típica la consistente en el deber de reparar el daño injustamente causado ¹⁵⁴.

4.3. Decisiones judiciales y tipos de sistema jurídico

Volviendo al juez, su función, a juicio de Kelsen, consiste en aplicar a casos concretos las normas generales del derecho legislado y consuetudinario. Esto implica que tiene que decidir varias cosas. Por un lado, tiene que identificar qué norma general es aplicable a cada uno de los casos, valorando si el orden jurídico contiene una norma que enlace una sanción al comportamiento que el Ministerio Público considera como delito o a la conducta que el particular demandante reputa violatoria de la ley civil. Tiene, además, que decidir qué sanción es aplicable. Por último, tiene que examinar si la norma general que pretende aplicar es realmente válida, esto es, ha sido creada conforme a la forma establecida en la constitución.

Desde el punto de vista dinámico, la decisión del juez representa una norma individual creada sobre la base de una norma general (ley o costumbre). Ésta puede determinar aquélla según diferentes grados. Normalmente, las normas generales establecen el procedimiento en que las decisiones judiciales han de fundarse, así como su contenido; pero es posible que autoricen al juez a decidir según su libre arbitrio ¹⁵⁵. Veamos ambos supuestos.

En el primer supuesto, esto es, en el supuesto de que la función del tribunal se encuentre regulada tanto por el derecho sustantivo (en cuanto a su contenido), como por el derecho adjetivo (en cuanto al procedimiento de decisión), el nivel de determinación de las decisiones judiciales puede ser, también en este caso, de diversa intensidad. Si existe una norma general que impone determina-

¹⁵⁴ El deber jurídico de reparar el daño causado por una conducta que no constituye la violación de una norma secundaria creada por un negocio jurídico, suele caracterizarse diciendo que no es un deber *ex contractu*, sino *ex delicto*. Cfr. *GT*, pp. 137-138; [*TG*, pp. 163-164]. Sobre responsabilidad civil, *ibid.*, pp. 138-140 y pp. 164-165, resp. Sobre contratos en particular, *ibid.*, pp. 140-142 y pp. 166-169; asimismo, *RR²*, pp. 263-266; [*TP²*, pp. 265-269].

¹⁵⁵ Lo que no significa que el juez deje en este caso de ser órgano de aplicación del derecho, desde el momento en que su calidad de órgano del orden jurídico viene determinada por una norma general de carácter adjetivo, por la que se le faculta para decidir según su propio acuerdo.

do deber jurídico, civil o penal, presuntamente violado, el juez, una vez comprobada la validez de la norma, tiene el deber de decretar la sanción señalada por el orden jurídico. Si, empero, no hay norma general que imponga la obligación, el juez puede estar obligado a absolver al acusado o a rechazar la demanda. También aquí se aplica el derecho sustantivo «en cuanto declara que el orden jurídico positivo no obliga al reo o al demandado a conducirse de la forma pretendida por el Ministerio Público o por el demandante» ¹⁵⁶. En *RR²* explica esto señalando que el orden jurídico no sólo regula positivamente la conducta humana, al ordenar determinado comportamiento, «sino también negativamente en tanto permite determinada conducta en tanto no la prohíbe. Lo que no está jurídicamente prohibido está *jurídicamente permitido*» ¹⁵⁷.

El segundo supuesto tiene que ver también con la posibilidad de resolver este último caso en que no existe norma general que determine la obligación del reo o demandado que el Ministerio Público o el demandante consideran violada. Como decíamos, puede suceder que el juez esté autorizado por el orden jurídico para resolver discrecionalmente, absolviendo o condenando al reo o demandado según su criterio. Pues bien, esto significa para Kelsen que el juez está autorizado para crear en el caso concreto «la norma del derecho sustantivo que considere satisfactoria, justa o equitativa». En este caso, actúa como legislador ¹⁵⁸.

Ahora bien, esto no significa que en el otro supuesto no actúe como legislador. El juez, según Kelsen, siempre actúa como legislador, pues siempre crea derecho. Lo que varía es el grado de arbitrio con el que lo hace, que evidentemente se acentúa cuando no está ligado al derecho sustantivo. Por precisa que sea la norma general, por tal carácter de general, el juez siempre habrá de añadir algo nuevo ¹⁵⁹. La norma jurídica general es siempre un marco más o menos

¹⁵⁶ Dicho de otro modo, el juez declara que, de acuerdo con el derecho vigente, el reo o demandado estaban facultados para actuar como actuaron. Cfr. *GT*, p. 145; [*TG*, p. 172].

¹⁵⁷ *RR²*, p. 248; [*TP²*, p. 252]. La cursiva es nuestra. En la versión alemana se utiliza el verbo *erlauben*. Esta equiparación de lo no prohibido con lo no permitido ha sido muy criticada, por tautológica o por falsa. Cfr. E. BULYGIN, «Los jueces ¿crean derecho?», en J. MALEM, J. OROZCO, R. VÁZQUEZ (comps.); *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 27 ss.

¹⁵⁸ Cfr. *GT*, p. 145; [*TG*, pp. 172-173]. *RR²*, pp. 249-250; [*TP²*, p. 253].

¹⁵⁹ Por ejemplo, si existe una ley penal que establece que el que robe algo cuyo valor exceda de 1.000 será castigado con pena de prisión de dos años, el juez aún tendrá que decidir, *gr.*, la fecha en que el condenado deberá empezar a sufrir la condena, así como el lugar en que deberá cumplirla. Cfr. *GT*, p. 146; [*TG*, p. 173]. En sentido similar, *RR²*, pp. 250-251; [*TP²*, pp. 253-254].

estrecho dentro del que debe producirse la norma jurídica individual. El marco es amplísimo cuando lo único que autoriza es la creación de normas jurídicas individuales, sin predeterminar su contenido¹⁶⁰.

La autorización para la jurisdicción discrecional no se suele conceder de manera directa por el orden jurídico, sino que generalmente sucede de manera indirecta, a través de la ficción de que el orden jurídico tiene una *laguna*. Se trata, en opinión de Kelsen, de una ficción porque, a su juicio, las lagunas no existen propiamente. En *RR*, 1 y 2, explica esto señalando que el orden jurídico contiene una norma general de clausura según la cual uno es libre de hacer u omitir aquello a que no se está obligado. Cuando se habla de lagunas en realidad lo que se quiere decir no es que falte una norma, sino que la decisión lógicamente posible es considerada injusta o inconveniente por la instancia competente para la decisión¹⁶¹. Pero esta injusticia puede darse tanto en el caso de la ausencia de una norma jurídica general, como en el caso de que exista una norma general. Ni en un caso ni en otro se da una laguna en el sentido de inaplicabilidad del derecho válido. Por otro lado, añade, el hecho de que el juicio según el cual es injusta o inconveniente la falta de una norma jurídica de determinado contenido es altamente relativo, sin que de ninguna manera pueda excluirse por completo un juicio contrapuesto¹⁶².

Sin perjuicio de estas consideraciones, Kelsen reconoce que la teoría de las lagunas desempeña un papel de primer orden en la técnica de la legislación moderna. Como exponente típico examina el párrafo primero del código civil suizo, que dice: «*A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et a défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait a faire acte de législateur*»¹⁶³. Este precepto se refiere, según Kelsen, al supuesto en que la obligación que el actor pretende haber sido violada no aparece establecida por ninguna norma general. El juez puede bien absolver al demandado, bien crear una norma individual que recoja la pretendida obligación. Pero, ¿cuándo ha de hacer lo uno o lo otro? Ni el código civil suizo ni la teoría de las lagunas ofrecen una respuesta clara. El verdadero propósito de la ficción de las lagunas, opina en *GT*, tiene que ver con la admisión por parte del legislador de que los preceptos abstractos por él establecidos puedan conducir

¹⁶⁰ *Cfr.* *RR*², p. 250; [*TP*², p. 254].

¹⁶¹ *Cfr.* *RR*¹, pp. 101-102; [*TP*¹, pp. 139-140]. *RR*², p. 251; [*TP*², p. 255].

¹⁶² *Cfr.* *RR*², p. 252; [*TP*², p. 255-256].

¹⁶³ «A falta de una disposición legal aplicable, el juez fallará según el derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, según las reglas que él establecería si tuviera que actuar como legislador». En francés en el original inglés de *GT*, p. 147; [*TG*, p. 174].

en ciertos casos a resultados injustos o no equitativos. El problema para Kelsen es que no es determinable de antemano en qué casos será deseable que el juez actúe como legislador. Esto implica que el margen discrecional de su actuación es excesivo. Aquella fórmula —escribe— representa «la abdicación del legislador en favor del juez». Esta abdicación no es, empero, absoluta, sino limitada a los casos en que la obligación alegada no se encuentre en ninguna norma general, aduciéndose para ello que el legislador no ha podido prever todos los casos. Sin embargo, opina Kelsen que tal justificación no es válida, pues la falta de previsión del legislador le puede llevar ora a no establecer ninguna obligación, ora a establecer obligaciones que no habría establecido si hubiera sido capaz de prever todas las situaciones posibles. Conque desde este punto de vista no hay razón para excluir el arbitrio del juez en ningún caso¹⁶⁴.

En *RR*, 1 y 2, Kelsen hace referencia a este riesgo de que el juez decida *contra legem*, violando el principio de legalidad. Para limitar este peligro, la autorización para desviarse de la ley se formula de modo que el ejecutor del derecho no advierta el extraordinario poder que se le confiere realmente. Se le debe hacer creer que sólo le está permitido dejar de aplicar la ley en los casos en que le está permitido hacer las veces de legislador, pero no en ausencia de esa autorización: «La ficción de la "laguna" le oculta que también es libre, en verdad, en este respecto»¹⁶⁵. Pero esta falsa fórmula tiene el resultado que pretende el legislador de que el órgano de ejecución del derecho sólo haga un uso limitado de la libertad que se le concede, pues sólo estimará que existe una laguna real —un caso que el legislador mismo no quiso regular y que, por lo tanto, la ley no ha regulado— ante la divergencia notable entre la ley y la propia conciencia jurídica. Esto le permite concluir a Kelsen que «la llamada "laguna dentro de la ley" es una fórmula típicamente *ideológica*. La aplicación de la ley, que en el caso dado es sólo una inconveniencia político-jurídica a apreciarse por el arbitrio del ejecutor del Derecho, es presentada como una imposibilidad lógico-jurídica»¹⁶⁶.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 148-149 y pp. 175-177, resp.

¹⁶⁵ *RR*¹, p. 106; [*TP*¹, p. 144].

¹⁶⁶ *Ibidem*. El sentido de estas ideas se expresa también en *RR*², pp. 252-254; [*TP*², pp. 256-257]. También crítica las llamadas «lagunas técnicas», cuando el legislador omite regular algo que hubiera tenido que regular si ha de ser en general técnicamente posible aplicar la ley. En su opinión, estas aparentes lagunas no lo son propiamente, porque o bien se trata del supuesto anteriormente visto y criticado de que existe una diferencia entre el derecho positivo y el derecho legislado, o bien nos encontramos ante aquella indeterminación que se sigue del carácter marco que tiene la norma que justifica, dentro de él, el libre arbitrio del juez. *RR*¹, pp. 102-104; [*TP*¹, pp. 141-143]. *RR*², pp. 254-255; [*TP*², pp. 257-258].

Por último, una referencia al precedente judicial. Kelsen observa cómo los jueces pueden también producir normas generales en la medida en que cabe considerar sus decisiones como *precedentes*, esto es, pueden ser consideradas como decisiones obligatorias en relación con la solución futura de todos los casos semejantes. Esto tiene lugar cuando sus decisiones no tienen contenido predeterminado por una norma general, legislativa o consuetudinaria, o cuando no lo tienen determinado unívocamente, sino que son posibles varias soluciones a partir de las normas generales preexistentes. En el primer caso, el tribunal produce con su precedente un nuevo derecho de fondo; en el segundo caso, la interpretación o solución adoptada por la sentencia toma el carácter de una norma general. En ambos casos, el juez actúa igual que el legislador. Su decisión para un caso concreto se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales en la medida en que la norma individual se generaliza. La cuestión está en determinar cuándo estamos ante dos casos iguales. Teniendo en cuenta que ningún caso es idéntico a otro, esta respuesta ha de referirse a ciertos puntos esenciales en los que eventualmente puedan los casos concordar. Pero esta concordancia sólo puede ser determinada con base en la norma general que determina el hecho y sus elementos esenciales. En consecuencia, sólo basándonos en la norma general, creada a través de la sentencia con valor de precedente, podemos establecer si dos casos son *iguales* ¹⁶⁷.

