



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El problema de la validez en H. Kelsen

Presentado por:

Alicia Gómez García

Tutelado por:

Enrique Marcano Buenaga

Valladolid, septiembre de 2020

Resumen:

El problema de la validez del Derecho es uno de los principales debates abiertos en la Filosofía del Derecho contemporánea. El presente Trabajo tiene por objeto presentar el planteamiento que de dicha cuestión realiza el filósofo austriaco Hans Kelsen, al abordar el asunto de forma rigurosa, honesta y novedosa a través de su llave maestra: la *norma fundamental*.

Si bien la propuesta de Kelsen no logra responder satisfactoriamente al problema de la validez, distando mucho este problema, en la actualidad, de ser convenientemente resuelto, no es menos cierto que su pensamiento no deja a nadie indiferente. Estimamos que un buen entendimiento de la propuesta de Kelsen es clave para comprender adecuadamente la teoría general del Derecho contemporánea, la cual toma, a nuestro parecer, a Kelsen como referente ineludible.

Palabras clave: validez, eficacia, *norma fundamental*, norma jurídica, sistema normativo estático, sistema normativo dinámico, positivismo jurídico, Ciencia jurídica, kantianismo, ficcionalismo.

Abstract:

The problem with the validity of Law is one of the main opened debates in the contemporary Philosophy of Law. The present essay aims to present the accurate, honest and original approach that the Austrian philosopher, Hans Kelsen, develops when dealing with this subject by means of his “master key”: the *fundamental norm*.

In spite of the fact that Kelsen’s proposal does not reach to answer the problem of validity satisfactorily, considering that, nowadays, this problem remains far away from being solved, it is nonetheless true that his thinking does not leave anyone indifferent. We believe that a good understanding of Kelsen’s

proposal is of crucial importance to understand the contemporary general theory of Law adequately, which, we think, considers Kelsen as an unavoidable guide.

Key words: validity, efficacy, *fundamental norm*, legal norm, normative static system, normative dynamic system, legal positivism, legal science, kantianism, fictionalism.

Resumé:

Le problème de la validité du Droit est une des principaux débats ouverts dans la Philosophie du Droit contemporaine. L'essai présent vise à montrer l'approche que le philosophe autrichien Hans Kelsen dépouille sur cette question, en abordant le sujet d'une manière rigoureuse, honnête, et innovante à travers de son sésame: la *norme fondamentale*.

Bien que la proposition de Kelsen ne parvienne pas à répondre de manière satisfaisante au problème de la validité, étant ce problème fort éloigné au présent d'être résolu convenablement, il n'en reste pas moins évident que sa pensée ne laisse personne indifférente. On considère qu'une bonne compréhension de la proposition de Kelsen est clé pour bien comprendre la théorie du Droit contemporaine, qui, selon nous, désigne Kelsen comme son modèle incontournable.

Mots clé: validité, efficacité, *norme fondamentale*, norme légale, system statique réglementaire, system dynamique réglementaire, positivisme juridique, science juridique, kantianisme, fictionnelisme.

EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ EN H. KELSEN

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
1.1. INTRODUCCIÓN A KELSEN	6
1.2. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA DE LA VALIDEZ EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	11
1.2.1. Posturas doctrinales en torno al problema de la validez	12
1.2.2. Importancia de abordar el problema de la validez	15
2. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ EN H. KELSEN	16
2.1. EL CONCEPTO DE VALIDEZ EN H. KELSEN	16
2.1.1. Eficacia y validez	16
2.1.2. Precedentes inmediatos y surgimiento de la idea de la norma fundamental	18
2.1.3. Sistemas normativos dinámicos vs. Sistemas normativos estáticos	21
2.2. FUNCIONES DE LA NORMA FUNDAMENTAL	22
2.2.1. Unidad de objeto	22
2.2.2. Depuración perfecta de la ciencia jurídica	23
2.2.3. Resolución de las antinomias	23
2.2.4. Juridificación de las fuentes del Derecho	23
2.2.5. Fundamentación de la obligatoriedad del Derecho	24
2.2.6. Fundamentación de la validez jurídica	25
2.3. NATURALEZA DE LA NORMA FUNDAMENTAL	28
2.3.1. La norma fundamental como norma jurídica formal	28
2.3.2. La norma fundamental es una norma presupuesta	30

3. CRÍTICAS Y REVISIÓN DEL PROBLEMA DE LA VALIDEZ EN H. KELSEN	35
3.1. SOBRE SI LA GRUNDNORM PUEDE CONSTITUIR UNA CONDICIÓN LÓGICO-TRASCENDENTAL	35
3.2. SOBRE LA POSIBILIDAD DE CONFIGURAR LA NORMA FUNDAMENTAL COMO UNA FICCIÓN Y LA APLICACIÓN SIMULTÁNEA DE LA FILOSOFÍA KANTIANA Y LA FILOSOFÍA DEL “ALS OB” DE VAHINGER	36
3.3. SOBRE LA NORMA FUNDAMENTAL COMO FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DEL DERECHO	37
3.4. SOBRE LA CONFIGURACIÓN SISTEMÁTICA DEL SISTEMA JURÍDICO BASADA EN LA NORMA FUNDAMENTAL	41
4. CONCLUSIONES	48
5. BIBLIOGRAFÍA	50

1. INTRODUCCIÓN

La discusión en torno a la validez del Derecho ha sido un tema constante en la Filosofía jurídica contemporánea, pero, sobre todo, desde la irrupción de Kelsen en el panorama intelectual a comienzos del siglo XX. No obstante, el problema de la validez, hoy en día, dista mucho de ser resuelto de manera definitiva.

La influencia de Hans Kelsen sobre este extremo es de gran relevancia, pues este autor ha jugado un papel fundamental en el positivismo jurídico contemporáneo: su *Teoría pura del Derecho* pretende dar solución a las exigencias de la Ciencia jurídica decimonónica, intentando construir una auténtica Ciencia del Derecho dotada de sistematicidad, coherencia, rigurosidad y precisión.

El objetivo del presente Trabajo no es otro que el de analizar y revisar críticamente el planteamiento que de este problema realiza uno de los juristas que más ha influenciado el pensamiento jurídico actual, Hans Kelsen. En palabras de Albert Calsamiglia “hoy se puede afirmar que la teoría general del derecho contemporánea nace con Kelsen y que él es todavía un punto de referencia inexcusable. Sobre la obra kelseniana se ha construido la teoría descriptiva del derecho actual”¹.

1.1. INTRODUCCIÓN A KELSEN

- Vida de Kelsen

Hans Kelsen (11 de octubre de 1881, Praga, Imperio austrohúngaro – 19 de abril de 1973, Berkeley, Estados Unidos), autor de la *Teoría pura del Derecho*, fue un jurista a quien las circunstancias de la época en que vivió marcaron su vida y su obra profundamente.

Su obra se divide en dos etapas intelectuales separadas por el ascenso del nazismo y la publicación de su primera edición de la *Teoría pura del Derecho*

¹ Albert CALSAMIGLIA: *En defensa de Hans Kelsen*, “Working Paper” n. 129 (1997), Barcelona, p. 2.

en 1934², es en esta época (época intelectualmente brillante y enriquecedora para la sociedad vienesa) en la que Kelsen se ve influenciado por diferentes corrientes intelectuales y en la que van gestándose sus ideas y convicciones. Kelsen se ve envuelto en el periodo del *Ausgleich*, entre las monarquías austriaca y húngara, en una época de guerra, luchas de lenguas y de naciones. Así, con el comienzo de la Primera Guerra Mundial, el Imperio austrohúngaro termina de dividirse, y en 1919 nace Austria como república. Durante esta etapa, Kelsen, a pesar de no pertenecer al partido socialista, colabora como consejero jurídico de los socialdemócratas austriacos. En estos momentos, Kelsen compagina su actividad intelectual con la redacción de la Constitución austriaca³.

En 1930 acepta una cátedra en la Universidad de Colonia, en un momento en que el nacionalsocialismo ya comienza a mostrar su hegemonía en el ámbito social e institucional. Kelsen, judío y socialista (a pesar de no militar en el partido) es expulsado de la Universidad de Colonia en 1933.

Kelsen emigra a Checoslovaquia y a Suiza, pero finalmente opta por refugiarse en Estados Unidos, donde es docente primero en Harvard y luego en Berkeley, lugar en el que reside hasta su fallecimiento. En palabras de Kelsen en una carta al director del *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales* de Ginebra, desde 1933 “vivía bajo la constante presión de una pesadilla que Usted, querido Señor Rappard, bien puede comprender”⁴, motivo por el cual el jurista austriaco decide refugiarse en América.

No obstante, una vez en EE. UU. y con la posibilidad de retornar a Europa, Kelsen decide quedarse allí hasta el final de sus días. De hecho, su segunda edición de la *Teoría pura del Derecho* ve allí la luz en 1960. En 1965, a punto de cumplir 85 años, Kelsen dedica su tiempo en Berkeley a escribir la última de sus

² Cuando aparece la primera edición de la *Teoría pura del Derecho*.

³ Valga señalar que es Kelsen quien introduce la figura del Tribunal Constitucional, encargado de anular los actos inconstitucionales. Es decir, que Kelsen no sólo es un filósofo importante en el plano teórico, sino que su pensamiento tiene unas repercusiones prácticas innegables, que aún en el día de hoy influyen de forma directa nuestra vida cotidiana.

⁴ Hans Kelsen a William E. Rappard, 5 de junio de 1940, citado en N. BERSIER LADAVAC, *Hans Kelsen á Genève 1933-1940*, Thémis, Genève, 1996, p. 23.

grandes obras: la *Teoría General de las normas*, la cual, no obstante, no tiene tiempo de terminar.

Teniendo en cuenta la inspiración neokantiana de Kelsen y este contexto político tan convulso en que vive, no debe extrañarnos que Kelsen quiera impulsar semejante “pureza” metodológica, con la finalidad de que la investigación científica no esté influida por la Moral, la Política y al servicio de ciertas ideologías de tinte dictatorial.

- Las deudas filosóficas de Hans Kelsen

Kelsen, gran exponente del Normativismo o Positivismo exclusivo (rama del Positivismo jurídico), reconoce en sus obras la influencia en su pensamiento de autores como Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband o Georg Jellinek en su teoría del Estado positivo en la que no hay lugar a consideración extrajurídica alguna⁵. Especial consideración tiene Kelsen para con Jellinek, hasta el punto de que el propio austriaco nos dice que Jellinek “ha sintetizado de modo perfecto y magistral la teoría del estado de la última centuria; en la mayoría de los casos sus concepciones representan lo que podríamos llamar el patrimonio científico del universitario medio”⁶.

Kelsen abraza el cientifismo y el neokantismo, por lo que construye un método basado en el dualismo entre “ser” y “deber ser”; donde no cabe que un “deber ser” pueda derivarse del “ser”⁷.

Pero, al igual que Kelsen se ve muy influenciado por lo aprendido en sus primeros años en la sociedad vienesa intelectual de la época, tales ideas en esos círculos expuestas quedan lejos de satisfacer sus anhelos intelectuales. Para él, el cientifismo decimonónico no da respuesta a las necesidades que requiere la

⁵ Albert CALSAMIGLIA, *op. cit.*, p. 6.

⁶ Hans KELSEN: *Teoría General del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, p. 9 Citado por Albert CALSAMIGLIA: *En defensa de Hans Kelsen*, “Working Paper” n.129 (1997), Barcelona, p. 7.

⁷ Gustav RADBRUCH: *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1ª edición en español, 11ª reimp.; trad. Wenceslao Roces), México, Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 24.

construcción de una Ciencia jurídica, la cual debe ser dotada de rigor, objetividad e independencia política⁸.

En lo que se refiere al desarrollo del problema de la validez en la obra de Hans Kelsen, las corrientes y autores en los que el austriaco se apoya, y que en este apartado introductorio voy a tratar brevemente⁹, son diversos:

- Relativismo

Kelsen es relativista, por lo que para él cualquier valor es relativo debido al carácter arbitrario de la voluntad del ser humano. No existen valores con una existencia objetiva. En otras palabras, las normas sólo sirven para determinadas sociedades incardinadas en determinadas épocas históricas. Por consiguiente, no puede decirse que determinados valores morales o éticos sean mejores o más justos que otros¹⁰.

- Vaihinger y la teoría del *Als Ob*¹¹

Kelsen reconoce de forma explícita que encuadra su *Grundnorm* en la Filosofía del *Als Ob* de Vaihinger. Más adelante estudiaremos cómo la *norma fundamental* pasa de ser en el pensamiento de Kelsen una hipótesis a ser una ficción. En este sentido, la *Grundnorm* es concebida como una ficción conforme a la Filosofía del *Als Ob*: la *norma fundamental* no existe, no es real, sino que es una ficción; es decir, una herramienta de la que se vale el pensamiento para poder alcanzar un determinado propósito.

- Merkl

⁸ Albert CALSAMIGLIA, *op. cit.*, p. 7.

⁹ La explicación de la influencia de estos autores y corrientes en la obra de Kelsen está desarrollada a lo largo del presente Trabajo.

¹⁰ José DELGADO PINTO: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, CEPC, 2006, p.125

¹¹ “Como si”

Merkl es participante de la Escuela de Viena. Kelsen acepta las tesis de Merkl e incluso incorpora a su pensamiento la teoría de la construcción jerárquica del Derecho de Merkl desde un punto de vista dinámico¹².

- Estructuralismo

No han sido pocos los autores que sostienen que la idea del Derecho entendido como un sistema dinámico de normas debe ser situada en la línea del estructuralismo¹³, entre otros, Bobbio o Legaz¹⁴.

- Voluntarismo

Kelsen ante todo es positivista y, desde el inicio de su biografía intelectual, en él existe ese anhelo por crear una auténtica Ciencia del Derecho cuyo objeto (el Derecho) esté exento de contradicciones. Sin embargo, Kelsen termina por abrazar los postulados del voluntarismo, lo cual no le deja otra salida que la de aceptar que pueden darse contradicciones entre normas¹⁵. Ahora bien, trataremos también las dificultades con las que Kelsen se encuentra en esta última etapa de su vida para casar el principio epistemológico de que el objeto de la Ciencia debe constituir una unidad, con el positivismo voluntarista que le obliga a tener que admitir que pueden darse contradicciones entre normas jurídicas¹⁶.

- **Ideología de Kelsen**

¹² Patricia CUENCA GÓMEZ: *Aspectos clave de la teoría del Derecho de Adolf J. Merkl*, "Revista Telemática de Filosofía del Derecho" n. 17 (2014), pp. 167-168.

¹³ Jean PIAGET: *El estructuralismo* (1ª ed., 1ª reimp. julio 1999; trad. Publicaciones Cruz O., S.A., con la colaboración de Claudia A. Loeffler Berg), México D.F., Publicaciones Cruz O., S.A., 1999, p. 91.

¹⁴ José DELGADO PINTO, *op. cit.*, p.116.

¹⁵ En concreto, lo que terminará por sostener es que pueden existir contradicciones entre normas, pero no entre los enunciados que conforman la Ciencia del Derecho, los cuáles simplemente se limitan a dar cuenta de la existencia de dichos conflictos.

¹⁶ José DELGADO PINTO, *op. cit.*, p.143-144.

Por lo que a su ideología se refiere, Kelsen es un pensador liberal con inclinaciones socialdemócratas (como ya explicamos previamente, colabora con este partido en la construcción de la nueva República austriaca). Pero Kelsen siempre se conserva fiel al Positivismo, pues ante todo esta corriente doctrinal también constituye una ideología. Para él, más importante que sus inclinaciones individuales por la socialdemocracia, lo es su independencia política. Kelsen, como buen normativista que es, niega cualquier dimensión objetiva y racional de los valores: no efectúa evaluaciones morales; para él hay una necesidad lógica de construir un sistema basado en una jerarquía de normas, que además exige la creación del concepto de validez formal. Es decir, que para el jurista austriaco no está justificado hablar de la justicia o injusticia de las leyes, sino que lo único que se puede poner en cuestión es su carácter válido o no válido.

Kelsen ha sido frecuentemente criticado bajo la concepción de que su pensamiento doctrinal sirve para justificar las atrocidades perpetradas por regímenes totalitarios como, por ejemplo, el de la Alemania del nacionalsocialismo. Por mi parte, y sirva esto sólo como humilde aportación personal, estas durísimas críticas hacia su pensamiento son injustificadas. No debemos olvidar que Kelsen es judío y que, además, en lo personal se inclina por la ideología socialdemócrata. Muy al contrario, opino que lo único que pretende Kelsen con su pensamiento es que el trabajo científico no quede desvirtuado por el pensamiento político, moral, y mucho menos al servicio de regímenes autoritarios que, como el de la Alemania nazi, obligaron a Kelsen a abandonar su hogar y a refugiarse en los EE. UU.

1.2. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA DE LA VALIDEZ EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Tal y como expusimos en el apartado introductorio del presente Trabajo, el problema de la validez del Derecho es persistente en la Filosofía jurídica contemporánea y, especialmente desde la obra de Kelsen, la cual consigue situar la cuestión en el centro del debate filosófico de la época.

Ahora bien, se trata de una cuestión que, lejos de haber sido convenientemente resuelta, se presenta como sumamente problemática; ello se

debe fundamentalmente a dos causas: 1. A que las propuestas de las diferentes corrientes filosóficas divergen profundamente, y 2. A que tales propuestas parten de lugares diferentes al plantear la problemática sobre la validez¹⁷.

1.2.1. Posturas doctrinales en torno al problema de la validez

Para poder luego analizar con detalle la postura de Kelsen ante el problema de la validez, nos parece conveniente presentar brevemente las distintas posturas doctrinales, a fin de adoptar una perspectiva más global de la cuestión y dejar meridianamente claro en cuál de las diversas líneas de pensamiento se encuadra el jurista austriaco.

El problema se abre ya al tratar de dar un sentido a la expresión *validez del Derecho*, pues se trata de una expresión equívoca, utilizada con distintos significados por las diferentes corrientes filosóficas. Así, podríamos resumir que existen tres: 1. Autores que entienden validez como sinónimo de obligatoriedad o vinculatoriedad; 2. Autores para los que validez significa existencia; y 3. Autores que entienden la validez como un predicado de proposiciones jurídicas¹⁸.

Aquellos que conciben la validez del derecho como obligatoriedad se enfrentan al problema de justificar dicha fuerza obligatoria. Esta forma de entender la validez del Derecho habría sido la de los filósofos escolásticos (aun cuando no utilizaran de forma expresa el término “validez”), quienes se planteaban qué requisitos habían de concurrir en las normas para que tuvieran fuerza suficiente para condicionar el comportamiento humano a actuar de una determinada manera. También fue ésta la forma de entender la validez (al menos mayoritariamente) en el positivismo del siglo XIX. Es decir, estos autores conciben la norma jurídica como una regla que indica “cómo se debe actuar” y no como una regla descriptiva de cómo se actúa normalmente. Para estos juristas, que parten de la distinción entre normas autónomas (normas morales) y normas heterónomas (las normas jurídicas), se plantea el problema de justificar

¹⁷ *Ibid.*, p. 193.