La función productora de derecho de los jueces se manifiesta de forma especialmente destacada cuando se faculta a éstos para producir normas generales a través de sentencias con valor de precedente. La posibilidad de producir normas generales en concurso con el legislador permite a Kelsen a distinguir diversos tipos de sistemas jurídicos en función del grado de participación de ambos en aquella función.

a) Puede suceder que la producción de normas jurídicas generales esté reservada a un único órgano legislativo central, de modo que los jueces se tengan que limitar a aplicar aquéllas en los casos concretos a través de normas individuales. Este sistema proporciona mayor seguridad jurídica, pero en detrimento de la adaptación del derecho a las cambiantes circunstancias.

b) En plena oposición a este sistema se encuentran aquellos donde no existe en absoluto un órgano legislativo central, sino que los jueces tienen que resolver los casos concretos mediante su libre arbitrio. Este sistema se basa en la idea de que ningún caso es enteramente igual a otro, pues se entiende que la norma general predetermina la sentencia judicial impidiéndole al juez adaptarla plena-

¹⁶⁷ Cfr. *RR*², pp. 255-256; [*TP*², pp. 258-259]; *GT*, pp. 149-150; [*TG*, pp. 177-178].

mente a las circunstancias del caso individual. En opinión de Kelsen, este sistema proporciona una gran flexibilidad, pero a costa de la seguridad jurídica, de que carece en absoluto ¹⁶⁸. No obstante, se plantea dos posibles justificaciones de este sistema.

Hay quien formula la exigencia de una libre creación del derecho en nombre de la *justicia*, entendiéndolo por tal la que atiende a todas las circunstancias del caso. Kelsen arguye frente a este argumento que en la resolución de los casos nunca está ausente una norma general, cualquiera que ésta sea. Si no de carácter legislativo o consuetudinario, de otra índole, pero es imposible dictar una pretendida sentencia *justa* sin aplicar una norma general que el juez considere justa. Si ésta es creada por el mismo juez, actúa como el legislador, realizando a través de las leyes cierto ideal de justicia. Pero tan relativa resulta la realización del valor justicia a través del legislador como lo es a través del juez. También se propugna una libre creación del derecho bajo la influencia de la *filosofía existencialista*, argumentando que una sentencia justa que atienda a todas las circunstancias del caso no puede basarse en una norma general previa y externa al caso, sino en una norma encontrada en la realidad del caso concreto mismo. Desde este punto de vista, el derecho justo «es immanente a la realidad social y sólo puede ser encontrado mediante un cuidadoso análisis de esa realidad, y no en ninguna legislación estatal». Para Kelsen, sin embargo, esta doctrina no es más que una especie de la doctrina del derecho natural, y como ésta, «una tentativa sin perspectivas de lograr una conclusión, lógicamente imposible, deóntica a partir de una realidad» ¹⁶⁹.

c) Adicionalmente, entre estos tipos ideales de sistema que acabamos de ver existen diversos grados que representan un mayor o menor grado de centralización o descentralización de la función de producción del derecho, a través de los cuales se realizan de manera inversa los principios de flexibilidad y seguridad jurídica ¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Cfr. *RR*², pp. 256-257; [*TP*², pp. 259-260].

¹⁶⁹ Para todas las citas literales, *ibid.*, pp. 257-259 y pp. 260-262, respectivamente.

¹⁷⁰ En los sistemas generales en que las normas jurídicas son producidas por vía de costumbre, al ser ésta más difícil de adaptar a los nuevos tiempos, es normal operar con un sistema de precedentes. De aquí es dable deducir, como hace Gray, que todo derecho es derecho judicial (cfr. John Ch. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, 2.^a ed., 1927, cit. en *GT*). Kelsen rechaza esta opinión. A su juicio no hay decisión judicial sin derecho preexistente, cuando menos adjetivo. En otro caso no podría hablarse de «juez», ya que se es tal en virtud del orden jurídico. Sobre esta teoría trata por extenso en *GT*, pp. 149-153; [*TG*, pp. 177-182].

4.4. Del sistema de normas al sistema de actos productores

Como hemos visto, para Kelsen, la norma individual dictada por el juez es creada sobre la base de una norma general, consistiendo justamente su función en aplicar a casos concretos las normas generales del derecho legislado y consuetudinario. Sin embargo, en la última etapa de su biografía, Kelsen evoluciona hacia un voluntarismo cada vez más radical y, en aras de la coherencia, renuncia a todo tratamiento lógico de las relaciones entre las normas. Con esto, si antes la Teoría pura planteaba problemas empíricos con la doctrina de la cláusula alternativa, ahora los plantea lógicos de la mano del voluntarismo judicial. Curiosamente es el momento en que más interés siente por los problemas de la lógica jurídica, como reflejan sus últimos escritos, incluida *ATN*, y su correspondencia con Ulrich Klug¹⁷¹. Se ha hablado al respecto de la «fase irracionalista de la teoría kelseniana»¹⁷². La inversión de rumbo empieza a operarse en «Derogation» (1962), como se ha visto al tratar de las antinomias.

Pero el paso decisivo hacia el irracionalismo lo da en 1965, en «Recht und Logik». Aquí aborda desde un punto de vista psicologista la relación entre la norma general, considerada como acto de voluntad del legislador y la norma individual que consiste en un acto de voluntad del juez, no existiendo entre ambas voluntades un vínculo necesario, como el de la regla de inferencia entre dos proposiciones. V. gr., de la norma general «todos los ladrones deben ser puestos en prisión» sólo podría seguirse la norma individual «Schulze debe ser puesto en prisión» si entendiéramos que implícitamente, cuando el legislador establece que todos los ladrones deben ser puestos en prisión, también quisiera que Schulze, que ha robado un caballo a Meier, ingresara en ese caso en prisión. Pero es evidente que el legislador no conoce a Schulze ni a Meier ni sabe de su robo, por lo que no puede querer que Schulze sea puesto en prisión, ya que sólo se puede querer lo que se conoce, cuando la voluntad, cuyo sentido es: «Schulze debe ser puesto en prisión» es la condición de validez de esta norma como una norma *positiva*¹⁷³.

¹⁷¹ Si bien éste considera que las reglas lógicas pueden ser aplicables tanto a las normas jurídicas, en tanto que proposiciones, como a las proposiciones de la Ciencia jurídica, en tanto que proposiciones sobre proposiciones. Cfr. H. KELSEN und Ulrich KLUG, *Rechtsnormen und logische Analyse. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*, Viena, Deuticke, 1981.

¹⁷² Vid. *supra* ep. 3.4 y la bibliografía ahí citada.

¹⁷³ Advértase que la validez de la norma «todos los ladrones deben ser puestos en prisión» puede ser compatible con la validez de la norma «el ladrón Schulze no debe ser puesto en prisión». Cfr. H. KELSEN, «Recht und Logik», *cit.*, p. 496.

También en *ATN* desarrolla la idea de que la validez de la norma individual no está implícita en la validez de la norma general. Para explicarlo, Meier y Schulze vuelven a escena. El siguiente silogismo es analizado detenidamente por Kelsen:

- 1) Si un hombre ha hecho una promesa a otro, debe mantenerla.
- 2) El hombre Meier ha prometido al hombre Schulze pagarle 1.000.
- 3) El hombre Meier debe mantener la promesa hecha al hombre Schulze, es decir, debe pagarle 1.000.

En este silogismo, la validez de la norma individual debe estar implícita en la validez de la norma general 1) y en la verdad de la afirmación 2).

De forma más simple, esto es, expresado como una conclusión directa, el silogismo dice:

- 1) Si un hombre ha hecho una promesa a otro, debe mantenerla.
- 2) El hombre Meier debe mantener la promesa hecha al hombre Schulze de pagarle 1.000, es decir, Meier debe pagar a Schulze 1.000.

Dicho esto, Kelsen afirma que existe una deducción de la validez de la norma general a la validez de la norma individual si la validez de la norma individual 2) está implícita en la validez de la norma general 1), de la misma forma que la verdad de la afirmación «el hombre Sócrates es mortal» está implícita en la verdad de la afirmación general «todos los hombres son mortales». Esto presupone que exista una analogía entre la verdad de una aserción y la validez de una norma, *pero tal analogía no existe, pues verdad y falsedad son peculiaridades de la afirmación, mientras que la validez no es una peculiaridad de la norma, sino de su existencia*¹⁷⁴.

Para el profesor checo, la validez de la norma individual no puede estar implícita en la validez de la norma general porque mientras que la norma general es condicionada, la norma individual es categórica o no condicionada y una norma no condicionada no puede estar implícita en una norma condicionada. Entre la validez de la norma general y la de la norma individual hay que insertar un acto de voluntad cuyo sentido es la norma individual. Por ello, su validez no puede derivar de una operación lógica. Y añade: «En el hecho de que la validez de la norma está condicionada por el acto de voluntad del cual ella es el sentido reside su *positividad* [...]. No hay imperativo sin imperador; no hay norma sin una autoridad normativa, esto es, no existe norma sin un acto de voluntad, cualquiera que sea su contenido»¹⁷⁵. Incluso una norma puramente pensada tiene el sentido de un acto de voluntad puramente ficticio¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Cfr. *ATN*, pp. 185-186.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 187. Cursiva añadida.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 187-188.

Más adelante señala que la validez de la norma individual «Meier debe mantener la promesa hecha a Schulze de pagarle 1.000» podría estar implícita en la validez de la norma general «si un hombre ha hecho una promesa a otro debe mantenerla» solamente «si también el acto de voluntad, cuyo sentido es la norma individual, estuviese implícito en el acto de voluntad cuyo sentido es la norma general. Pero esto no sucede»¹⁷⁷. Se trata de dos actos de voluntad completamente diferentes. Dicho de otro modo, la autoridad que establece la norma general porque quiere que todos los hombres deban mantener las promesas, no puede querer que Meier deba mantener la promesa hecha a Schulze de pagarle 1.000, pues «no puede saber anticipadamente que en un futuro un tal Meier prometerá a un tal Schulze pagarle 1.000. No se puede querer aquello que no se conoce»¹⁷⁸.

Ha señalado Weinberger que la conexión que establece el profesor checo entre la validez de la norma y el acto productor de ésta le conduce a una cierta clase de positivismo jurídico que denomina «act-relative positivism», donde toda norma válida, general o individual, obedece a un acto efectivo de voluntad cuyo sentido coincide con la norma. Como consecuencia, la dinámica jurídica kelseniana en esta última etapa deja de estar basada en relaciones lógicas en el sentido de la Teoría pura del derecho «clásica»¹⁷⁹. En vez de eso, consiste ahora en un «sistema de actos productores que puede corresponder a autorizaciones de otras normas». Y añade que si se rechaza la idea de incompatibilidad entre normas, se anula el postulado básico de la teoría de la estructura jerárquica del sistema jurídico¹⁸⁰.

Desde un punto de vista lingüístico, este giro voluntarista de Kelsen adolece de cierta estrechez conceptual. En efecto, resulta muy forzado aceptar que el contenido de una afirmación sólo llegue hasta los mismos límites de lo afirmado expresamente, sin rebasarlos. No cabe duda, como notan Alchourrón y Bulygin, de que psicológicamente esto es así. Desde este pun-

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 188.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 189.

¹⁷⁹ No hay acuerdo en hablar de un período «clásico» en Kelsen, como hace Weinberger. Para Paulson, el período anterior a 1960 no tiene unidad. Sobre esta falta de unidad, *vid.* S. PAULSON, «El período posterior a 1960 de Kelsen...», *cit.*, pp. 153 ss.

¹⁸⁰ *Cfr.* O. WEINBERGER, «Logic and the Pure Theory of Law», en AA VV, *Essays on Kelsen*, *cit.*, pp. 198-199. Añade que esta teoría hace difícil explicar la norma fundamental como norma ficticia, pues no puede existir un acto de voluntad cuyo sentido sea la norma básica. Sobre los elementos psicologistas de la última teoría de Kelsen, *vid.* O. WEINBERGER, «Was Kelsen antipsychologist?», en *Rechtstheorie* 26 (1995), pp. 563-571. En una clave antivoluntarista, *cfr.* K. OLIVECRONA, *Law as fact*, 2.^a ed., *cit.* pp. 76-77.

to de vista no deja de ser verdadero el hecho de que el individuo ha afirmado lo que ha afirmado, de tal manera que las proposiciones eventualmente implicadas de manera implícita por la proposición explícitamente afirmada pueden haber estado totalmente ausentes de su mente. Pero si alguna de estas proposiciones implícitas, pensadas o no, llegan por ventura a estar en contradicción con algo que aquel individuo ha dicho decimos que es incoherente o que no se comporta racionalmente. Es la noción de «afirmación racional» de Alchourrón y Bulygin¹⁸¹. Aplicado a un ejemplo prescriptivo análogo al que expusimos arriba, propuesto en este caso por los profesores mencionados, cuando un sargento ordena: «todos deben correr», implícitamente está ordenando que Pérez, que forma parte del grupo, corra. Esto es así aun en el caso de que el sargento no haya pensado en Pérez o incluso no sepa si Pérez está o no en el grupo. La orden «Pérez deber correr» no ha estado psicológicamente en su mente, «pero si la conducta del sargento ha de calificarse como racional, él ha ordenado implícitamente a Pérez que corra y no podría retirar su orden respecto a Pérez, sin retirar la orden “todos deben correr”»¹⁸².