¹⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 194- 224.

la obligatoriedad de aquellas normas que son heterónomas para sus sujetos destinatarios (es decir, normas que provienen de una fuente distinta al propio sujeto)¹⁹. Estas doctrinas parten de una tajante separación entre Derecho y Moral; en otras palabras, la validez del Derecho no puede derivar de ninguna Moral. En este grupo se incluyen autores como R. Laun, H. Welzel, Díez Alegría, Fueyo o Legaz²⁰.

En un segundo grupo tenemos a aquellos que vienen a entender la validez del Derecho como la existencia misma de éste en la sociedad. Decir que el Derecho es válido es decir que dicho Derecho actúa como tal Derecho en la sociedad. Dentro de esta concepción de la validez vuelven a distinguirse otras dos corrientes: 1. Aquélla para la cual la validez del Derecho no puede ser vista como el hecho sociológico de cómo se comportan las personas de una determinada comunidad, es decir, que la existencia del Derecho (la validez) no se encuentra en los datos empíricos, sino que la validez encuentra su fundamento en un “deber ser”; 2. Aquélla que soluciona el problema de la validez sobre los datos empíricos de cómo se comportan los miembros de la sociedad; es decir, que para ellos decir que el Derecho es válido es lo mismo que decir que hay correspondencia entre la conducta que la norma indica como debida y el comportamiento de las personas que conforman dicha sociedad. Representante de esta segunda corriente específica es Alf Ross²¹.

Kelsen se enmarca en la primera corriente, y entiende la existencia (específica) de normas del “deber ser” (*Sollen*) del Derecho como sinónimo de validez. Dicha forma particular de existencia se contrapone a la existencia de los hechos que acaecen en la naturaleza (*Sein*). Por ello, a diferencia de lo que se sostiene en la segunda corriente que antes se mencionó, la validez ni es eficacia ni se fundamenta en ella, aunque, como estudiaremos más adelante, la eficacia es una condición *sine qua non* de la validez del Derecho en el pensamiento

¹⁹ Michael J. SANDEL: *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?* (1ª ed., 2ª reimp.; trad. Juan Pedro Campos Gómez), Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, S.A.U., 2016, p. 127.

²⁰ José DELGADO PINTO, *op. cit.*, pp. 194-198.

²¹ *Ibid.*, p. 204.

kelseniano. No obstante, conviene ir ya anotando en estas páginas que no existe en Kelsen una caracterización precisa de lo que es la validez²². Es verdad que para Kelsen que una norma sea válida significa que tiene una fuerza vinculante, que aquello que establece *debe ser* hecho, que crea un deber jurídico, pero Kelsen no termina de dejar claro qué debemos entender por deber jurídico. El jurista austriaco nos indica cuáles son los requisitos para que un sujeto quede obligado a una determinada conducta, y también nos explica que el contenido del deber consiste en llevar a cabo la conducta; pero no va más allá de estas consideraciones. No obstante, del estudio de su obra es posible extraer la siguiente reflexión: el que alguien tenga un deber jurídico quiere decir que, si el sujeto no efectúa la conducta, sufrirá una sanción²³. En la misma línea de Kelsen, autores como Delgado Pinto también incluyen a juristas como G.Husserl o H.L.A. Hart²⁴.

Para finalizar, hay que indicar que existe un tercer grupo de autores que entienden la validez, en palabras de Delgado Pinto, como “un predicado de proposiciones jurídicas, cuyo sentido se trata de fijar de forma clara y unívoca”. Representante de esta corriente es Eduardo García Máynez²⁵.

Ahora bien, tampoco faltan las teorías eclécticas que tratan de conciliar todas estas posturas filosóficas. Aquí, en concreto, nos referiremos a la teoría tridimensional del jurista brasileño Miguel Reale, la cual, si bien no da tampoco una solución satisfactoria al problema de la validez, sí que nos es útil para entender que de una manera u otra, cuando se utiliza el término “validez”, se hace para referirse, bien a la validez sociológica (es decir, validez como eficacia del Derecho), bien a la validez formal (una norma es válida cuando ha emanado de la autoridad competente y se ha seguido en su creación el procedimiento previsto en una norma superior para su formulación), bien a la validez axiológica (una norma es válida si trata de realizar unos valores, como la justicia). Para la

²² Jesús CASTILLO VEGAS: *Apuntes de Teoría del Derecho*, Valladolid, Curso Académico 2016-2017.

²³ José DELGADO PINTO, *op. cit.*, pp. 180-181.

²⁴ Cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, pág. 100.

²⁵ José DELGADO PINTO, *op. cit.*, pp. 209-210.

teoría de Miguel Reale, adoptar un único significado de validez es un error, pues, dependiendo del caso, supone reducir validez a eficacia, a vigencia y existencia formal del ordenamiento, o a justicia²⁶.

1.2.2.Importancia de abordar el problema de la validez

Antes de introducirnos con detalle en el problema de la validez en Kelsen, nos gustaría poner de relieve un fragmento que escribe Delgado Pinto en sus Estudios de Filosofía del Derecho cuando nos dice acerca del problema de la validez lo siguiente:

“no es en absoluto un problema exclusivo de los filósofos del derecho. Por el contrario, la problemática a que se refiere se plantea originariamente en el plano de la praxis jurídica cotidiana y, por tanto, son el jurista y el expositor del derecho positivo quienes primeramente se enfrentan con ella y tratan de solucionarla. En efecto, se trata de las cuestiones relativas al modo de surgir y constituirse el derecho en cada sociedad: su entrar en vigor, la virtualidad que despliega mientras permanece existiendo en el horizonte sociohistórico, las formas o maneras como pierde esa su existencia histórico-social (...). Es evidente que tanto el jurista práctico como el tratadista del derecho positivo han de ocuparse necesariamente con estos problemas y han de encontrarles una solución con arreglo a determinados criterios (...)”²⁷.

A mi juicio, resulta de suma importancia dejar plasmadas estas palabras en este trabajo, pues son significativas al resumir en pocas palabras que el trabajo inagotable de tantos juristas y filósofos del Derecho no es en vano, y que tiene, a parte del inconmensurable valor que para estos estudiosos tiene su trabajo, una utilidad práctica innegable.

²⁶ Jesús CASTILLO VEGAS: *Apuntes de Teoría del Derecho*, Valladolid, Curso Académico 2016-2017.

²⁷ José DELGADO PINTO, *op. cit.*, pp. 234-235.

2. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ EN H. KELSEN

2.1. EL CONCEPTO DE VALIDEZ EN H. KELSEN

2.1.1. Eficacia y validez

Kelsen parte de que su teoría de la validez está a mitad de camino entre dos tesis opuestas: aquella que sostiene que validez y eficacia no tienen nada que ver, y aquella otra que argumenta que validez y eficacia se identifican²⁸. Cabe, llegados a este punto, que el lector del presente Trabajo se pregunte el motivo por el cual es importante el concepto de la eficacia. Pues bien, si bien sabemos que Kelsen es en sus orígenes un normativista formalista, su huida de Europa (es decir, del régimen nacionalsocialista) a los Estados Unidos le pone en contacto con el realismo americano, lo cual provoca que su teoría sea “más próxima a la realidad”. Para nuestro jurista austriaco, la eficacia es condición *sine qua non* de la validez, pero en ningún caso puede ser fundamento de la misma, pues un “deber ser” no puede derivar de un “ser”²⁹. Consecuentemente, la validez de una norma siempre tiene que derivar de otra norma superior, y la validez de esta última se deriva de otra superior a ella, y así sucesivamente hasta llegar a la última norma positiva, la cual ya no podría encontrar el fundamento de su validez en una norma superior. Por ello, para evitar que todo el orden jurídico se quede sin un fundamento de su validez, Kelsen presupone una norma, la *norma fundamental* (o *Grundnorm*), la cual tiene la función de fundamentar la última norma positiva³⁰. La *Grundnorm* sirve de base a esa “pirámide” de la validez, y dicha *norma fundamental*, sólo puede ser presupuesta sobre normas socialmente eficaces. Esta idea es importante, porque permite diferenciar la orden de una banda organizada de ladrones de una norma jurídica. Kelsen dice que la diferencia entre un Estado y una banda organizada de ladrones está en

²⁸ Jesús CASTILLO VEGAS: *Apuntes de Teoría del Derecho*, Valladolid, Curso Académico 2016-2017.

²⁹ G. RADBRUCH: *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1ª edición en español, 11ª reimp.; trad. Wenceslao Roces), México, Fondo de Cultura Económica, 1951, p.24.

³⁰ José Antonio RAMOS PASCUA: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989, p.37.

que sólo el Estado presupone una *norma fundamental*. La *norma fundamental* se presupone cuando la población acepta como Derecho lo que decide la autoridad competente (ej., el Rey, el Parlamento) y existe una vigencia espacial y temporal del sistema jurídico en cuestión. Estos requisitos no se dan en el caso de la banda de ladrones porque sus órdenes no gozan de eficacia de forma duradera y permanente en un territorio determinado. Esto quiere decir que, si la banda de ladrones, por el contrario, consigue el control efectivo de un territorio e impone de forma duradera su sistema de normas, será posible presuponer la norma fundamental³¹.

Aunque no siempre hace uso de la *norma fundamental* como último fundamento de la validez jurídica, y ni siquiera aparece dicho elemento en la primera edición de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*³², la cual es sin duda su primera gran obra. El concepto de la *norma fundamental* aparece por primera vez en 1914, con la publicación de su artículo *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung*. En esta obra la función de la *Grundnorm* se reduce a servir de elemento que garantiza la unidad del Derecho; es decir, en esta obra no es utilizada aún como fundamento último de la validez³³.