4.5. El conflicto de normas de distinto nivel

Corresponde tratar ahora del problema del conflicto entre normas de distinto nivel¹⁸³. Éste es un problema de gran alcance porque, como advierte Kelsen, la unidad del orden jurídico parece quedar en tela de juicio cuando la norma de grado inferior no guarda conformidad con la norma de grado superior que determina su producción o su contenido. Lo que aquí se plantea es el problema de la ley inconstitucional, el del reglamento ilegal y el de la sentencia y el del acto administrativo ilegales. Es el fenómeno que en *RR*¹ Kelsen denomina de la norma antinormativa. Su tesis principal es paradójicamente que este fenómeno no comporta de suyo contradicción lógica¹⁸⁴.

¹⁸¹ *Cfr.* C. E. ALCHOURRÓN Y E. BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México, Fontamara, 1997, p. 47: «En efecto, cuando un individuo A ha afirmado p y ha rechazado q y se demuestra que q es una consecuencia de p, decimos que la posición de A es incoherente: él no puede afirmar p y negar q, si q es una consecuencia de p. De hecho (psicológicamente) esto es posible: pero en tal caso diríamos que su conducta es *irracional*».

¹⁸² *Ibid.*, p. 48.

¹⁸³ Sobre el conflicto de normas del mismo nivel ya se trató *supra*, en el ep. 3.4.

¹⁸⁴ *Cfr.* *RR*¹, pp. 84-85; [*TP*¹, pp. 120-121].

Hay tres modos de justificar esta tesis¹⁸⁵. En primer lugar, cabe partir del presupuesto de que los órganos de producción jurídica ajustan siempre su función a las normas superiores, cosa que, desde un punto de vista empírico, es evidentemente falsa. Es posible también, en segundo lugar, considerar que cuando un órgano emite una norma no autorizada por normas superiores, aquella no es válida; pero es un hecho también que existen en el ordenamiento jurídico normas irregulares que son consideradas válidas hasta tanto son invalidadas por la autoridad competente. Por último, hay una tercera vía, la de Kelsen, que consiste en afirmar que existe algo así como una cláusula alternativa tácita.

En efecto, en aras de la coherencia con sus propios planteamientos, Kelsen llega al extremo de afirmar no sólo que la ley inconstitucional existe y es válida, sino que además la constitución quiere no sólo la validez de la ley constitucional, sino también la de la ley inconstitucional (!). La afirmación de que una ley válida es inconstitucional, escribe en *RR*², constituye una *contradictio in adiecto*, ya que una ley sólo puede ser válida fundándose en la constitución: «si hay alguna razón para suponer que una ley es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la constitución»¹⁸⁶.

Para Kelsen, la ley producida en forma distinta a la prescrita o con contenido distinto al prescrito «ha de valer hasta tanto sea anulada por una instancia destinada para ello, acaso por un tribunal constitucional, en un procedimiento regulado por la constitución»¹⁸⁷. No hay, en todo caso, una contradicción lógica, sino una «condición estatuida por la constitución para la iniciación de un procedimiento que conduce, o a la derogación de la ley —hasta entonces válida y por ende constitucional— o al castigo de un órgano determinado»¹⁸⁸. Por eso, más que de «antinormatividad» habría que hablar de «deficiencia» o «defectuosidad» de la norma.

En *GT* observa que, a tenor de las anteriores ideas, hay que suponer que las prescripciones constitucionales relativas a la legislación poseen un *carácter alternativo*: «El legislador está facultado por la Constitución, bien para aplicar las normas establecidas directamente en la Constitución misma, bien para aplicar

¹⁸⁵ Cfr. Juan RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre la función jurisdiccional y teoría del derecho*, Madrid, CEC, 1990, p. 61.

¹⁸⁶ *RR*², p. 275; [*TP*², p. 277].

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 85 y p. 121, resp. *TH*, p. 130; [*TP*¹, p. 156]. En *GT* afirma que la expresión «ley inconstitucional» aplicada a un precepto legal que se considera válido es una contradicción en los términos, pues «si el precepto es válido sólo puede serlo porque corresponde a la Constitución; si es contrario a ésta no puede ser válido». Cfr. *GT*, p. 155; [*TG*, p. 185].

¹⁸⁸ *RR*¹, pp. 86; [*TP*¹, p. 122]. De modo similar, *TH*, p. 131; [*TP*¹, p. 157].

otras, sobre las que él mismo puede decidir»¹⁸⁹. En este segundo caso, estamos ante normas válidas pero *anulables*. Por ello, si bien no se puede excluir esta opción, tiene preferencia la primera¹⁹⁰.

En punto a su anulación, el orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a que la disponga con efecto retroactivo, de tal forma que queden abolidos los efectos jurídicos de la norma impugnada¹⁹¹. Incluso se podría autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Pero este modelo se acerca bastante a la anarquía, por lo que no se encuentra en los derechos nacionales modernos. La ausencia de un órgano centralizado, para Kelsen, es característico de los derechos primitivos¹⁹².

A su juicio, la aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación sólo puede garantizarse si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional y de anularla cuando —de acuerdo con la opinión de ese órgano— sea «inconstitucional»¹⁹³. Este órgano especial suele denominarse «tribunal constitucional». Sin embargo, el control de constitucionalidad de las leyes puede encomendarse a los tribunales ordinarios, pero sólo pueden estar facultados para negarse a aplicar la ley que consideran inconstitucional en el caso concreto, en tanto que otros órganos permanecen obligados a aplicar el precepto hasta que no se anule¹⁹⁴.

Son análogos los casos del reglamento ilegal y del acto judicial o administrativo ilegales o contrarios a reglamento. La ley no sólo contiene el precepto de que la sentencia judicial y el acto administrativo deben producirse en determinada forma y tener un contenido determinado, sino, al mismo tiempo, el precepto de que una norma individual producida en otra forma o con otro contenido debe valer hasta tanto sea derogada en un procedimiento determinado por razón de su contradicción con el primer precepto. Esto implica que si el procedimiento está agotado o no se ha previsto por el orden jurídico, la norma inferior aumenta en

¹⁸⁹ *GT*, p. 156; [*TG*, p. 186]. La misma idea en *RR*², p. 277; [*TP*², p. 279].

¹⁹⁰ Cfr. *RR*², p. 278; [*TP*², pp. 280-281].

¹⁹¹ Se suele hablar incorrectamente en este caso de «nulidad ab initio» o de una declaración de nulidad, pero según el profesor de Praga, la norma no es un acto declarativo, sino constitutivo. Sin norma válida, el acto del órgano competente no tiene sentido Cfr. *GT*, p. 159-160; [*TG*, p. 189-190]. *TH*, p. 132; [*TP*¹, pp. 158-159].

¹⁹² Cfr. *GT*, p. 160; [*TG*, p. 190]. *TH*, p. 132-133; [*TP*¹, pp. 158-159].

¹⁹³ Cfr. *GT*, p. 157; [*TG*, p. 186].

¹⁹⁴ Cosa distinta es que la revisión constitucional se encomiende al tribunal supremo. Kelsen parece admitir que puede estar facultado para abolir completamente la ley «inconstitucional» con carácter general.

Lo anterior, aclara, no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule, pues hay casos en que tales actos son nulos *ab initio*, sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra, a su juicio, fuera del dominio del derecho. Es el ejemplo del internado en un manicomio que proclama una *ley*²⁰⁷. El orden jurídico no puede determinar jurídicamente cuáles son esos casos de nulidad absoluta y ajurídica. Si lo hace, deberá determinar un órgano encargado de verificar el cumplimiento de las condiciones de nulidad. Pero como esa verificación tiene carácter constitutivo (puesto que la nulidad de la norma cuestionada es el efecto de esa comprobación), «resulta que esa comprobación significa, aun cuando se produzca con forma de una declaración de nulidad, la anulación retroactiva de una norma que hasta entonces era considerada válida»²⁰⁸. Kelsen acude a la mitología para explicar este fenómeno: «Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica»²⁰⁹.

Para concluir, conviene insistir en que la alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior impide que se pueda hablar de contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa, explica Kelsen, no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. La contradicción o antinormatividad de una norma no es otra cosa que su posible derogación por razones determinadas o su nulidad, esto es, su negación como norma válida por el conocimiento jurídico, la disolución de la apariencia de norma jurídica válida. En conclusión: la «norma antinormativa», o sólo es anulable, es decir, norma válida hasta su anulación y, por tanto, norma regular; o es nula, en cuyo caso no es norma.

Esta teoría de la cláusula alternativa tácita supone, a juicio de Ruiz Manero, «el derrumbe de la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico como sistema dinámico de normas jerarquizadas, constitutivo de una “técnica social específica”, y la asunción de una concepción del Derecho aún más radicalmente judicialista que la propia de aquellos autores a los que se suele adscribir a di-

²⁰⁷ Como observa agudamente el prof. Ollero: «Toda la casuística parece prevista por la teoría pura, menos una circunstancia que su propio autor paradójicamente no dejó de sufrir: la posibilidad de que el loco legislador no esté internado en manicomio alguno...». Cfr. A. OLLERO, *¿Tiene razón el derecho?*, cit., pp. 141-142.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 282 y p. 284.

²⁰⁹ *GT*, pp. 160-161; *TG*, p. 191]. Similar referencia en *Th*, p. 133; *TP*, pp. 160]. Y en *RR*, p. 282; *TP*, p. 284].

cha corriente»²¹⁰. Su crítica se basa en estos argumentos: a) Si todas las normas del sistema, salvo las no aplicables para la creación normativa, incluyen aquella cláusula, ninguna de ellas tendría posibilidad —en el sentido lógico— de ser desobedecida, puesto que el órgano inferior siempre se ajustaría a alguna de las dos alternativas. b) Si ninguna norma del sistema, salvo las individuales que ordenan actos concretos de ejecución, puede ser desobedecida, los requisitos de eficacia general del sistema y de eficacia particular de cada norma —condición de validez para Kelsen en ambos casos— devienen, en relación con todas las normas no comprendidas en la citada excepción, vacíos; no hay criterio alguno que sirva como medida de tal efectividad. c) Si el derecho, como «técnica social específica», tiene unas funciones sociales, tales como servir de guía del comportamiento, criterio de valoración y esquema de interpretación, ¿cómo va a cumplir con ellas un derecho que, según lo dicho, se compone de normas tautológicas? d) Por último, los autores judicialistas suelen conceder a las normas generales la importante función de ayudar a predecir las decisiones de los jueces. Con la tesis de Kelsen, esto se hace imposible. Es más, siguiendo a Nino, Ruiz Manero afirma que la tesis de la alternatividad conduce incluso más allá del más radical judicialismo, al no permitirnos ni siquiera determinar cuáles son los órganos de producción jurídica (y, por tanto, tampoco quiénes son los jueces y tribunales), porque si consideramos que todas las normas jurídicas —con la excepción indicada arriba— habilitan a los órganos jurídicos a dictar normas con cualquier contenido y a través de cualquier procedimiento, «parece ineludible extender también la alternatividad a la propia determinación del órgano competente»²¹¹.

Por si esto no fuera lo bastante demoledor, Bulygin añade dos consecuencias que considera funestas para la teoría pura. Por un lado, desposee a todas las normas generales de su índole normativa porque devienen tautológicas —sea cual sea la opción adoptada por el juez, se adecua a la norma general—, de modo que no pueden ser infringidas o incumplidas. Por otro lado, el acto por el que el juez produce una norma individual no está determinado en absoluto por las normas generales, de modo que los jueces gozan de un absoluto albedrío. Esto conduce a una forma extrema de decisionismo que es claramente incompatible con el formalismo de la teoría pura. Bulygin termina desechando de plano la teoría de la cláusula alternativa: «Apenas puede dudarse de que la teoría de la cláusula alternativa tácita es no ya errónea, sino sencillamente funesta. Sus consecuencias

²¹⁰ J. RUIZ MANERO, *op. cit.*, p. 65.

²¹¹ *Ibid.*, p. 67.

son tan demoledoras para la Teoría pura del derecho que apenas puede ser tomada en cuenta»²¹².

Entre nosotros, el prof. Delgado Pinto ya había optado justamente por no tomarla en serio. En su opinión, la interpretación que efectúa Kelsen de la norma superior como norma alternativa, lejos de obedecer al mismo ser del derecho, o siquiera constituir una exigencia de la Ciencia jurídica, obedece al «prejuicio de que parte Kelsen de que es necesario describir el orden jurídico como un sistema de normas no contradictorias»²¹³. En efecto, casi un siglo después de formulada la teoría dinámica de Kelsen, en un momento en que por fin parece comprenderse que las Humanidades en sentido amplio requieren una metodología específica, no se ve la razón por la cual haya de constreñirse un fenómeno tan complejo como el derecho al esquema lineal de un sistema lógico no contradictorio. En opinión de Delgado Pinto aquella idea deriva de la exigencia epistemológica general de que toda Ciencia ha de describir su objeto como constituyendo una unidad sin contradicciones²¹⁴. Pero esto no hay por qué admitirlo. Es más, «[...] si no partimos de este prejuicio, la interpretación menos forzada del pensamiento de Kelsen sobre el conflicto entre normas de grado diverso es la de que dentro del ordenamiento pueden ser válidas, con tal que sean efectivas, normas que contradicen las disposiciones relativas a su creación contenidas en otras normas anteriores válidas»²¹⁵.

²¹² Bulygin no es demasiado condescendiente con Kelsen en este punto. A su juicio, cuando una teoría particular anula toda una teoría general, lo más sensato es desestimar la teoría particular para salvar la teoría general. En esto no concuerda con Ruiz Manero, pues Bulygin decide no tomarla en cuenta. No obstante, se muestra verdaderamente implacable con la teoría: «Una interesante cuestión que permanece sin resolver es la de cómo un pensador tan realista y perspicaz como Kelsen pudo dar en una teoría tan descabellada» (E. BULYGIN, «Cognition and Interpretation of Law», en L. GIANFORMAGGIO y S. PAULSON (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín, 1995, p. 18. La consecuencia es que en el orden jurídico hay normas que no son válidas. Sin embargo, es un hecho que estas normas son consideradas obligatorias hasta que son anuladas judicialmente. Y decir que son obligatorias es lo mismo que decir en la Teoría pura válidas. Sin embargo, he aquí el error. puntualiza Bulygin. Una cosa es que la norma sea válida y otra es que sea obligatoria. Así, puede haber situaciones en las que una norma derogada puede ser aplicable a un caso, esto es, obligatoria. Lo mismo sucede con una norma irregular: no perteneciendo al sistema es obligatoria mientras no es anulada. *Ibid.*, pp. 18-19.

²¹³ José DELGADO PINTO, «El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, CEPC, 2006, p. 141.

²¹⁴ Aquí se echa de ver que en Kelsen es más importante el método que la verdad en sí misma considerada. Repara en esto P. SERNA, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, pp. 25-28.

²¹⁵ J. DELGADO PINTO, *art. cit.*, p. 200.

Antes del giro que tiene lugar a partir de 1960, Kelsen no admite esto. Pero es plenamente coherente con su vena positivista y voluntarista. Choca, sin embargo, como bien nota Delgado Pinto, con su concepto unitario del derecho como sistema dinámico en el que el principio estático encuentra cierta aplicación²¹⁶.

Bajo este punto de vista, Ollero ha llamado la atención sobre la «paulatina invasión de la eficacia en el sagrado recinto piramidal de la validez», con la consecuencia de que viene a desdibujarse la tajante separación entre el ser y el deber ser que Kelsen había establecido²¹⁷. Si bien es verdad que éste ya había advertido que el principio de legitimidad está limitado por el de eficacia, «un análisis detallado de su pensamiento muestra que el principio de efectividad predomina sobre el de legitimidad y lo determina»²¹⁸. «El “a priori” lógico-trascendental acaba vinculado a un “a posteriori” fáctico, produciéndose una curiosa conversión de lo sociológico en jurídico»²¹⁹.

Después de lo dicho es difícil mantener el tópico de que la trascendencia de la Teoría pura del derecho está en su coherencia, como sostiene, por ejemplo, Ross²²⁰. Más bien habrá que decir con Bulygin: «Pienso que la teoría de Kelsen sigue siendo interesante y valiosa, no sólo por sus relevantes aportaciones, cuanto, y quizá en mayor medida, por sus errores»²²¹.

5. EL CONTENIDO DEL SISTEMA JURÍDICO: EL DERECHO COMO LUZ ARTIFICIAL

He aquí las primeras palabras de *RR¹* y *RR²*: «La Teoría pura del Derecho es una teoría del Derecho positivo»²²². Esto se justifica por su pretensión de ga-

²¹⁶ Antes de 1960, Delgado Pinto observa como dos principios enfrentados en la teoría kelseniana, que oscila entre un voluntarismo radical y el principio epistemológico de que todo objeto ha de concebirse como una unidad sin contradicciones. Existe en la Teoría pura anterior a tal fecha un equilibrio artificioso que finalmente vence del lado del positivismo al admitir las contradicciones. (*Ibid.*, pp. 202-203).

²¹⁷ Cfr. A. OLLERO, *¿TIENE razón el derecho?*, *cit.*, p. 98. Más adelante añade: «Se ha señalado que Kelsen parte del “factum” de que hay normas jurídicas, lo que justificaría su “normativismo”. A medida que fue profundizando en las peripecias prácticas de ese “factum”, su teoría irá distendiéndose hasta hacerse capaz de “describir” la cotidianeidad jurídica» (*ibid.*, p. 99).

²¹⁸ J. DELGADO PINTO, «El voluntarismo de Hans Kelsen...», *cit.*, p. 195.

²¹⁹ A. OLLERO, *¿TIENE razón el derecho?*, *cit.*, p. 99.

²²⁰ Cfr. A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, *cit.*, p. 65.

²²¹ E. BULYGIN, «Cognition and Interpretation of Law», *cit.*, p. 11.

²²² *RR¹*, p. 1; [*TP¹*, p. 25]. *RR²*, p. 1; [*TP²*, p. 15]. Igualmente en *TH¹*, p. 15; [*TP¹*, p. 15]. Sin embargo, en *GT* comienza de un modo conceptualmente más abierto: La Teoría pura del derecho busca la característica común de los fenómenos sociales conocidos generalmente como de-

rantizar un conocimiento «dirigido solamente hacia el derecho», excluyendo de la Ciencia jurídica «todos los elementos extraños», como aquellos que se toman, dice más adelante, de ciencias como la Psicología, la Biología, la Ética o la Teología. Con base en este planteamiento metodológico, Kelsen decide separar radicalmente el derecho de la naturaleza. Por lo que se refiere al contenido, para Kelsen cualquier contenido puede ser derecho.

5.1. Sobre derecho natural y justicia

En una primera aproximación, observa, se diría que el derecho tiene una existencia natural. V. gr., un asesinato consiste en matar a alguien. Sin embargo, lo específicamente jurídico no está en la pura facticidad de matar a alguien, sino en la interpretación que de ese hecho realiza la norma al definir ese acto como asesinato. Matar a alguien puede constituir también el acto de ejecución de una sentencia de muerte. El hecho es el mismo: alguien mata a alguien; lo que varía es su significación a la luz del sistema jurídico. La Ciencia jurídica es una Ciencia del espíritu y estudia el derecho como norma. De los fenómenos naturales habrán de ocuparse otras ciencias, tales como la Sociología. Del mismo modo, la Teoría pura del derecho, como Ciencia jurídica, también se dirige a las normas jurídicas que forman ese sistema, entendidas como sustratos de sentido²²³.

Una de las cuestiones fundamentales que siempre ocurren y recurren al investigador del contenido del derecho es la del derecho natural. Kelsen maneja un concepto muy poco elaborado de derecho natural. Por un lado, asume el tópico de que la Teoría del derecho natural escinde el derecho en dos órdenes (dualismo), uno positivo y otro natural. Desde este punto de vista, éste vendría a ser algo así como un ideal platónico que debe encarnar o materializar el derecho positivo. Por otro lado, equipara sin mayores matices derecho natural y ley natural, es decir, sitúa el derecho natural en el terreno de la moral desde el primer momento.

Ambas simplificaciones le llevan a concluir que el iusnaturalismo es *ideológico* y ambivalente, a disposición tanto del conservador, como del revolucio-

recho. Admite, además, que la definición que se adopte tendrá *carácter estipulativo*, siempre con fines científicos, los cuales vedan una definición demasiado concreta de derecho, porque esto nos lleva, según él, a hacer coincidir el derecho con ideales específicos de justicia. Cfr. *GT*, pp. 4-5; *TG*, pp. 4-5].

²²³ Cfr. *RR¹*, pp. 1-11, 12; *[TP¹]*, pp. 25-37]. *TH¹*, pp. 35-40; *[TP¹]*, pp. 36-42].

nario, pues mientras que el primero no busca el conocimiento del derecho válido, sino su justificación (para lo que se sirve del derecho natural), el segundo pretende todo lo contrario: poner en tela de juicio el derecho válido, para lo que también se valdrá del derecho natural²²⁴.

Una tercera simplificación consiste en identificar conceptos tan dispares como justicia, valor y derecho natural. De aquí extrae la conclusión de que la noción de justicia plantea un problema irresoluble, pues la justicia, «que ha de representarse como un orden superior, diverso y frente al derecho positivo, está en su validez absoluta más allá de toda experiencia»²²⁵. De ello se desprende, en su opinión, que todas las fórmulas de la justicia son completamente vacías: «haz el bien y evita el mal»; «a cada uno lo suyo»; «guarda el justo medio», etc., por razón de lo cual permiten justificar todo contenido para el derecho. Kelsen pone el ejemplo del derecho de propiedad que por unos ha sido defendido como un derecho natural sagrado e inviolable mientras que ha sido atacado por otros como injusto y contrario a la naturaleza. En definitiva, con el método iusnaturalista, entiende, es posible sostener y probar en apariencia postulados contradictorios. En el fondo de estos argumentos, añade, laten *intereses* de grupo o de clase, cuya defensa o ataque del derecho positivo revisita naturaleza política²²⁶.

En consecuencia, el que busca la justicia o el derecho natural así identificados pretende conocer lo incognoscible. Ante este modo de proceder que, vistas así las cosas, no puede dejar de ser más ingenuo, Kelsen opone la idea más científica, de que sólo hay intereses y conflictos de intereses, sin que quepa racionalmente afirmar que sólo uno de los órdenes tenga valor absoluto, «es decir, que sea el “justo”»²²⁷.

Kelsen remata su razonamiento con una *reductio ad absurdum*: si existe la pretendida justicia ideal, absoluta y buena en sí misma, el derecho positivo sobra: «Ante la presencia de un orden social absolutamente bueno —escribe—, resultante de la Naturaleza, de la razón, o de la voluntad divina, la actividad del legislador estatal sería la insensata tentativa de una *iluminación artificial a la luz solar*»²²⁸.

Para armonizar con Kelsen, sin embargo, habrá que negar la existencia de la luz solar.

²²⁴ Cfr. *RR¹*, p. 16; *[TP¹]*, p. 42]. *TH¹*, p. 55; *[TP¹]*, p. 63].

²²⁵ *RR¹*, p. 14; *[TP¹]*, p. 39].

²²⁶ Cfr. *GT*, p. 11; *[TG]*, pp. 12-13].

²²⁷ Cfr. *RR¹*, p. 15; *[TP¹]*, p. 41]. *TH¹*, p. 54; *[TP¹]*, p. 62].

²²⁸ *RR¹*, p. 15; *[TP¹]*, p. 41]. *TH¹*, p. 89; *[TP¹]*, pp. 105-106]. Igualmente, en *GT*, p. 13; *[TG]*, p. 15]. *Cursiva añadida*.

En *GT*, maneja otro concepto, bastante más peregrino, de justicia. Rechaza, en primer lugar, identificar derecho y justicia, lo cual obedece a cierta tendencia a justificar el orden social dado, que es una tendencia política, pero no científica. Cuando se dice que un orden social es justo, en su opinión, se quiere decir que tal orden regula la conducta de los hombres de una forma satisfactoria para todos, «de tal modo que todos encuentren en él su felicidad». En consecuencia, la aspiración a la justicia equivale al «eterno anhelo humano de felicidad». Y añade: «El individuo aislado no puede, en cuanto tal, encontrar la felicidad, y por ello la busca en la sociedad. Justicia es felicidad social»²²⁹. Acto seguido precisa que es imposible el orden social justo en el sentido de felicidad de cada uno. El orden social sólo puede asegurar lo que llama felicidad colectiva, esto es, «la satisfacción de ciertas necesidades, reconocidas por la autoridad social, el legislador, como dignas de ser satisfechas, tales como la necesidad de alimentos, vestido y habitación»²³⁰. Sin embargo, determinar qué necesidades son dignas de ser satisfechas o establecer su jerarquía implica un juicio de valor subjetivo. Así, por ejemplo, serán distintas las respuestas que al efecto proporcionen un cristiano, un materialista, un liberal o un socialista. Sin embargo, estos juicios, añade, suelen ser presentados como con valor objetivo y absoluto, porque «constituye una peculiaridad del ser humano la de tener una profunda necesidad de justificar su conducta».

No parece que Kelsen sea demasiado consciente del alcance de esta afirmación. Si la felicidad del hombre depende de su obrar y éste no se puede justificar, la vida humana es un sin sentido. Gozamos con lo aparentemente bueno y nos dolemos con lo aparentemente malo. La vida termina siendo un puro teatro, cuyo único remedio consiste en no dejar de hacer cosas o de concentrarse en lo que tenemos a la mano, por utilizar una terminología existencialista; todo, para no caer en la cuenta de nuestra vana realidad. La reflexión, el filosofar, se convierte así en la más desdichada de las profesiones.

En opinión de Kelsen, el iusnaturalismo sufre un proceso de abandono por parte de la Ciencia jurídica, coincidiendo con el progreso de las Ciencias naturales y la disolución crítica de la ideología religiosa. Con todo, la Ciencia jurídica no se ha librado del todo de la ideología iusnaturalista, pues se presupone que el derecho debe al menos satisfacer un mínimo moral y responder de alguna manera a la idea de derecho para llegar a ser de alguna manera bueno, recto o justo²³¹.