Este es uno de los motivos por los cuales Kelsen introduce este elemento tan extravagante así de primeras. Hay que poner de relieve que la obra de Kelsen se extiende durante un largo periodo de tiempo. Así las cosas, el concepto de la *Grundnorm* aparece en 1914 y, por tanto, a lo largo de la obra kelseniana sufre sustanciales modificaciones. Por ello, en este trabajo explicaremos la evolución que del concepto hace Kelsen, pero nos detendremos sobre todo en la idea más desarrollada de la *Grundnorm*, así como en la revisión crítica que gira en torno a la conflictiva relación entre eficacia y validez en la obra de Kelsen.

³¹ Jesús CASTILLO VEGAS: *Apuntes de Teoría del Derecho*, Universidad de Valladolid, Curso Académico 2016-2017.

³² José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 39.

³³ *Ibid.*, pp. 39-40.

2.1.2. Precedentes inmediatos y surgimiento de la idea de la *norma fundamental*

Antes de continuar con la exposición, se hace preceptivo hacer referencia a los precedentes inmediatos en los que Kelsen se inspira para la introducción de su *norma fundamental*, pues no se trata de una producción del todo novedosa. El propio Kelsen reconoce abiertamente la influencia tanto de W. Jellinek como de los iuspublicistas alemanes del siglo XIX en su elaboración de la *Grundnorm*. En su obra *Allgemeine Staatslehre*, el austriaco nos dice que para él esos iuspublicistas tenían una idea de la Constitución más de tipo lógico-jurídica que jurídico-positiva (aunque no hicieran dichos autores explícitamente esta diferencia). Y es que, en efecto, la *norma fundamental* no es una norma jurídica positiva en el sentido de que no es posible que haya sido producida según el procedimiento previsto en una norma jurídica superior a ella. Además, en su artículo *Rechtswissenschaft oder Rechts-theologie?*, Kelsen reconoce que, con anterioridad a su obra, Jellinek ya hablaba de una “proposición suprema de todo orden jurídico”, cuyo tenor reza que, si en una sociedad existe una autoridad suprema, lo que ordene debe obedecerse, motivo por el cual Kelsen no acepta asumir la invención y la originalidad de la *Grundnorm*³⁴.

Una vez nacida en su teoría la *norma fundamental*, Kelsen reconoce también la influencia de la obra de A. Verdross en la maduración de este nuevo y extravagante elemento. Para el jurista austriaco, la *norma fundamental* es una hipótesis del Derecho positivo análoga y paralela a aquéllas de las Ciencias de la Naturaleza³⁵. Ahora bien, hay que puntualizar (aunque el propio Kelsen incluso a veces se refiere explícitamente a la *norma fundamental* como hipotética) que él no concibe su *norma fundamental* como una auténtica hipótesis por no ser susceptible de comprobación empírica. Esta cuestión será desarrollada más adelante, en el apartado dedicado a la naturaleza de la *Grundnorm*.

Como ya tuvimos oportunidad de mencionar en el apartado introductorio del Trabajo, Kelsen encuentra inspiración en el neokantismo y en el empirismo

³⁴ *Ibid.*, p.39.

³⁵ *Ibid.*, pp. 40-41.

lógico. Para Kant el conocimiento construye su objeto, y lo que diferencia a una Ciencia de otra es su objeto. Por tanto, y así lo comparte Kelsen también, para construir una Ciencia del Derecho es necesario que la misma cuente con un objeto autónomo. En el caso de la Ciencia del Derecho, su objeto autónomo y concreto lo constituye el Derecho³⁶. Y para poder construir una Ciencia, es necesario depurarla de cualquier valoración subjetiva y relativa, pues de tales valoraciones no se puede decir que sean verdaderas o falsas (no son proposiciones)³⁷ y, consecuentemente, no son susceptibles de ser tratadas científicamente. Para ello, Kelsen se propone “purificar” el Derecho (es decir, el objeto de esa Ciencia jurídica) en un doble sentido: por una parte, depurándolo de todo tipo de juicios valorativos (éticos, políticos, morales...) y, por otra, depurándolo frente a la intrusión de otras ciencias (ej., la Sociología). La obsesión de Kelsen por este segundo tipo de depuración tiene que ver con su tradición sobre la distinción entre los hechos de la naturaleza (pertenecientes al reino del *Sein*, del “ser”) y las normas (pertenecientes al mundo del *Sollen*, del “deber-ser”). Ambos tipos de ciencias describen, pero mientras las ciencias de la naturaleza se rigen por el principio de causalidad (“si es A, será B”), la Ciencia del Derecho se rige por el principio de imputabilidad (“si es A, debe ser B”)³⁸.

Pero la completa purificación no puede ser conseguida por Kelsen sin hacer uso de la *Grundnorm*, ya que este elemento permite fundamentar la validez del Derecho sin tener que acudir a elementos extrajurídicos. En palabras de Recaséns, “la *norma fundamental* es el principio ideal que reduce a unidad absoluta todos los elementos jurídicos y que, por tanto, crea, posibilita, condiciona o explica el objeto de conocimiento, es decir, el Derecho”³⁹.

La *Grundnorm* también le sirve a Kelsen para presentar al Derecho como un todo único, armonizado y sin contradicciones. Ya en 1928 explica Kelsen que

³⁶ Michel TROPER: *La Filosofía del Derecho* (1ª ed., 2ª reimp.; trad. Mª Teresa García-Berrio Hernández), Tecnos, Madrid, 2004, pp. 53 y ss.

³⁷ *Ibid*, p. 47

³⁸ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p.36.

³⁹ Luis RECASÉNS SICHES: *Panorámica del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, p. 19.

la *norma fundamental* incorpora los principios lógico-interpretativos, que son los instrumentos que posibilitan la solución de las antinomias y las aparentes contradicciones que puedan darse entre las normas jurídicas. El jurista austriaco argumenta que tales principios se incorporan en la *norma fundamental* por tratarse de presupuestos del conocimiento jurídico. No obstante, podemos ver que deja de hacer referencia a ésta última idea en sus posteriores obras, aunque continúa diciendo que la *norma fundamental* resuelve las antinomias en aquellos casos en que no existe otro recurso y que, por tanto, en palabras de Ramos Pascua, “se acude a ella para dotar de validez a las normas emanadas irregularmente (no acomodadas al procedimiento prescrito por la norma superior) que han llegado a ser efectivas”⁴⁰.

En definitiva, el recurso a la *Grundnorm* sirve a Kelsen para dar respuesta a numerosos problemas. Así, el Derecho se convierte en un uno independiente, autónomo y coherente, constituyéndose como objeto perfectamente delimitado de la Ciencia del Derecho.

Como ya se mencionó en el apartado introductorio dedicado a la vida de Kelsen, este jurista vivió una época políticamente convulsa. En el artículo ya citado de 1914 (en el que aparece por primera vez la *norma fundamental*), se debatía cuál podía ser la solución en la Constitución austriaca por la convivencia en un mismo Estado de leyes imperiales (*Reichsgesetz*) y leyes de cada país (*Landesgesetz*). Para Kelsen, este problema de identidad del Estado austríaco sólo podía solucionarse, en palabras de Ramos Pascua “mediante una norma supuesta como superior a la ley imperial como a las de los varios países, que las unificara en un solo sistema jurídico”⁴¹. Es éste un claro ejemplo práctico de cómo la *norma fundamental* consigue la unidad del Derecho.

En conclusión, el surgimiento de la idea de la *norma fundamental* se debe al deseo de Kelsen de dar respuesta a las necesidades que el cientifismo decimonónico no supo satisfacer. En otras palabras, la norma fundamental surge para posibilitar la construcción de una auténtica Ciencia jurídica y para fundamentar la validez del Derecho.

⁴⁰ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 38.

⁴¹ *Ibid*, p. 41.

2.1.3. Sistemas normativos dinámicos vs. Sistemas normativos estáticos

Kelsen concibe el Derecho como un sistema normativo dinámico, frente a otros sistemas como la Moral, que serían sistemas estáticos. En un *sistema estático*, la *validez* de las normas viene determinada por su *contenido*, y como la validez de una norma encuentra fundamento en una norma superior, para valer, el contenido de la norma posterior tiene que ser acorde al contenido (más general) de la norma anterior⁴².

Por el contrario, en los *sistemas dinámicos*, como el Derecho, el contenido de las normas no es relevante para determinar su *validez*, sino que la norma será válida si ha sido *creada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento establecido por una norma superior*, y, en última instancia, por lo dispuesto en la *norma fundamental*. Consecuentemente, la *Grundnorm* tiene un carácter formal-dinámico, en tanto en cuanto es la norma que establece las reglas para crear el resto de las normas que vienen a conformar el sistema jurídico⁴³. Es decir, que el Derecho como sistema dinámico es un conjunto de normas escalonadas. En este punto, entender el Derecho como un sistema dinámico plantea el problema de cuál es la norma en la cual la Constitución (última norma jurídico-positiva) encuentra el fundamento de su validez. Para sobrepasar este obstáculo, Kelsen recurre de nuevo a la *norma fundamental*, la cual le permite fundamentar la validez del Derecho sin tener que recurrir ni a los hechos ni a elementos de otras Ciencias. Esta concepción dinámica del Derecho la plasma Kelsen en 1913 en su artículo *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*. Dicha idea la extrae de A. Merkl⁴⁴ y de A. Verdross⁴⁵, si bien reformulándola dentro de su propia teoría para adaptarla a los postulados de su pensamiento.

En un principio, esta distinción entre sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos sirve a Kelsen para contraponer Derecho natural

⁴² José DELGADO PINTO, *op. cit.*, p. 122.

⁴³ *Ibid*, p.123.

⁴⁴ *Ibid*, p. 116.

⁴⁵ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 40.

y Derecho positivo, al ser la Moral un sistema normativo estático y el Derecho positivo un sistema normativo dinámico. En otras palabras, esta distinción le es útil para delimitar Derecho y Moral.