²²⁹ *GT*, pp. 6-7; [*TG*, pp. 6-7].

²³⁰ *Ibid.*, p. 6 y p. 7, resp.

²³¹ *Cfr. RR¹*, pp. 19-21; [*TP¹*, pp. 45-47]. *Th¹*, pp. 57-58; [*TP¹*, pp. 65-66].

Identificando una vez más la moral con el derecho natural²³², Kelsen insiste en que la Teoría pura desliga por completo el concepto de norma jurídica del concepto de norma moral. Ahora, la norma jurídica no es un imperativo, como la norma moral, sino un juicio hipotético que expresa el enlace específico entre un supuesto de hecho condicionante y una consecuencia condicionada. Como es sabido, ese enlace consiste en una imputación²³³: la consecuencia jurídica se imputa al supuesto de hecho. Expresado esquemáticamente, lo anterior se traduce del siguiente modo: «si es A, debe ser B, *sin que con eso se enuncie alguna cosa sobre el valor moral o político de esta conexión*»²³⁴. Este deber ser tiene para Kelsen un carácter puramente formal en el sentido de Kant, y por ello nada tiene que ver con una idea trascendente del derecho: «Permanece aplicable *cualquiera que sea el contenido que tengan los hechos así enlazados*»²³⁵. Para el autor checo, tanto da el ordenamiento de la URSS, como el de la Italia fascista o el de la Francia democrático-capitalista. Todos son órdenes jurídicos. Es bastante concluyente cuando escribe en *RR²*: «No hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica»²³⁶.

Queda claro, justamente por su misma falta de trascendencia, que el derecho puede servir a cualquier fin trascendente a él. En sí mismo es un instrumento, por lo que no puede ser instrumentalizado. Quien lo utiliza para los más diversos fines, lo utiliza conforme a su esencia y no lo violenta en ningún caso. Es «técnica social»: el estado social deseado se busca a través del enlace de un acto coactivo con cierta conducta típica, esto es, se motiva al hombre a determinada conducta a través del expediente de castigar la conducta contraria²³⁷.

²³² Este lamentable equívoco no deja de ser habitual, como denuncia Ollero. Lo prepositivo no tiene necesariamente que ser de índole moral; también puede ser jurídico. *Cfr. A. OLLERO*, «Derecho natural y derecho positivo, todavía...», en *Estudios en homenaje al prof. Delgado Pinto, pro manuscrito*, pp. 3-4.

²³³ En *Th¹* introduce Kelsen una larga referencia al concepto de imputación: *Th¹*, pp. 18-33; [*TP¹*, pp. 16-34].

²³⁴ *RR¹*, p. 23; [*TP¹*, p. 49]. La cursiva es mía.

²³⁵ *Ibid.*, p. 24 y p. 50, resp. Cursiva añadida. Es, aclara, una «categoría gnoseológico-trascendente», «no metafísico-trascendente». Justamente por eso, termina, conserva su tendencia radicalmente antiideológica. Asimismo, *cfr. Th¹*, pp. 58 ss.; [*TP¹*, p. 66 ss].

²³⁶ *RR²*, p. 201; [*TP²*, p. 205].

²³⁷ *Cfr. RR¹*, pp. 28-29; [*TP¹*, p. 56]. Con esto no quiere decir nuestro autor que no concurren motivaciones adicionales, religiosas, morales, ideológicas, etc. El derecho, sin embargo, nada tiene que ver con ello. Se trata, escribe, de «un aparato coactivo al que no corresponde, en sí y de por sí, ningún valor político o ético, un aparato coactivo cuyo valor depende más bien del fin trascendente al Derecho, en tanto medio», interpretación ésta que considera libre de toda ideología. *Ibid.*, p. 32 y p. 60, resp.

5.2. Validez y obligatoriedad del derecho

La posición de Kelsen acerca de la naturaleza instrumental del derecho y acerca de la justicia y el derecho natural obliga a plantear en qué sentido puede hablarse en su obra de obligatoriedad del derecho.

Afirma Kelsen: «Validez del derecho significa que las normas jurídicas son *obligatorias*, que los hombres deben conducirse como éstas lo prescriben, y que deben obedecer y aplicar las mismas normas»²³⁸. Se trata ésta de una afirmación que nada dice sobre acontecimientos reales. La eficacia del derecho es un problema distinto. «El derecho como norma válida —escribe Kelsen— encuentra su expresión en el aserto de que los hombres deben conducirse de cierta manera [...]»²³⁹.

El juicio de que algo es jurídicamente debido suele vincularse con la idea de que así es bueno, recto o justo. La Ciencia jurídica positivista del s. XIX, al definir conceptualmente el derecho como norma y deber ser, no carece por ello de cierto elemento ideológico²⁴⁰. Como cabía imaginarse, la Teoría pura del derecho se propone ir más allá y, en este punto, su tarea consiste en librar a la definición del derecho de esta rémora ideológica, tratando de desligar por completo la norma jurídica de la norma moral. Ésta última constituye un imperativo y la Ciencia jurídica suele considerar así también a la norma jurídica. Sin embargo, para Kelsen, ésta no es un imperativo, sino un «juicio hipotético que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada»²⁴¹. Así como la ley natural enlaza determinada situación de hecho (causa) con otra (efecto), la norma jurídica enlaza la condición jurídica con la consecuencia jurídica. En el primer caso hablamos de causalidad y en el segundo de *imputación*. Las expresiones «alguien será castigado “a causa” de un delito» o «la ejecución contra algún patrimonio tiene lugar “a causa” de una deuda no pagada» no han de ser entendidas, contra lo enunciado, causalmente, sino normativamente en el sentido de que tales sanciones, castigo y ejecución, son imputados a quien cometa cierto delito o no pague una deuda; de tal manera que si se verifican las situaciones antedichas, delincuente y deudor *deberán* respectivamente ser sancionados o ejecutados. Escribe Kelsen: «La expresión de esta referencia designada como “imputación”, y por tanto la expresi-

²³⁸ *GT*, p. 39; [*TG*, p. 46]. Cursiva añadida.

²³⁹ *Ibid.* p. 40 y p. 46 respectivamente.

²⁴⁰ *Cfr. RR¹*, p. 21; [*TP*, p. 47].

²⁴¹ *Ibid.*, p. 22 y p. 47, respectivamente. Cursiva añadida. Veremos que en *ATN* la entiende como acto de voluntad.

ción de la existencia específica del Derecho, de su validez, es decir, del sentido peculiar en que son puestos en recíproca conexión los hechos pertenecientes al sistema “Derecho” —y no otra cosa— es el *deber ser* con que la Teoría pura del Derecho presenta al Derecho positivo; así como la expresión de la legalidad causal es el “tener que ser”»²⁴². Por tanto, si la ley natural dice: «si es A, tiene que ser B», la norma jurídica dice: «si es A, debe ser B». Aquí no se enuncia nada acerca del valor moral de esta conexión. El deber ser no es sino una «categoría relativamente apriorística para la aprehensión del material jurídico empírico». Establece un nexo entre dos hechos que es completamente diferente al de la causalidad. Sin embargo, es tan inviolable como aquella. Según la Teoría pura del derecho, la pena sigue siempre y sin excepción al delito. «Si se dice: cuando acontece lo llamado antijurídico “debe” acontecer la consecuencia jurídica, este “deber ser” sólo significa —como categoría del Derecho— el sentido específico en que la condición jurídica y la consecuencia jurídica se corresponden en la proposición jurídica»²⁴³.

Justamente, la función esencial de un ordenamiento consiste en la ligazón normativa. Un hombre está jurídicamente obligado a una conducta determinada en tanto que la contraria se pone como condición para un acto coactivo. El deber jurídico constituye la única función esencial del derecho objetivo, según Kelsen, aunque puede estatuir facultades²⁴⁴.

En definitiva, tratase de una *categoría puramente formal*, esto es, admite cualquier contenido. Es una categoría, precisa Kelsen, «gnoseológico-trascendente» en el sentido de la filosofía kantiana, pero no metafísico-trascendente. Esto la convierte en antiideológica, consiguiendo vencer la resistencia de la doctrina jurídica tradicional a concebir como jurídico, por citar un ejemplo, el orden de la República soviética, así como el de la Italia fascista o el de la Francia democrático-capitalista²⁴⁵. Por eso la Teoría pura del derecho se opone con determinación al fenómeno de retorno al derecho natural que se produce tras la (primera) Guerra mundial.

En efecto, la teoría kelseniana blasona que es capaz de extraer las últimas consecuencias del positivismo jurídico del s. XIX. Acusa a la burguesía del s. XX de recurrir a las mismas ideologías políticas que la nobleza feudal de principios del s. XIX contra las que había luchado. Se opone, por último, enérgicamente a

²⁴² *Ibid.*, p. 22 y pp. 48-49, resp.

²⁴³ *Ibid.*, p. 24 y p. 50, resp.

²⁴⁴ *Ibid.*, pp. 46, 47-48 y pp. 76, 77-78, resp.

²⁴⁵ Se podría añadir analógicamente la Alemania nazi a este texto de 1934 y prefigurar la postura de Kelsen bajo un halo de socrático heroísmo. *Letzten Endes, Gesetz ist Gesetz!*

los epígonos que reniegan de la filosofía trascendental kantiana y del positivismo jurídico²⁴⁶ y protesta que es imposible la existencia de un orden válido superior al derecho positivo. Por ello se cifra a éste e impide que la Ciencia jurídica acuda a aquél en busca de justificación, vedando todo atentado contra el derecho válido so color de una presunta oposición con cierto ideal de justicia. En suma: «La Teoría pura del Derecho es la Teoría del positivismo jurídico»²⁴⁷.

Curiosamente, sin embargo, Alf Ross tachó la teoría kelseniana de cuasipositivista por entender que el concepto de obligatoriedad jurídica está indisolublemente asociado al deber moral. Según esto, la Teoría pura del derecho traspasaría, a despecho de su claro propósito, los límites de la Ciencia del derecho²⁴⁸. De la misma opinión es Karl Olivecrona, quien opina que el propósito inicial de la Teoría pura de ofrecer una explicación de la verdadera naturaleza del derecho, al margen tanto del positivismo jurídico clásico como del iusnaturalismo no se alcanza²⁴⁹. Raz también critica el concepto de obligatoriedad kelseniano, conceptualizado normativamente, pues implica considerar que el derecho es justo y que debería ser obedecido²⁵⁰. Y en el mismo sentido se expresa Nino²⁵¹. Bulygin, a la vista de estas objeciones, ha intentado compatibilizar el concepto kelseniano de obligatoriedad con el positivismo jurídico a través del concepto de aplicabilidad (*Anwendbarkeit*)²⁵².

6. LA CONTINUIDAD ENTRE ORDEN JURÍDICO Y ESTADO

Para Kelsen, el Estado no es algo distinto del derecho mismo, como si aquél fuera el creador de éste. Ésta es una idea metafísica que hay que desterrar, al igual

²⁴⁶ Cfr. RR¹, p. 24; [TP, p. 51].

²⁴⁷ *Ibid.*, pp. 38 y 67 resp.

²⁴⁸ Cfr. Alf ROSS, «Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law», en *Revista Jurídica de Buenos Aires* 4 (1961), pp. 46-93.

²⁴⁹ Cfr. Karl OLIVECRONA, «Realism and Idealism. Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy», en *New York University Law Review*, 1951, p. 128. Cfr. O. VERGARA, *El derecho como fenómeno psico-social. Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona*, Granada, Comares, 2004, pp. 116-119.

²⁵⁰ Cfr. J. RAZ, «Kelsen's Theory of the Basic Norm», en *The Authority of Law*, Oxford, 1979, p. 137.

²⁵¹ Cfr. Carlos S. NINO, *La validez del derecho*, Buenos Aires, 1985, p. 12.

²⁵² Cfr. E. BULYGIN, «Das Problem der Geltung bei Kelsen», en S. L. PAULSON y M. STOLLEIS (eds.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechts-theoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2005, pp. 88 ss. Véase el capítulo dedicado a Alchourrón y Bulygin en esta misma obra.

que la Ciencia de la naturaleza ha necesitado, para hacer auténtica Ciencia, desterrar la idea del Dios creador. Por ello, «la Teoría pura del derecho que es simultáneamente la Teoría pura del Estado, porque toda teoría del Estado sólo es posible como teoría del derecho del Estado, y viceversa todo derecho es derecho del Estado, porque todo Estado es Estado de derecho»²⁵³.

No cabe entonces explicar el Estado al margen del derecho «sobre bases extrajurídicas»²⁵⁴. Así como el análisis freudiano cree revelar que Dios, en tanto personificación de la naturaleza, fue producido como la formación de una ficción trascendente, Kelsen denuncia el mismo dualismo entre el derecho y el Estado como hipóstasis de la unidad del orden jurídico²⁵⁵.

Según Kelsen, la teoría tradicional parte de un claro dualismo entre Estado y derecho, donde aquél es visto como una persona con existencia independiente del orden jurídico, e incluso anterior. Según esto, el Estado crea el derecho para luego someterse a él. Es la teoría de las dos caras; por un lado se concibe como un ser metajurídico y, por otro, como sujeto de derecho. Pero esta dualidad, explica Kelsen, tiene el sentido ideológico de justificar el derecho: es necesario concebir el Estado como una persona diferente del derecho para que el derecho pueda justificar al Estado²⁵⁶.

Metodológicamente, esto se traduce en que el Estado, concebido como fenómeno del ser, al cual se le atribuye una realidad psíquica y aun física, es estudiado por la Teoría sociológica del Estado, que se pregunta cómo y por qué

²⁵³ H. KELSEN, «Dios y Estado», trad. del alemán de J. Hennequin, publicado originalmente en *Logos* II (1922-23), pp. 261-284; recogido en AA VV, *El otro Kelsen*, O. CORREAS (comp.), México, UNAM, 1989, pp. 243-266. La cita pertenece a la p. 266.

²⁵⁴ Cfr. H. KELSEN, «El concepto de Estado en la Sociología comprensiva», trad. del alemán de I. Witker, publicado originalmente en *Zeitschrift für Volkswirtschaft und Soziologie*, 1921, pp. 104-119; recogido en AA VV, *El otro Kelsen*, *cit.*, p. 267.

²⁵⁵ Cfr. H. KELSEN, «Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse», en *Imago* 1922, VIII, pp. 97-141; trad. de F. Lucce, recogido en AA VV, *El otro Kelsen*, *cit.*, p. 372. Recoge estos conceptos en RR², pp. 319-320; [TP², pp. 319-320].

²⁵⁶ Cfr. RR¹, pp. 115-116; [TP², pp. 154-155, 156]. RR², pp. 288-289; [TP², pp. 290-291]. En H. KELSEN, *Der Staat als Integration. Eine Prinzipielle Auseinandersetzung*, 1930, versión española *El Estado como integración. Una controversia de principio*, trad. de J. A. García Amado, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 39 ss. Kelsen señala que el intento de hacer del Estado un órgano suprapersonal obedece a un intento de implantar la obediencia acrítica al poder. En otros lugares habla de «prejuicio de derecho natural» para referirse a la idea de que no hay un verdadero orden jurídico que no contenga ciertas instituciones como los derechos de libertad, las garantías para la regularidad de las funciones de los órganos y los métodos democráticos de producción del derecho. Cfr. RR¹, p. 127; [TP¹, p. 169]. RR², p. 320; [TP², p. 320].

actúan los hombres como actúan, mientras que el derecho, que prescribe determinadas conductas, es estudiado por la Teoría jurídica del derecho²⁵⁷.

Sin embargo, para Kelsen, cuando la Teoría dominante del Estado afirma que el Estado es un aparato coactivo y la Teoría jurídica tradicional sostiene que el derecho es un orden coactivo, queda mostrado que ambas teorías tienen en cuenta fundamentalmente el mismo objeto, «ya que el “aparato” de la coacción no es más que una metáfora para designar el “orden” coactivo»²⁵⁸. A su juicio, el derecho es «idéntico con el Estado real, histórico y concreto»²⁵⁹. Consecuentemente, descubierta la identidad entre derecho y Estado, entonces es imposible justificar el Estado por el derecho, por lo que deviene estéril todo intento de legitimar el Estado como Estado de derecho. *Todo Estado es Estado de derecho*, ya que el Estado es siempre un orden jurídico, sostiene²⁶⁰. Desde el punto de vista del positivismo jurídico, el Estado es como una especie de *rey Midas*, que convierte en derecho cuanto toca²⁶¹.

Ciertos actos humanos usualmente son atribuidos al Estado. Aun cuando es el individuo el que finalmente ejecuta un acto coactivo frente a un criminal, se dice que éste es castigado por el Estado en cuanto el castigo es establecido por el orden jurídico, es decir, «una acción vale acto del Estado cuando es ejecución de aquel ordenamiento»²⁶². Desde el punto de vista de la Teoría pura, la expresión «derecho, voluntad del Estado» hay que interpretarla en el sentido de que el hecho condicionante está dentro del sistema del derecho, es decir, que es debido jurídicamente²⁶³. Constituye un pleonasma decir que el Estado debe realizarse en formas jurídicas²⁶⁴.

Dicho esto, conviene hacer un matiz importante. Hemos dicho que para Kelsen todo Estado es de suyo un orden jurídico. Sin embargo, no todo orden jurídico es un Estado para este autor. Éste sólo se da cuando determinado orden jurídico ha alcanzado cierto grado de *centralización*²⁶⁵. Esto no sucede, por ejemplo, en las comunidades primitivas preestatales. Aquí, la comprobación de

²⁵⁷ Cfr. AS, pp. 6-7; [TGE, pp. 7-8].

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 17 y p. 22, resp.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 18 y p. 23, resp.

²⁶⁰ Cfr. RR¹, p. 126; [TP¹, pp. 167-168]. GT, pp. 182-183; [TG, pp. 216-217]. TH¹, pp. 161-162; [TP¹, pp. 195-196]. RR², p. 288; [TP², p. 290]. La expresión «Estado de derecho» es un pleonasma para Kelsen: RR², p. 314; [TP², p. 315].

²⁶¹ Cfr. AS, p. 44; [TGE, p. 56].

²⁶² GT, pp. 191-192; [TG, p. 228].

²⁶³ Cfr. AS, p. 53; [TGE, p. 69].

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 43 y p. 56, resp.

²⁶⁵ Cfr. RR¹, pp. 117-118; [TP², pp. 157-158]. RR², p. 289; TP², p. 291].

la situación de hecho antijurídica, así como la ejecución de la consecuencia jurídica, es dejada a aquellos cuyos intereses son lesionados, como el hijo que venga la muerte de su padre o el acreedor que echa mano del deudor moroso. Algo similar sucede en el caso del Derecho internacional, cuyo procedimiento de producción general de normas está descentralizado, y es el propio Estado particular el que tiene derecho a emprender la guerra o a tomar las represalias pertinentes en contra del Estado que viola su derecho²⁶⁶.

Atendiendo a los tres elementos que la Teoría tradicional atribuye al Estado, la soberanía, el territorio y el pueblo —que para Kelsen no son otra cosa que la validez del orden estatal en sí y el ámbito espacial y personal de validez de ese orden²⁶⁷— en RR² define el Estado así: «orden jurídico relativamente centralizado, limitado en su dominio de validez territorial y temporal, soberano o inmediatamente determinado por el derecho internacional, eficaz en términos generales»²⁶⁸.

En conclusión: «Esta disolución crítico-metódica del dualismo entre Estado y derecho constituye de consuno la anulación sin consideraciones de una de las ideologías de legitimación más eficaces; de ahí la apasionada oposición que enfrenta, por parte de la teoría tradicional del derecho y del Estado, la tesis fundada por la Teoría pura del derecho de la identidad del Estado y el derecho»²⁶⁹.

Finalmente, como ejercicio crítico conviene meditar en torno a una certera reflexión que efectúa Legaz. Según este profesor, identificar Estado y derecho y sostener que todo Estado es Estado de derecho «es convincente en la medida en que a esa afirmación subyace una idea del derecho y del Estado de derecho que la nutre y le da sentido». Pierde, sin embargo, esa fuerza de convicción si por afán de pureza metódica extirpa ese «ineliminable residuo ideológico» y admite que también el Estado nacional-socialista era un Estado de derecho, «lo cual o no es decir nada —pues es una pura obviedad decir que también el régimen nazi tenía su propio ordenamiento jurídico— o es decir que el Estado de derecho no es nada, nada específico al menos por relación a un Estado despótico, negador de los ideales que le dieron razón de ser y existir»²⁷⁰.

En efecto, al hacer Kelsen sinónimos Estado y derecho trastorna el uso de la expresión «Estado de derecho», que queda reducida a un pleonasma. Sin em-

²⁶⁶ Cfr. RR¹, pp. 118-119; [TP¹, pp. 158-160]. RR², pp. 289-290; TP², pp. 291-292.

²⁶⁷ Cfr. RR¹, p. 124; [TP¹, p. 166].

²⁶⁸ RR², p. 293; TP², p. 294.

²⁶⁹ RR², p. 320; TP², p. 321.

²⁷⁰ L. LEGAZ Y LACAMBRA, «Kelsen hoy», en *Anuario de Filosofía del Derecho* XVI (1971-72), pp. 88-89.

bargo, esa expresión sólo tiene sentido para hacer referencia a un mecanismo de interdicción de la arbitrariedad que consiste en ciertos límites materiales y procesales específicos a los que está sujeto el Estado en su actuación. De acuerdo con este uso, el Estado nazi no era un Estado de derecho. Es verdad que Kelsen trata de justificar científicamente el nuevo sentido que atribuye a la expresión. Sin embargo, el precio es demasiado alto. El suyo es, desde luego, un extraño caso de coherencia metodológica. Porque ¿no es sensato pensar que tanto la Ciencia como el derecho deben estar al servicio del hombre? A veces da la impresión de que el de Kelsen es uno de aquellos ingenios que se anegan en su misma sobreabundancia²⁷¹.

7. DERECHO DEL ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL

El problema de las relaciones entre el derecho estatal y el derecho internacional, tal y como Kelsen lo expone en AS, gira en lo fundamental en torno a la cuestión de si es o no es soberano el derecho del Estado. Al respecto caben dos posiciones: aquella que defiende la primacía del orden jurídico estatal, la cual afirma la soberanía del Estado y aquella que otorga la primacía al derecho internacional. Kelsen sostiene esta segunda opinión, porque si se afirma la soberanía del Estado propio, entiende, se suscita la cuestión de la existencia de los otros Estados. Por ello considera que dos órdenes no pueden ser jurídicamente válidos sin un fundamento unitario. Dicho de otra manera, para que un orden estatal exista aquí y otro allá es preciso que esos órdenes estén mutuamente limitados en su validez. Hay que presuponer, por tanto, una norma u orden que determine el ámbito de validez de cada uno²⁷². Kelsen entiende que es precisamente tarea del derecho internacional determinar las condiciones de existencia

²⁷¹ Balmes dedica una reflexión muy certera a esta clase de ingenios. Dice así: «Entendimientos por otra parte muy claros y perspicaces se echan a perder lastimosamente por el prurito de desenvolver una serie de ideas que, no representando el objeto sino por un lado, acaban por conducir a resultados extravagantes. De aquí es que con la razón todo se prueba y todo se impugna; y a veces un hombre que tiene evidentemente la verdad de su parte, se halla precisado a encastillarse en las convicciones y resistir con las armas del buen sentido y cordura de los ataques de un sofista que se abre paso por todas las hendiduras y se escurre al través de lo más sólido y compacto, como filtrándose por los poros. La misma sobreabundancia de ingenio produce este defecto, como las personas demasiado ágiles y briosas se mantienen difícilmente en un paso medurado y grave» (Jaime BALMES, *El criterio*, Lima, Ed. Universo, 1974, p. 84).

²⁷² Cfr. AS, p. 121; [TGE, p. 158].

de un Estado²⁷³. Y estima que si ha de haber coordinación con otros Estados y han de valer los pactos celebrados con ellos, es preciso partir de la primacía del derecho internacional. La consecuencia es una vez más de lo más chocante: *ningún Estado es soberano*²⁷⁴.

Reconoce, sin embargo, que ambas posiciones, la del primado del orden jurídico interno y la del primado del orden jurídico internacional, son sólo *hipótesis o supuestos equivalentes*. Quiere decir con esto que la opción por uno de ellos no puede ser argumentada, si bien es en todo caso necesaria. Como quiera que no cabe imaginar una multitud de zonas jurídicas aisladas unas de otras en el espacio y en el tiempo, es en vano esquivar cualquiera de estas doctrinas, pues ambas por igual tienden a la unidad del sistema jurídico. Todo esto tiene su raíz en su idea básica de que el material que se interpreta como derecho no constituye derecho *a priori*, sino en virtud de la hipótesis jurídica que sirve para interpretarlo. A su juicio no hay argumento que oponer al que niega la juridicidad del derecho internacional, como tampoco se puede obligar a un anarquista a reconocer que los hechos que, desde el punto de vista del primado del orden estatal, son considerados como derecho, constituyen actos jurídicos y no actos de fuerza bruta²⁷⁵.

Ambas teorías constituyen, pues, dos hipótesis epistemológicas que obedecen a dos modos antitéticos de concebir el mundo y los valores.

La primera adopta como punto de partida el conocimiento del Estado soberano propio y sólo admite la existencia de otros Estados si son *reconocidos* por él, viniendo a ser como partes constitutivas del orden jurídico propio que se extiende sobre todos los restantes como un orden universal. Partiendo de esta hipótesis obtenemos, en opinión de Kelsen, una imagen que se corresponde con aquella teoría subjetivista que para comprender el mundo, «parte del propio "yo" y no acierta a salir de él desde el momento que declara el mundo sensible, la naturaleza, como representación y el mundo de los valores como voluntad de ese "yo", convirtiendo de ese modo el propio soberano "yo" en un universo, incapaz, empero, de comprender a los otros sujetos, al "no yo" que surge con idéntica pretensión de soberanía al "tú" que aspira también a convertirse en "yo" y, por tanto, en centro del universo, porque es incapaz de hacer honor a su pretensión de soberanía [...]»²⁷⁶.