Sin embargo, varios inconvenientes impiden que sea factible hablar de sistemas normativos estáticos o dinámicos “puros”. Esta cuestión será desarrollada más adelante, en el apartado 3.4. Por el momento, valgan estas ideas al lector para que comprenda cuál es el interés de Kelsen en hacer la distinción entre estos dos tipos de sistemas normativos.

2.2. FUNCIONES DE LA NORMA FUNDAMENTAL

Como acabamos de señalar en el anterior apartado, la función más relevante de la *norma fundamental* es la de fundamentar la validez del Derecho. Pero antes de adentrarnos en dicha cuestión, por ser central en este Trabajo, nos parece conveniente hacer una recopilación del conjunto de problemas que Kelsen resuelve con la *Grundnorm*. Al estar estas todas estas cuestiones interrelacionadas, su tratamiento nos da las bases para abordar el problema de la validez en Kelsen desde una perspectiva más global.

2.2.1. Unidad de objeto

Se trata de una de las virtudes que Kelsen atribuye a la *Grundnorm*: con ella se consigue reducir el Derecho a una unidad, es decir, a un sistema de normas jurídicas válidas escalonadas. El hecho de reducir el Derecho a una unidad posibilita la existencia de una Ciencia del Derecho.

Citando a Ramos Pascua, “gracias a la *norma fundamental* el derecho adquiere la unidad, independencia y coherencia necesarias para constituir el objeto específico de una ciencia jurídica autónoma”⁴⁶.

⁴⁶ *Íbid.*, p. 38.

2.2.2. Depuración perfecta de la ciencia jurídica

Dicha purificación tan solo es posible con una *norma fundamental* que acuda al rescate, pues es ésta la que permite sustentar la validez de todo un sistema jurídico, del Derecho, sin tener que acudir a elementos extrajurídicos⁴⁷.

2.2.3. Resolución de las antinomias

Si bien la postura de Kelsen sobre este punto evoluciona⁴⁸, lo cierto es que Kelsen sostiene que la *Grundnorm* viene a dar solución a las antinomias puesto que, cuando no existe otra forma de resolverlas, la *Grundnorm* sirve para otorgar validez a aquellas normas que, aun no habiendo sido dictadas siguiendo el procedimiento reglado en una norma superior, gozan de eficacia en la sociedad.

2.2.4. Juridificación de las fuentes del Derecho

Kelsen parte de que la validez de una norma únicamente puede provenir de una norma superior, y la de esta última proviene de otra superior a ella, y así progresivamente. Dicho esto, la relación de este postulado con el de las fuentes del Derecho es claro. Para Kelsen, la expresión “fuentes del Derecho” es equívoca. Para nuestro autor, con este término se hace referencia bien a aquellos componentes que influyen la creación y aplicación del Derecho (ej., los principios ético-políticos), bien a aquellas otras instancias de las cuales emanan las normas jurídicas, como pueden ser la legislación, la costumbre o la jurisprudencia. Ambas acepciones sólo se diferencian porque la “fuente” en el primero de los sentidos no es preceptiva, pero en el segundo de los sentidos sí que lo es⁴⁹.

Considera Kelsen que aquello que normalmente se denomina “fuentes” del Derecho (legislación, costumbre y jurisprudencia) no son otra cosa que hechos y no “fuentes”; y de los hechos no pueden derivarse normas, al igual que

⁴⁷ *Supra.*, p. 17.

⁴⁸ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 46-47.

de un “ser” no puede derivarse un “deber ser”⁵⁰. Por tanto, las únicas fuentes del Derecho son las normas que atribuyen al legislador o a los jueces o a la costumbre la facultad de crear Derecho. En definitiva, de acuerdo con la teoría pura kelseniana, la única fuente del Derecho sólo puede ser el mismo Derecho. Por este motivo, se suele hablar de “juridificación” de las fuentes del Derecho, lo cual permite a Kelsen también delimitar al Derecho respecto de otros elementos extrajurídicos como, por ejemplo, la Moral⁵¹.

Sin embargo, cabe preguntarse cuál es la fuente de la última norma positiva (por ejemplo, la Constitución de un Estado democrático). Llegados a este punto, a Kelsen se le critica por no haber ya normas jurídicas anteriores que puedan constituir fuente. El filósofo austriaco responde a tales objeciones que la forma de solucionar dicha cuestión es la de presuponer una naturaleza jurídica al, en palabras de Ramos Pascua, “acto creador de la primera Constitución histórica. Tal supuesto ha de configurarse como norma, porque una simple presuposición es un hecho psicológico y un hecho no puede fundar la validez de normas”⁵². Y esta norma presupuesta es, naturalmente, la *Grundnorm*.

Así, Kelsen se vale de esta creación para realizar una completa juridificación de las fuentes del Derecho, pues la suposición de la *norma fundamental*, fuente normativa de la norma superior del sistema jurídico, excluye la necesidad de recurrir a elementos extrajurídicos.

2.2.5. Fundamentación de la obligatoriedad del Derecho

Otra de las funciones que se atribuyen a la *norma fundamental* es la de fundamentar la obligatoriedad del Derecho. Si validez significa existencia específica de las normas jurídicas, y dicha condición consiste en obligar al sujeto destinatario a la realización de un determinado comportamiento, se deduce que la *norma fundamental* sirve de fundamento de la obligatoriedad del Derecho⁵³.

⁵⁰ Gustav RADBRUCH, *op. cit.*, p. 24.

⁵¹ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 48.

⁵² *Ibid.*, pp. 48-49.

⁵³ *Ibid.*, p. 49.

2.2.6. Fundamentación de la validez jurídica

Sin menospreciar las otras funciones que Kelsen atribuye a su *norma fundamental* (funciones estrechamente vinculadas con la validez del Derecho), podemos decir que la función más importante de la *Grundnorm* es la de fundamentar la validez del Derecho.

Recapitulando, se explicó que para Kelsen que una norma sea válida significa que existe de forma específica, pero que dicha existencia no es la misma que puede predicarse de los fenómenos naturales.

Para continuar abordando la cuestión de la validez del Derecho, primeramente, hay que dejar claro *qué es una norma para Kelsen*, para luego poder entender qué es una norma válida. Al principio, Kelsen entiende que las normas son “juicios hipotéticos que expresan el enlace específico de un hecho condicionante con una consecuencia condicionada”⁵⁴, por lo que las normas jurídicas presentan una analogía con las leyes de la naturaleza, salvo que estas últimas conectan unos hechos con otros sobre el principio de la causalidad, mientras que las normas se basan en el principio de imputación⁵⁵. Pero Kelsen da un giro en su línea de pensamiento, hallándose cada vez más cerca del voluntarismo; así, en 1945, en su obra *General Theory of Law and State*, presenta a las normas como un producto volitivo. A partir de aquí, Kelsen distingue entre normas jurídicas (prescripciones a las que se denomina como *Rechts-Norm*) y proposiciones elaboradas por la Ciencia jurídica (*Rechts-Satz*) para describir el Derecho⁵⁶. Sólo las proposiciones elaboradas por la Ciencia del Derecho pueden equipararse análogamente a las leyes de la naturaleza y, por tanto, pueden ser verdaderas o falsas, no pudiendo decirse de ellas que sean

⁵⁴ Hans KELSEN: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Julius Springer, 1925, pp. 47-48. Citado por José Antonio RAMOS PASCUA: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 42-43.

⁵⁵ Teresa GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ: *Apuntes de Filosofía del Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, Curso Académico 2019-2020.

⁵⁶ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p.43.

válidas o inválidas; a diferencia de las normas jurídicas, de las cuales puede decirse si son válidas o no, pero nunca que sean verdadera o falsas⁵⁷.

Poco a poco, Kelsen continúa evolucionando hacia una postura cada vez más voluntarista. En la *Reine Rechtslehre* de 1960 habla de norma jurídica como el producto de un acto volitivo⁵⁸, adscribiéndose así a la *Willenstheorie*⁵⁹. El propio Kelsen nos dice que cuando una persona a través de una conducta manifiesta la voluntad de que otra persona se comporte de determinada forma (ordenando, permitiendo o autorizando un comportamiento), el sentido de su acción volitiva no puede ser descrito a través de la proposición que dice que la otra persona se comportará de esa forma, sino solo con el enunciado de que el otro *debe* actuar de esa manera. Aquel sujeto que ordena, autoriza o permite, “quiere”; mientras que aquel sujeto destinatario de la orden, del permiso, o de la autorización, “debe”⁶⁰. Consecuentemente, en palabras de Ramos Pascua, “estaremos ante una auténtica norma cuando el que una conducta deba ser realizada constituye no sólo el sentido subjetivo del acto de voluntad que la impone, sino también su sentido objetivo”⁶¹. Para descifrar estas palabras, es necesario entender que quien emite un mandato de cómo debe otro comportarse entiende que el sentido de su orden radica en que el comportamiento que ordena *debe ser* ejecutado (sentido subjetivo del acto de voluntad). No obstante, no todos los actos que exigen comportamientos tienen, además, un sentido objetivo (la percepción que tiene un tercer observador no participante de que la conducta debe ser cumplida) de que el comportamiento *debe ser* llevado a cabo, y es, por tanto, una norma.

En definitiva, las normas jurídicas son el sentido objetivo de los actos de voluntad; y es a esta particular forma de existencia de las normas jurídicas a lo que Kelsen se refiere cuando habla de validez; porque, como señalamos

⁵⁷ Hans KELSEN: *Teoría general del Derecho y del Estado* (2ª ed., 5ª reimp.; trad. Eduardo García Máynez), México D.F., UNAM, 1995, p. 114.