En cambio, cuando a partir de una concepción objetivista del mundo y de los valores se parte del mundo para llegar al yo, «presuponiendo una razón ob-

²⁷³ *Ibid.*, pp. 126-127 y pp. 165-166, resp.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 124 y p. 162, resp.

²⁷⁵ *Ibid.*, pp. 128-130 y pp. 168-171, resp.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 131 y pp. 171-172, resp.

jetiva universal, un espíritu universal, del cual los individuos que conocen y quieren no son más que subjetivaciones y concreciones, formas manifestativas efímeras y provisionales [...], pero hallándose coordinados y equivalentes, no como el "tú" y el "yo" del subjetivismo que se desconocen mutuamente: tenemos la imagen, el modelo de la hipótesis de un orden jurídico universal [...], de la teoría del primado del orden jurídico internacional —basada en el carácter objetivo del derecho— dentro del cual los diversos órdenes jurídico-estatales constituyen comunidades coordinadas y equivalentes, pero —en cuanto órdenes meramente parciales— no "Estados" en el sentido de órdenes totalitarios de sujetos soberanos, sino que son abarcados por una unidad superior por la totalidad de la *civitas maxima*, única soberana»²⁷⁷.

Kelsen no toma partido por ninguna de estas que considera «ideologías contrapuestas», pero advierte que la teoría subjetivista está abocada a la negación de todo derecho y, por tanto, a la desaparición del conocimiento y de la Ciencia jurídica y a la afirmación del poder²⁷⁸. En *GT* y *RR*² insiste en que la elección entre estos presupuestos se hace sobre *bases éticas y políticas*. Así, quien considere valiosa la soberanía del Estado «porque se identifica con su Estado en un acto de autoconciencia exaltado preferirá anteponer el orden jurídico nacional al internacional. Sin embargo, quien valore más la idea de una organización jurídica mundial, optará por la primacía del derecho internacional»²⁷⁹.

Una vez examinados estos presupuestos epistemológicos, pasamos a considerar en qué consiste para Kelsen el *derecho internacional*. En su opinión se trata de un «complejo de normas que regulan la conducta recíproca del los Estados»²⁸⁰, más concretamente, el derecho internacional «se compone de normas que fueron producidas en su origen por la vía de la costumbre y para la regulación de las relaciones interestatales, por actos de los Estados, es decir, por los órganos competentes para ello de acuerdo con los órdenes jurídico-estatales singulares»²⁸¹. Kelsen destaca de entre ellas la norma que habitualmente se expresa

²⁷⁷ *Ibid.*, pp. 131-132 y p. 172, resp. En *RR*² incluye otra imagen, muy elocuente, para darse a entender. Kelsen compara aquí las dos construcciones jurídicas con la oposición que se da entre la imagen del mundo geocéntrica y la imagen heliocéntrica. *RR*², p. 344; [*TP*², p. 346]. En *GT*, Kelsen añade la observación de que no se puede decir que el Estado «es» o «no es» soberano, sino que lo que hay que decir, en todo caso, es que el Estado «se supone» o «no se supone» soberano: *cfr.* *GT*, p. 385; [*TG*, p. 458].

²⁷⁸ *Cfr.* *AS*, p. 132; [*TGE*, p. 173].

²⁷⁹ *Cfr.* *GT*, p. 388; [*TG*, p. 462]. *RR*², p. 345; [*TP*², p. 347]. *GT* termina justamente con esto.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 321 y p. 323, resp.

²⁸¹ *Cfr.* *RR*¹, p. 129; [*TP*¹, p. 170].

como «*pacta sunt servanda*», que autoriza a los sujetos de la comunidad jurídica internacional a regular por medio de tratados su conducta. Hoy por hoy —la observación es de 1934— las normas contractuales internacionales tienen carácter particular, valiendo sólo para grupos más o menos grandes de Estados. En todo caso, las normas del derecho internacional contractual particular o consuetudinario general no deben considerarse como grupos normativos coordinados. Kelsen establece una *jerarquía normativa* dividida en tres gradas o escalones. La grada inferior está ocupada por las normas jurídicas producidas por los tribunales internacionales y órganos similares. Éstos basan sus decisiones en un pacto de derecho internacional, que es una norma que pertenece a la grada intermedia del derecho internacional, el producido por tratados internacionales. A su vez, el derecho internacional producido por esta vía descansa en una proposición del derecho internacional consuetudinario general —entendemos que se refiere a la regla *pacta sunt servanda*—. Finalmente, la validez de la costumbre tiene que basarse en una norma fundamental que instaure como hecho jurídico productor de derecho a la costumbre²⁸².

En cuanto a su *naturaleza*, afirma Kelsen que el derecho internacional «osamenta el mismo carácter que el derecho de un Estado. Como éste, es un orden coactivo». Al igual que la proposición jurídica del orden estatal, la proposición jurídica internacional enlaza una situación de hecho con un acto coactivo como consecuencia. Específicamente, las consecuencias jurídicas del derecho internacional son la *represalia* y la *guerra*²⁸³.

Con todo, conviene notar que el derecho internacional es todavía para Kelsen un orden jurídico *primitivo*. Mientras que el orden jurídico estatal ha evolucionado hacia una creciente centralización, el derecho internacional acusa un marcado carácter descentralizado. Se refiere al hecho de que la producción de normas generales por vía de costumbre o tratado es efectuada por los mismos miembros de la comunidad jurídica, y no por un órgano legislativo especial. Esto también se verifica en el momento de la aplicación, ya que es el mismo Estado que se cree lesionado «en sus intereses» el que ha de decidir si existe una situación de antijuridicidad de la que es responsable otro Estado. De igual modo, es el mismo Estado lesionado «en su derecho» el que está autorizado a actuar contra el infractor a través de las sanciones arriba expresadas, la guerra o la repre-

²⁸² *Cfr.* *ibid.*, pp. 129-130 y pp. 171-172, resp. *GT*, pp. 369-370; [*TG*, pp. 439-440]. *RR*², pp. 324-325; [*TP*², pp. 326-327].

²⁸³ *Cfr.* *RR*¹, p. 131; [*TP*¹, p. 173]. *RR*², p. 321; [*TP*², p. 323]. El mayor desarrollo de estas ideas se haya no obstante en *GT*, pp. 328 ss.; [*TG*, pp. 390 ss.], donde se contiene un extenso tratamiento de la teoría de la guerra justa.

salia. Otro elemento que revela el carácter primitivo del orden jurídico estatal es el principio de responsabilidad colectiva y por el resultado, en virtud del cual dichas sanciones no son sufridas directamente por quien ha ejecutado culpable o dolosamente y de manera efectiva la acción antijurídica, sino por el conjunto del pueblo o del ejército, en el caso en que pueda éste ser desgajado del pueblo, cosa que, en efecto, la técnica bélica actual casi no permite²⁸⁴.

En cualquier caso, hay que insistir en que el derecho internacional es para Kelsen *derecho*: un orden social que no ha rebasado el principio de autodefensa, dice en *GT*, es posible que «deje mucho que desear», pero no tiene por qué dejar de ser considerado como jurídico²⁸⁵. Aunque luego precisa: «Que el derecho internacional pueda considerarse como verdadero derecho, depende de la posibilidad de interpretarlo en el sentido de la teoría del *bellum justum*»²⁸⁶. Esta teoría, en línea de principio, prohíbe el recurso a la guerra, aceptándolo únicamente a modo de sanción. El problema está, para Kelsen, en que esta teoría, a su juicio, sólo puede ser aceptada a través de una decisión política, pero no científica²⁸⁷.

La siguiente cuestión que se plantea es la de quién puede ser considerado *sujeto del derecho internacional*. Kelsen afirma que el derecho internacional obliga y faculta a los Estados. Pero esto hay que matizarlo. Que obligue y faculte a los Estados no quiere decir que no obligue o faculte a los ciudadanos, sino que no lo hace inmediatamente, sino de manera mediata por medio del orden jurídico estatal. En este sentido, explica, las normas de derecho internacional son incompletas. Prescriben el qué, pero no quién²⁸⁸. No obstante, de manera excepcional, las normas jurídicas internacionales imponen directamente derechos y deberes a los ciudadanos²⁸⁹.

²⁸⁴ Cfr. *RR*¹, pp. 131-132; [*TP*¹, pp. 173-174]. *RR*², pp. 323-324; [*TP*², pp. 325-6].

²⁸⁵ Cfr. *GT*, p. 339; [*TG*, p. 403].

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 340 y p. 405, resp.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 341 y p. 406, resp.

²⁸⁸ Cfr. *RR*¹, pp. 132-134; [*TP*¹, pp. 175-177]. *GT*, pp. 341-343; [*TG*, pp. 406-409]. *RR*², pp. 325-328; [*TP*², pp. 327-330]. Por lo que se refiere a este orden de cosas, el tratamiento más pormenorizado se halla en *GT*.

²⁸⁹ Por ejemplo, la norma que prohíbe la piratería. Por derecho internacional, los Estados están autorizados a sancionar a los piratas, pero en vez de establecer directamente las sanciones, deja que sean los Estados los que las fijen discrecionalmente. Otro ejemplo se contiene en el Tratado de Versalles y los otros tratados que pusieron término a la I Guerra Mundial, los cuales autorizaban a los nacionales de los países aliados y asociados a exigir una compensación de los daños causados por medidas extraordinarias de guerra adoptadas por Alemania. Éstos y otros ejemplos aparecen en *GT*, pp. 343-348; [*TG*, pp. 409-414]. En todo caso, Kelsen insiste en la excepcionalidad de las normas que obligan o facultan a los particulares, pues si tales casos, estima, se convirtieran en regla general, se borraría la línea divisoria entre el derecho nacional y el derecho internacional (*ibid.*, p. 348 y p. 414, resp.).

Existe una tendencia que tiene por meta borrar la línea divisoria entre derecho internacional y derecho del Estado a través de la formación de un Estado mundial. Esta tendencia, que no se había consumado cuando escribe, sigue a día de hoy sin consumarse. A pesar de ello, cree que es posible establecer la *unidad gnoseológica* de todo el derecho²⁹⁰. Se distancia así de la concepción dualista tradicional, que afirma la simultánea existencia de una pluralidad órdenes jurídicos estatales igualmente válidos, independientes entre sí y que pueden entrar recíprocamente en conflicto. Como ya señalamos, esto es para él insostenible desde un punto de vista puramente lógico si tanto las normas del derecho internacional como las de los órdenes jurídicos estatales deben ser simultáneamente consideradas como normas válidas, e igualmente, por eso, como normas jurídicas. Él parte de un presupuesto: «la exigencia gnoseológica de considerar todo el Derecho en un sistema», que significa considerarlo desde la misma perspectiva como un todo en sí cerrado²⁹¹.

Desde un punto de vista negativo, esta exigencia de unidad se traduce en el *principio lógico de no contradicción*, que en el campo normativo, en el que también es aplicable, significa que no se puede afirmar la validez de una norma con un contenido *a* y al mismo tiempo la de una norma con un contenido *no-a*. Esto se aplica a la cuestión que estamos examinando de la siguiente manera. Si el conocimiento jurídico se encuentra con normas contradictorias intentará una interpretación que reduzca tal contradicción a una mera contradicción aparente. Si no lo consigue, desestimará el material a interpretarse como algo no existente en la esfera del derecho, que es una esfera de sentido. Pues bien, esta tendencia immanente del conocimiento jurídico afecta también a las relaciones entre derecho internacional y derecho estatal. El jurista considera ambos órdenes como compuestos de un conjunto de normas válidas, lo que le lleva a concebirlos como formando parte de un sistema exento de contradicciones. Esto se puede hacer de dos modos. O bien un orden se subordina al otro, esto es, encuentra en él su fundamento de validez, o bien ambos aparecen equiparados, cada uno en su ámbito de validez, lo que implica un tercer orden superior que los deslinda y coordina. La determinación del procedimiento de producción se determina, a su vez, sea de modo directo —la norma más alta determina el procedimiento—, sea de modo indirecto —donde se limita a autorizar al órgano inferior— (delegación)²⁹².

²⁹⁰ Cfr. *RR*¹, p. 135; [*TP*¹, p. 178]. *RR*², p. 328; [*TP*², p. 330].

²⁹¹ Cfr. *RR*¹, p. 135; [*TP*¹, p. 178]. *GT*, p. 373; [*TG*, pp. 443-444]. *RR*², p. 329; [*TP*², p. 331]. Sobre esto volveremos al final.

²⁹² Cfr. *RR*¹, p. 135-138; [*TP*¹, pp. 178-181]. *RR*², pp. 329-330; [*TP*², p. 331-332].