⁵⁸ H. KELSEN: *Reine Rechtslehre* (2ª ed.), Wien, Verlag Österreich, 1960, p. 4.

⁵⁹ Teoría de la voluntad.

⁶⁰ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p.43.

⁶¹ *Ibid*, p. 43.

previamente, Kelsen se enmarca en ese grupo de autores para quienes validez significa existencia.

Aclarada la cuestión de qué es una norma para Kelsen, ya podemos introducirnos en la siguiente cuestión: *¿cuándo es válida una norma?* O lo que es lo mismo: *¿qué es lo que dota de validez a una norma jurídica?*

Como explicamos, Kelsen se niega a tener que recurrir a elementos extrajurídicos para fundamentar la validez de un sistema jurídico (es decir, que no serían fundamentos de la validez del Derecho ni los principios morales o de justicia, ni los hechos). Es conveniente recordar que Kelsen es un autor neokantiano y extrae de Kant la máxima de que un “deber-ser” no puede derivar de un “ser”. Consecuentemente, si un “deber-ser” sólo puede derivar de otro “deber-ser”, una norma jurídica sólo puede encontrar el fundamento de su validez en otra norma jurídica válida anterior si ha sido creada por la autoridad competente y siguiendo el procedimiento a seguir indicado en dicha norma jurídica anterior. De la misma manera, la validez de esta norma anterior del ejemplo residirá en otra norma jurídica anterior, y así progresivamente hasta llegar a la cúspide de la “pirámide” que constituye el sistema jurídico. Pero siempre nos encontramos con un obstáculo: cuando llegamos al último peldaño de la “pirámide” de Kelsen, no existe una norma superior a la que recurrir para fundamentar la validez, por ejemplo, de la Constitución. O lo que es lo mismo, el acto que instauró la Constitución no puede ser entendido como una norma jurídica positiva. La solución de Kelsen pasa por entender ese acto creador como una norma supuesta (ya que el acto creador no podría entenderse como la presuposición de un hecho, al no ser posible que un “deber-ser” se derive de un “ser”). Y esta norma supuesta es, naturalmente, la *Grundnorm*. En conclusión, una norma jurídica es válida cuando extrae su validez de otra norma jurídica anterior; y la última norma jurídico-positiva, a su vez, extrae su validez de la *norma fundamental*.

Es importante hacer aquí un inciso para indicar que la *norma fundamental* es una presuposición sometida a la voluntad de quien quiera considerar al

conjunto de las normas del Derecho como válidas objetivamente⁶², es decir, que se trata de una norma que la Ciencia del Derecho presupone.

Después de toda esta exposición sobre las funciones de la *norma fundamental*, es posible entender el significativo número de problemas que giran alrededor del problema de la validez y a los que Kelsen se propone dar solución con su *Grundnorm* de forma precisa, completa y ajustándose en todo momento a los principios y postulados consustanciales a su pensamiento.

2.3. NATURALEZA DE LA NORMA FUNDAMENTAL

Sobre este punto, Ramos Pascua nos indica que son dos las características más importantes de la *Grundnorm*: 1. "Se trata de una norma jurídica, aunque formal"⁶³; y 2. "No es positiva sino presupuesta"⁶⁴.

2.3.1. La norma fundamental como norma jurídica formal

La *Grundnorm* tiene una naturaleza normativa porque nos indica que debe obedecerse a la Constitución. Kelsen, como buen positivista excluyente (normativista) que es, opina que sólo el Derecho que es coactivo es Derecho. Es por ello por lo que Kelsen también dirá que la *norma fundamental* es coactiva en el sentido de que hay una sanción vinculada a la realización de un hecho⁶⁵. ¿Pero qué sanción establece la *norma fundamental*? En principio la *norma fundamental* no hace más que ordenar que se obedezca a la Constitución, y no impone ningún tipo de sanción en caso de inobservancia. En la *Teoría pura del Derecho* de Kelsen se dice que una norma es independiente si prescribe una conducta bajo la amenaza de una sanción para el caso de que tal conducta no sea cumplida por el destinatario. En consecuencia, parece que la *Grundnorm* sería una norma incompleta, en el sentido de que ni el mismo Kelsen nos indica cuál es la sanción que se impone en caso de desobediencia. Para superar este

⁶² José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 49

⁶³ *Ibid*, p. 50.

⁶⁴ *Ibid*.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 51

obstáculo, Kelsen reconfigura su *Grundnorm*, pero no hace sino reconducirse a las sanciones establecidas en las normas jurídico-positivas, por lo que la *norma fundamental* es una norma incompleta y dependiente⁶⁶.

Por otra parte, no en pocas ocasiones se le ha negado desde distintos sectores doctrinales a la *Grundnorm* su carácter de norma jurídica, ya que, a diferencia de las normas jurídico-positivas, la *Grundnorm* no ha sido creada por una autoridad competente siguiendo un procedimiento previsto al efecto. En este sentido, autores como Tebaldeschi opinan que hacer uso de la expresión “norma” en referencia a la *Grundnorm* tiene simplemente un sentido simbólico, pues es evidente que la naturaleza de la *norma fundamental* dista mucho de la de cualquier norma jurídico-positiva⁶⁷.

Dicho esto, no cabe duda de que para Kelsen la *norma fundamental* tiene carácter normativo. Pero ¿por qué necesita el jurista austriaco configurar la *Grundnorm* como una norma jurídica? Kelsen no se conforma únicamente con decir que la *norma fundamental* es una norma supuesta que fundamenta la validez de la primera Constitución, sino que *además* la configura como norma jurídica para poder apoyar la validez de la primera Constitución en otra norma anterior, pues solamente de esta manera se puede respaldar la validez de la última norma jurídico-positiva de la “pirámide” en otra superior. Se trata de no tener que fundamentar la validez sólo en una mera presuposición, si bien, el argumento se demuestra insuficiente, ya que siempre será factible cuestionarse el fundamento de la validez de la norma fundamental, para lo cual habrá que hacer de nuevo uso de la presuposición⁶⁸.

Con todo, para Ramos Pascua, la *norma fundamental* es una norma jurídica muy especial, “debido a su carácter formal, que está en relación con su naturaleza lógico-jurídica. Este rasgo, exigencia lógica de su función epistémica, implica que la *norma fundamental* no introduce ningún contenido material en el

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Ivanhoe TEBALDESCHI: *La vocazione filosofica del diritto*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 241.

⁶⁸ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 52.

sistema jurídico, sino que se limita a fundamentar su validez”⁶⁹ ; independientemente de si el sistema jurídico cuya validez fundamenta se ajuste o no a determinados valores morales. Al fin y al cabo, Kelsen es positivista. Este planteamiento lleva consigo que la *norma fundamental* sea armonizable con cualquier contenido del sistema legal, por lo que la *Grundnorm* da cuenta de la “pureza” de su Teoría del Derecho. Por ello, todas las *normas fundamentales* obedecen a una misma fórmula (“se debe prestar obediencia a la norma constituyente eficaz”), y lo único que distingue a unas de otras es la Constitución cuya validez fundamentan.

2.3.2.La norma fundamental es una norma presupuesta

La *norma fundamental* es una norma supuesta por la Ciencia del Derecho, es decir, no se trata de una norma jurídico-positiva en el sentido de que no emana de ninguna autoridad o, lo que es lo mismo, la *norma fundamental* sólo puede ser pensada al no haber podido emanar de una autoridad superior a la del constituyente.

Sobre este rasgo de la *norma fundamental* vamos a abordar varios aspectos: en primer lugar, trataremos la cuestión sobre la legitimidad de recurrir a una norma presupuesta para justificar la validez del Derecho. En segundo lugar, abordaremos la cuestión de si es posible concebir la *norma fundamental* como una condición lógico-trascendental. En tercer lugar, intentaremos dar respuesta a si la teoría de la *Grundnorm* puede interpretarse como una teoría del reconocimiento. Para finalizar, profundizaremos en la evolución que experimenta la *Grundnorm* en Kelsen, pasando de ser una norma hipotética a una ficción.

Primera cuestión: ¿es posible fundamentar la validez del Derecho sobre una norma presupuesta? Kelsen, que es neokantiano, arguye que “así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la Ciencia natural, la teoría pura del Derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación que no eche mano de autoridades metajurídicas, como Dios o la

⁶⁹ *Ibid.*

Naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos como actos cuyo sentido da lugar a normas objetivamente válidas, describibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del Derecho es bajo la condición de que se presuponga la norma básica: “uno debe comportarse como la Constitución lo prescriba”⁷⁰. Es decir, que Kelsen hace una aplicación del pensamiento kantiano a su teoría, para decirnos que la *norma fundamental* es una condición lógico-trascendental tanto de la interpretación de los actos constituyentes, como de los emitidos conforme a la Constitución, como de los actos “cuyo sentido da lugar a normas objetivamente válidas”⁷¹.

Segunda cuestión: ¿es realmente la *norma fundamental* una condición lógico-trascendental? En el ámbito de la Física, una condición lógico-trascendental es aquella que posibilita el conocimiento; es decir, se trata de una serie de postulados fundamentales que no están sometidos a discusión y sin los cuales no es posible el conocimiento. Kant nos presenta su “condición lógico-trascendental” con la finalidad de hacer posible el conocimiento de los fenómenos de la naturaleza (en los que rige el principio de la causalidad). Y Kelsen lo que hace es traspasar este concepto al mundo del Derecho, del “deber-ser”, en el que rige el principio de imputación (principio cuya autoría debemos al propio Kelsen). En otras palabras, lo que hace el austriaco es recurrir a la analogía para presentarnos a la *norma fundamental* como aquella condición lógico-trascendental necesaria para posibilitar el conocimiento del Derecho. Este postulado de Kelsen ha sido ampliamente criticado, más aún cuando pasa a concebir la *norma fundamental* como una ficción. A este debate doctrinal nos referiremos en el punto tercero de este Trabajo⁷².

Tercera cuestión: ¿es posible interpretar la teoría de la *Grundnorm* como una *teoría del reconocimiento* al constituir la *norma fundamental* una norma presupuesta? Las *teorías del reconocimiento* tienen como máxima que la validez del Derecho reposa en el reconocimiento de sus destinatarios de ese Derecho como un Derecho válido. Pero esta interpretación no es en absoluto compartida

⁷⁰ H. KELSEN: *Reine Rechtslehre* (2ª ed.), Wien, Verlag Österreich, 1960, p. 205

⁷¹ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 53.

⁷² *Infra*, pp. 36-37.

por Kelsen, ya que él mismo asevera que el principio básico de las *teorías del reconocimiento* es que el sujeto destinatario sólo queda obligado respecto de aquellas normas que él mismo decide⁷³, por lo que el pensamiento kelseniano se aleja de las *teorías del reconocimiento* profundamente, en tanto en cuanto, para Kelsen, tal autodeterminación por parte del sujeto destinatario no es posible. No obstante, y siguiendo a Ramos Pascua, no resulta descabellado decir que la doctrina de la *norma fundamental* se asemeja a las *teorías del reconocimiento*, ya que la suposición de la *norma fundamental* no es imprescindible, sino voluntaria, para poder aceptar la validez de las normas jurídicas. Y, si por otro lado, la eficacia es condición *sine qua non* de la validez, y dicha eficacia depende de la aceptación por parte de los destinatarios de las normas, la posición de Ramos Pascua parece fundada⁷⁴.

Para finalizar con este apartado dedicado a la naturaleza de la *norma fundamental*, es indispensable entender la evolución que la misma experimenta en el pensamiento kelseniano, pasando de ser calificada como hipotética a ser considerada una ficción.

¿Cuáles son los motivos que provocan este cambio en Kelsen? Fundamentalmente dos: 1. La confusión que el término “hipotética” causa, y 2. El acercamiento de Kelsen hacia la *Willenstheorie*.

El “primer” Kelsen hace uso de la expresión “hipotética” para hablar de la *norma fundamental*, denominándola *norma hipotética fundamental*. Ciertos autores lo entienden de tal forma que la *Grundnorm* sería una hipótesis que puede ser constatada empíricamente. Para otros autores, como A. Verdross, este enfoque es incorrecto, ya que no es posible verificar empíricamente algo, como la *norma fundamental*, que está fuera de toda experiencia. Por su parte, Ramos Pascua opina que “con el término *hipotética* Kelsen quiere significar únicamente que la presuposición de la *norma fundamental* no es necesaria, sino sólo posible si se quiere poder concebir el Derecho como conjunto de normas

⁷³ H. KELSEN: *Reine Rechtslehre* (2ª ed.), *op. cit.*, p. 225

⁷⁴ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, pp. 54-55

válidas⁷⁵. No obstante, al ser el término, entre otras cosas, equívoco, Kelsen finalmente se decanta por suprimirlo⁷⁶.

Por otro lado, el creciente acercamiento de Kelsen hacia el voluntarismo le obliga finalmente a tratar a la *norma fundamental* como una ficción.

El “primer” Kelsen sostiene que las normas jurídicas son juicios hipotéticos que se rigen por el principio de imputación (“si es A, debe ser B”). Con la publicación en 1945 de la Teoría general del derecho y del Estado, Kelsen diferencia claramente las normas jurídicas de las proposiciones jurídicas⁷⁷. Kelsen dice a partir de aquí que una norma jurídica es el producto de un acto de voluntad, mientras que una proposición jurídica es un juicio hipotético. Por ello, Kelsen caracteriza la norma como el sentido de un acto de voluntad, abandonando la idea de que la norma jurídica es un juicio hipotético⁷⁸. Aunque a Kelsen le lleva un tiempo extraer las consecuencias que este cambio de tesis tiene sobre su teoría y, en concreto, sobre la *norma fundamental*, finalmente termina por reconocer explícitamente que no le es posible continuar manteniendo esa teoría⁷⁹. El razonamiento que Kelsen efectúa se formula de la siguiente manera: el fundamento de la validez de las normas sólo puede encontrarse en otras normas, una norma es el sentido (producto) de un acto de voluntad, y el fundamento último del Ordenamiento jurídico se encuentra en la *norma fundamental*. Pero, como no es posible presuponer una norma sin presuponer el acto de voluntad que la crea, al presuponer la *norma fundamental* lo que en realidad se hace es presuponer un acto de voluntad ficticio que instituye esa norma. El propio Kelsen reconoce su error diciendo lo siguiente: “He presentado toda mi doctrina de la *norma fundamental* como una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es presupuesta en el pensamiento. Ahora, desgraciadamente, debo admitir, señores míos, que no puedo seguir

⁷⁵ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 53.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Las proposiciones jurídicas son aquéllas que conforman la Ciencia del Derecho, constituyendo esta ciencia un metalenguaje.

⁷⁸ Raúl A. MARTÍN ARMENGOL: *Norma fundamental y poder político*, “Revista de Ciencias Políticas Politeia” (2012), vol. 35, núm. 48, p. 268.

⁷⁹ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 55.

manteniendo esa doctrina, que debo abandonarla (...). La he abandonado ante la conciencia de que un deber ha de ser el correlato de un querer. Mi *norma fundamental* es una norma ficticia, que presupone un acto de voluntad ficticio que dicta esa norma. Es la ficción de que una autoridad quiere que esto deba ser (...). Tuve que modificar mi doctrina de la *norma fundamental*. No puede haber normas meramente pensadas, es decir, normas que sean el sentido de un acto de pensamiento, no el sentido de un acto de voluntad que realmente no existe”⁸⁰.

Kelsen, quien se encuentra influenciado por Vaihinger⁸¹, termina por tratar la *norma fundamental* como una ficción, en el sentido de que una ficción es un instrumento que hace posible alcanzar el fin cognoscitivo propuesto cuando no es posible conseguirlo con el otro material que se tiene. La diferencia fundamental respecto de la hipótesis es que, mientras ésta es susceptible de corroboración empírica, la ficción se utiliza habida cuenta de su irrealidad. No obstante, toda vez que Kelsen reconoce que la *norma fundamental* constituye una ficción, ¿por qué mantiene Kelsen el postulado de dicha norma si las ficciones no constituyen conocimiento? Para algunos autores, esta postura de Kelsen responde a motivos más prácticos que teóricos⁸². La ficción tiene una función meramente práctica, ya que no es susceptible de verificación empírica. En definitiva, la *norma fundamental* es una ficción: la única manera poder caracterizar las normas jurídicas como válidas objetivamente es presuponiendo una *norma fundamental*.

Creo haber podido dar cuenta en estas páginas precedentes tanto de los rasgos caracterizadores fundamentales de la *Grundnorm* como de la evolución que la misma experimenta a lo largo de la prolongada obra del autor que está siendo objeto de estudio. No obstante, a pesar de que es cierto que su doctrina de la *norma fundamental* sufre modificaciones, buena parte de la doctrina no tiene siquiera a menudo en cuenta la modificación, y algunos como R. Walter,

⁸⁰ Hans KELSEN: *Teoría general de las normas* (1ª ed.; trad. Hugo Carlos Delory Jacobs), México D.F., Trillas, 1994, pp. 251-252.

⁸¹ *Supra*, p. 7.

⁸² Raúl A. MARTÍN ARMENGOL, *op. cit.*, p. 269.

discípulo de Kelsen, llegan incluso a rechazar la idea de la *Grundnorm* como una ficción⁸³.

3. CRÍTICAS Y REVISIÓN DEL PROBLEMA DE LA VALIDEZ EN H. KELSEN

En punto pretendemos arrojar un poco de luz sobre la cuestión de si la *norma fundamental* es capaz de solucionar satisfactoriamente el problema de la validez; problema que desde Kelsen constituye uno de los más debatidos en el panorama de la Filosofía del Derecho contemporánea.

3.1. SOBRE SI LA *GRUNDNORM* PUEDE CONSTITUIR UNA CONDICIÓN LÓGICO-TRASCENDENTAL

Kelsen, en 1960, con la publicación de la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*, sostiene que la *norma fundamental* constituye la condición lógico-trascendental para la interpretación del sistema jurídico (es decir, la condición indispensable que hace posible el conocimiento del Derecho)⁸⁴. Para Ramos Pascua, la *norma fundamental* no puede entenderse como una condición lógico-trascendental porque la *norma fundamental* no tiene sólo como función la de hacer posible el conocimiento del fenómeno jurídico, sino que además quiere tener por función la de fundamentar la validez de todo un orden jurídico. En palabras del profesor salmantino, “no es una mera presuposición, sino que se presenta como norma jurídica, y no parece aceptable hablar de condición lógico-trascendental a propósito de una norma en sentido estricto. Mucho menos cuando se afirma en los últimos escritos de Kelsen que tal norma es una ficción”⁸⁵. La mayor parte de la doctrina niega a la *norma fundamental* la posibilidad de que pueda constituirse como una condición lógico-trascendental⁸⁶

⁸³ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 57.

⁸⁴ María Eugenia RODRÍGUEZ PALOP: “Razón y voluntad en la concepción del Derecho de Hans Kelsen. La importancia de la “norma fundante básica”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 1.024.

⁸⁵ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, pp. 53-54.