Contra una construcción monista se dice que la independencia entre derecho estatal y derecho internacional se prueba a través de la posibilidad de contradicciones insuperables en los contenidos de ambos órdenes jurídicos. Pero Kelsen considera que este argumento no es válido. Porque al igual que el jurista tiene que prescindir de la Moral cuando ésta se opone al derecho positivo, igualmente tendría que proceder el dualista en caso de contradicción entre el derecho internacional y el derecho del Estado: tendría que limitarse a considerar un orden jurídico solo, quizás el orden jurídico estatal propio (cuya unidad se supone evidente), como el sistema exclusivo de todas las normas jurídicas válidas. Asimismo, tendría que considerar el resto de ordenamientos estatales, además del derecho internacional, en su mera facticidad y no propiamente como derecho. Es, en definitiva, el punto de vista del primitivo, que sólo admite como comunidad jurídica la propia, siendo el resto de personas «“bárbaros” sin Derecho». Es el punto de vista casi siempre inconstante de la teoría dualista, sentencia²⁹³.

Y añade que con este presupuesto, la construcción dualista se ve obligada a recurrir a la ficción para fundamentar la naturaleza jurídica de los otros sistemas normativos que caen fuera del ámbito jurídico estatal propio a través de la *teoría del reconocimiento*: si el derecho internacional ha de ser obligatorio y si los otros Estados han de ser considerados como comunidades jurídicas, tendrán que ser reconocidos por el Estado propio como tales. Esto tiene como consecuencia que el derecho internacional aparece «como una parte constitutiva del orden jurídico estatal propio, libremente acogida, como “Derecho político externo”». En cuanto a los otros Estados, cuya existencia jurídica descansa en el reconocimiento por el propio, «tiene que representarse el orden jurídico del Estado propio como extendido sobre los otros órdenes jurídicos estatales». Aquí «ocurre como si» el orden jurídico estatal propio delegara en los otros Estados, es decir, «en las autoridades jurídico-productoras que aquí entran en consideración, para su respectivo ámbito». Pero con esto queda «restaurada la unidad de la imagen jurídica del mundo, y justamente en virtud de una tendencia inmanente al conocimiento jurídico que se impone aun contra la voluntad de sus portadores». Eso sí, en este caso, la unidad queda restaurada sobre la base de la primacía del orden jurídico estatal propio y no del orden jurídico internacional. En resumen, la teoría dualista, obligada a reconocer la juridicidad de los otros órdenes normativos estatales e internacional, se ve abocada a la «supresión de sí misma por el camino de la teoría del reconocimiento a ella indispensable»²⁹⁴.

²⁹³ Cfr. *RR¹*, pp. 138-139; [*TP¹*, pp. 181-183], *GT*, p. 380; [*TG*, p. 453].

²⁹⁴ *RR¹*, pp. 139-141; [*TP¹*, pp. 183-185].

Una vez más, Kelsen pretende desvelar el trasfondo ideológico que late bajo esta concepción, al afirmar que ésta posee una *intención política oculta*, a saber: el mantenimiento de la idea de la soberanía del Estado, concebido como comunidad jurídica suprema. Se trata de una concepción en la que la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado, de una concepción solipsista «que quiere concebir al individuo singular, es decir, al “yo”, como centro del mundo, y por esa razón a este último sólo como voluntad y representación del “yo”»²⁹⁵.

Para evitar estas consecuencias hay que partir de la idea del *primado del orden jurídico internacional*. Visto desde esta óptica, la presunta contradicción entre el derecho estatal y el derecho internacional se convierte en un caso de conflicto entre norma superior y norma inferior. No hay contradicción lógica. Es un caso análogo al de la sentencia ilegal o al de la ley inconstitucional. Mientras no sea anulada, la norma jurídica estatal que viole el derecho internacional permanecerá siendo válida incluso desde el punto de vista del derecho internacional²⁹⁶. Para Kelsen, la validez conjunta de todos los órdenes jurídicos estatales sólo es posible si éstos son delimitados y coordinados en sus ámbitos de validez por un orden superior, como es el del derecho internacional. De hecho hay una norma de derecho internacional que establece que «un gobierno llegado al poder por la vía de la revolución o del golpe de Estado ha de considerarse legítimo en el sentido del derecho internacional, si está en condiciones de procurar duradera obediencia a las normas por él dictadas». Es el *principio de efectividad*. Éste expresa una delegación por parte del derecho internacional en los órdenes jurídicos estatales²⁹⁷. En virtud de este principio, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos estatales desde el punto de vista espacial y temporal —en *Th^f* añade personal—²⁹⁸. Así, el territorio de un Estado se extiende por dondequiera que el derecho de ese Estado es efectivamente aplicado. En cuanto al ámbito personal de validez, éste también es determinado por el derecho internacional indirectamente, en cuanto que los individuos que se encuentran sobre el territorio del Estado se hallan sometidos, en virtud de este derecho, al derecho nacional de ese Estado. Por último, la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales también es regulada por el derecho internacional, pues el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la

²⁹⁵ *Ibid.*, pp. 141-142 y pp. 185-186, resp.

²⁹⁶ Cfr. *GT*, pp. 371-372; [*TG*, pp. 441-443]. Vid. *supra* sobre la cláusula alternativa tácita y su crítica.

²⁹⁷ Sobre el principio de efectividad, vid. *RR¹*, pp. 147-148; [*TP¹*, pp. 192-193]. *GT*, p. 350 y 367; *TG*, p. 417 y 437. *Th^f*, pp. 180-181; [*TP¹*, pp. 218-220]. *RR²*, p. 336; [*TP²*, p. 338].

²⁹⁸ Cfr. *RR¹*, p. 148; [*TP¹*, p. 193]. *Th^f*, p. 180; [*TP¹*, p. 218].

validez de un orden jurídico estatal y cuándo termina²⁹⁹. Por ejemplo, desde el punto de vista del derecho internacional, la *revolución* y el *golpe de Estado* que sean victoriosos son considerados como hechos creadores de derecho³⁰⁰.

De aquí resulta la siguiente definición de Estado: «orden jurídico parcial inmediato al Derecho de gentes, relativamente centralizado, con ámbito territorial y temporal de validez jurídico-internacionalmente delimitado, y con una pretensión de totalidad respecto del ámbito material de validez sólo restringida por la reserva del derecho internacional»³⁰¹. Dicho de un modo figurado, Kelsen admite que se puede decir que el Estado es una persona jurídica que cumple la función de *órgano* de la comunidad constituida por el derecho internacional, en particular por lo que se refiere a la producción de normas de derecho internacional. Esto tiene especial significado por lo que se refiere a la producción contractual. Quiere decirse que una norma perteneciente a un orden jurídico estatal no puede obligar o facultar a otro Estado. Ni siquiera dos Estados juntos pueden, sin que medie la delegación de un orden superior, producir normas que valgan para el dominio de ambos Estados. Sólo es posible producir normas de derecho internacional desde la perspectiva del derecho internacional, el cual, en efecto, califica el pacto como un método de producción de derecho. Así, desde el punto de vista del derecho internacional, los representantes de los Estados que intervienen forman un órgano de la comunidad de Estados constituida por el derecho internacional general. No son, por tanto, propiamente los Estados singulares los que producen el derecho contractual, sino la comunidad jurídica internacional³⁰².

En este punto, Kelsen se ve obligado a precisar otra vez que la unidad del orden jurídico universal es de orden teórico. No constituye un Estado porque mientras que éste es un orden jurídico centralizado, la comunidad formada por el derecho internacional es totalmente *descentralizada*. En todo caso, la Teoría pura kelseniana también relativiza la figura del Estado al considerarlo nada más que como «un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado»³⁰³.

²⁹⁹ Cfr. *Th*, pp. 180-181; [*TP*], pp. 218-220].

³⁰⁰ Cfr. *GT*, pp. 368-369; [*TG*, pp. 438-439]. *Vid. supra* acerca de la fuerza normativa de los hechos.

³⁰¹ *RR*¹, p. 150; [*TP*], p. 195]. Definición casi idéntica en *Th*, p. 181; [*TP*], p. 220].

³⁰² Cfr. *RR*¹, pp. 150-152; [*TP*], pp. 195-198]. *Th*, p. 181-182; [*TP*], p. 220-221]. En *GT* explica estas ideas a través de varios ejemplos: *GT*, pp. 351-354; [*TG*, pp. 418-422].

³⁰³ *Th*, p. 183; [*TP*], p. 222]. Igualmente, pero de modo algo menos preciso, *RR*¹, p. 153; [*TP*], pp. 198-199].

En virtud de ello, una de las conclusiones más importantes que arroja la Teoría pura del derecho es la *disolución del dogma de la soberanía*, el cual, según Kelsen, es el instrumento principal de la ideología imperialista. Queda así allanado, en su opinión, el camino para un progresivo perfeccionamiento técnico del derecho internacional y elimina el mayor obstáculo para todo intento de centralización progresiva del derecho internacional³⁰⁴.

Antes de terminar consignaremos unas anotaciones críticas sobre la base de unas reflexiones efectuadas por el prof. Hart. Éste no comparte la manera como Kelsen concibe la unidad entre el derecho estatal y el derecho internacional, basada en el principio de efectividad. A este respecto opina que una disposición normativa no es suficiente para articular esta unidad. Observa que también el Reino Unido puede reconocer el derecho de la Unión Soviética y no formar parte del mismo sistema que el derecho de aquel país. Por eso dice que la Teoría pura tiene un «toque de Midas jurídico». Propone no atenerse a lo que una norma *dice*, sino más bien atender a otras cuestiones como la del modo de reconocimiento³⁰⁵.

También critica el argumento de Kelsen según el cual no es lógicamente posible concebir como simultáneamente válidas normas que pertenecen a sistemas independientes entre sí. Los juristas, en opinión de Kelsen, subsumen el orden jurídico internacional y los órdenes jurídicos estatales dentro de la misma categoría de derecho, señalando que por la misma razón «podríamos intentar también deducir de la existencia de la historia de la guerra o de las Ciencias estratégicas que todas las guerras son una o de que todos los Ejércitos son uno»³⁰⁶.

Frente a la afirmación de Kelsen que si derecho estatal y derecho internacional constituyeran diferentes sistemas jurídicos quedaría abierta la puerta para contradicciones insolubles, deviniendo imposible el conocimiento de las normas, opina Hart que no tiene en cuenta la posibilidad de que los distintos sistemas jurídicos adopten un ámbito limitado de validez sin necesidad de que éste les venga impuesto desde fuera. Por otro lado, si en lugar de la imposibilidad lógica de normas en conflicto, adoptamos la idea de que dos normas están en conflicto si la obediencia de ambas es lógicamente imposible, entonces la cuestión de si es o no lógicamente posible su coexistencia dentro del mismo sistema jurídico queda totalmente abierta³⁰⁷.

³⁰⁴ Cfr. *RR*¹, pp. 153-154; [*TP*], pp. 199-200]. *Th*, p. 183-184; [*TP*], p. 223-224].

³⁰⁵ Cfr. H. L. A. HART, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», en *Ethics and Social Justice*, *cit.*, pp. 315 ss.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 322.

³⁰⁷ *Ibid.*, pp. 323 ss. Hart se extiende en el análisis de la imposibilidad lógica de coexistencia de normas en las pp. 327 ss.

Por último, conviene añadir que en *ATN* Kelsen entiende las normas jurídicas como actos de voluntad, lo que es perfectamente posible con la coexistencia de normas contradictorias entre sí³⁰⁸, de modo que este argumento ya no sería válido para sostener la unidad sistemática del derecho estatal y el derecho internacional.

CAPÍTULO III
EL SISTEMA JURÍDICO EN LA TEORÍA
DEL DERECHO DE HART

PEDRO RIVAS

Cualquier intento de explicar la teoría hartiana del sistema jurídico puede parecer un verdadero desatino por varios motivos. El más evidente es que ya ha sido expuesto muchas veces y con toda precisión no sólo lo que Hart sostiene sobre el sistema jurídico, sino la completa teoría jurídica hartiana. Sin ir más lejos, en lengua castellana existen al menos tres libros excelentes procedentes de sendas tesis doctorales, aparecidas en un lapso de doce años, dedicadas de manera monográfica a la obra de Hart¹. Además, la teoría jurídica anglosajona posterior parece focalizarse en un diálogo con las tesis hartianas y con los interlocutores de Hart: en cierto sentido, toda la disputa sobre el denominado positivismo jurídico incluyente tiene mucho de comentario y desarrollo de tales tesis². Incluso hay quien parece considerar que el adjetivo que califica más adecuadamente el positivismo jurídico de las últimas décadas es precisamente el de posthartiano³. Pero, más importante que esta abundancia bibliográfica es el hecho de que la obra principal de Hart (*The Concept of Law*) tiene un estilo y una configuración que hace que sea mejor leerlo que explicarlo. En efecto, ese libro está pensado simultáneamente para estudiantes y para especialistas y tie-

¹ Me refiero a J. R. DE PÁRAMO, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; J. A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989; y C. ORREGO, *H. L. A. Hart, abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1997.

² Cfr. por todos el completísimo *status questionis* contenido en J. B. ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

³ Cfr. A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Una introduzione critica*, Torino, Giappichelli, 2004.