⁸⁶ María Eugenia RODRÍGUEZ PALOP, *op. cit.*, p. 1.026.

porque toda condición lógico-trascendental tiene una naturaleza previa, mientras que la *Grundnorm* sólo puede ser pensada ante una norma constituyente eficaz, por lo que la *norma fundamental* tiene un carácter *a posteriori*. Es importante entender que Kant habla de la condición lógico-trascendental en el terreno de la experiencia física regida por el principio de causalidad. Kelsen, a quien debemos la autoría del principio de imputación, traslada el concepto de la condición lógico-trascendental al mundo del *Sollen* regido por el principio de imputación, y lo hace, a juicio de buena parte de la doctrina, sin la debida precisión⁸⁷.

3.2. SOBRE LA POSIBILIDAD DE CONFIGURAR LA NORMA FUNDAMENTAL COMO UNA FICCIÓN Y LA APLICACIÓN SIMULTÁNEA DE LA FILOSOFÍA KANTIANA Y LA FILOSOFÍA DEL “ALS OB” DE VAIHINGER

Hemos hablado de los motivos que mueven a Kelsen a considerar la *norma fundamental* como una ficción. A través de esta ficción Kelsen consigue mantener a salvo la dualidad ser/deber ser, de tal forma que las normas deriven de otras normas.

Ahora es momento de formularse la siguiente cuestión: ¿es compatible este ficcionalismo con el principio trascendental de la Filosofía kantiana?, o, ¿sustituye la Teoría del *Als Ob* de Vaihinger a la Filosofía kantiana en el pensamiento kelseniano? El “primer” Kelsen está muy influenciado por el pensamiento kantiano, sobre todo en lo que al dualismo metodológico se refiere⁸⁸. Sin embargo, vemos cómo su adscripción al voluntarismo termina por arrastrar a Kelsen hacia el ficcionalismo y la Filosofía del *Als Ob*.

La mayor parte de la doctrina rechaza tal compatibilidad. A título de ejemplo, autores como Rodríguez Palop sostienen lo siguiente sobre el recurso de Kelsen al ficcionalismo: “no creo que funcione en su teoría como un principio trascendental. Y ello, entre otras cosas, porque siempre cabe preguntarse por qué es esa (la de la voluntad) y no otra la ficción. Si la respuesta es que tal ficción es el fruto de una convención que resulta útil a efectos epistemológicos (como

⁸⁷ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 54

⁸⁸ Gustav RADBRUCH, *op. cit.* p. 24.

parece que es), no se puede escapar a una cierta arbitrariedad pues la construcción de la realidad (convencionalismo) no obedece a ninguna razón en el sentido fuerte del término, sino sólo a la filosofía del instrumentalismo, a una forma, pues, de empirismo. No resulta extraño, en consecuencia que, desde esta posición, el concepto de razón práctica se presente como algo absolutamente insostenible por lógicamente imposible y auto contradictorio”⁸⁹. Otros, como Ramos Pascua, también muestran su desconfianza a la aplicación simultánea de ambos pensamientos doctrinales por la confusión que ello provoca. Para este autor, la nueva configuración que hace Kelsen de la *norma fundamental* tropieza con el siguiente obstáculo: no es posible pensar, sin dimanar el deber-ser del ser (lo cual sabemos que, conforme a la Filosofía kantiana, no es posible) que la autoridad ficticia creadora de la *norma fundamental* lo pueda hacer sin haber sido, a su vez, autorizada por otra norma superior, y así podríamos continuar de forma ilimitada, “hasta el infinito”⁹⁰.

En general, podemos concluir sobre este punto que la nueva propuesta de Kelsen no consiguió convencer a la mayor parte de la doctrina; quizá por su ambigüedad y por resultar, en ocasiones, hasta cierto punto contradictoria.

3.3. SOBRE LA NORMA FUNDAMENTAL COMO FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DEL DERECHO

Particularmente criticada ha sido la condición de “presupuesta” que Kelsen da a la *norma fundamental*. Se ha criticado a Kelsen argumentando que presuponer una norma significa que el sujeto la piensa, y al ser pensada por un individuo, estaríamos ante un acto subjetivo, relativo, volitivo y, por tanto, incapaz de constituir en un sentido objetivo el fundamento de todo un sistema jurídico⁹¹. Es decir, que si no es preceptivo presuponer la *norma fundamental* (sólo posible y voluntario), la obligación jurídica impuesta por las normas sólo puede depender de la voluntad del destinatario de la norma. En resumen, la crítica se basa en la

⁸⁹ María Eugenia RODRÍGUEZ PALOP, *op. cit.*, p. 1.026.

⁹⁰ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 57.

⁹¹ *Ibid.*, p. 59.

dificultad de cimentar la validez de todo un sistema jurídico sobre una herramienta del pensamiento. Ahora bien, podemos intuir que para Kelsen no tiene mucho sentido hablar de subjetividad, pues el jurista austriaco califica a la norma fundamental como condición lógico-trascendental que se impone al pensamiento por una necesidad lógica. No obstante, tal y como hemos analizado, es difícil concebir a la norma fundamental como una condición lógico-trascendental; por lo que parece que la crítica de que no es posible fundamentar la validez del sistema jurídico sobre una herramienta del pensamiento está bien fundada.

Se arguye que no es posible que la *norma fundamental*, que es un mero fruto del pensamiento, pueda dotar de validez a todo un sistema jurídico, si todo deber ser (es decir, si toda norma jurídica) es el correlato de una volición⁹². Resumiendo, lo que estos críticos rechazan del pensamiento de Kelsen es que, siendo la *norma fundamental* un instrumento del pensamiento, y estando el pensamiento de cada individuo inevitablemente sesgado por sus ideologías y vivencias propias, es imposible que la *norma fundamental* pueda constituir el fundamento de la validez objetiva de todo un sistema jurídico.

Kelsen, movido por su contacto con las corrientes iusfilosóficas de corte realista, pasa a concebir, a partir de 1960, las normas jurídicas como expresión de actos de voluntad, y también (como ya se explicó), la *norma fundamental* pasa a ser concebida como una ficción. En suma, la modificación consiste en pasar a configurar la *norma fundamental* como “un acto de voluntad ficticio”⁹³. Kelsen expresamente reconoce la influencia en su pensamiento de la doctrina del *Als Ob* de Vaihinger, según la cual la ficción es una simple herramienta (es decir, que la ficción es un instrumento del pensamiento que sirve a la razón práctica y nada más). Y es precisamente este extremo otro blanco de las críticas. Para juristas como Alf Ross, el ficcionalismo no es una herramienta que posibilite el conocimiento, y califica a los postulados ficcionalistas de sofismas. Concluye que al ser patente que el concepto de la *norma fundamental* no se ajusta a ninguna

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*, p. 60.

realidad, es conveniente renunciar a dicho concepto⁹⁴. Es decir, que hay autores que no sólo rechazan la posibilidad de que la norma fundamental sirva para fundamentar la validez del Derecho, sino que incluso rechazan que pueda servir para posibilitar el conocimiento del Derecho, de tal manera que los dos objetivos que Kelsen se marca se ven frustrados: su *norma fundamental* no sirve ni para fundamentar la validez del Derecho, ni para crear una auténtica Ciencia jurídica.

Otro grupo de críticas se centran sobre los conceptos de validez y eficacia en la *Teoría pura del Derecho*. En Sociología del Derecho se dice que un sistema jurídico goza de eficacia cuando los destinatarios de las normas cumplen, habitualmente, con ellas, y en caso de incumplimiento, tales normas se aplicarán coactivamente o el sujeto sufrirá un perjuicio (o lo que es lo mismo, se le impondrá una sanción). Como se comentó anteriormente, Kelsen explica que la eficacia es condición *sine qua non* de la validez; en otras palabras, que un sistema legal sólo puede ser válido si es eficaz⁹⁵. Pero ¿qué necesita una norma jurídica particular para ser válida? ¿Exige su eficacia singular o simplemente la del orden jurídico en el que se incardina? Kelsen no es constante en su respuesta a la cuestión, así, unas veces nos dirá que la validez de una norma particular no depende de su eficacia, que depende de la eficacia del sistema jurídico⁹⁶y, otras veces, parece sostener la hipótesis contraria. A dichos bandazos pone punto final en 1960, y sostiene que “no puede negarse que un orden jurídico como un todo, así como una norma jurídica aislada, pierden su validez cuando dejan de ser eficaces”⁹⁷. Este planteamiento le sirve para no tener que admitir que la validez procede de la eficacia, sino que *la eficacia sirve para que las normas no pierdan su validez*. En otras palabras, la validez no deriva de la eficacia (porque, según Kelsen, puede haber normas que se estimen válidas a pesar de no ser aún eficaces), pero se sustenta gracias a dicha eficacia.

Llegados a este punto, lo que objetan los críticos a Kelsen es que eficacia y validez son lo mismo en su *Teoría pura del Derecho*. Para Ramos Pascua esta

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Supra.*, pp. 14-15.

⁹⁶ H. KELSEN: *Reine Rechtslehre* (1ª ed.), Wien, Verlag Österreich, 1943, pp. 72-73.

⁹⁷ H. KELSEN: *Reine Rechtslehre* (2ª ed.), Wien, Verlag Österreich, 1960, p. 216.

crítica no es aceptable, ya que el que una norma sea eficaz significa que es aplicada (nos situaríamos en el mundo del *Sein*), mientras que decir que una norma es válida significa que ésta *debe ser* aplicada (*Sollen*)⁹⁸. En otras palabras, identificar validez con eficacia supone no entender adecuadamente el dualismo metodológico como uno de los principales postulados del pensamiento kelseniano. Otra cosa es que la eficacia sea condición *sine qua non* (que no condición *per quam*) de la validez del Derecho. Este planteamiento es conforme al pensamiento neokantiano que tan fuertemente inspira el pensamiento de Kelsen: no se puede derivar un deber-ser de un ser, por tanto, la validez (*Sollen*), no puede derivar de la eficacia (*Sein*).

No obstante, hay autores que, aun aceptando la distinción teórica entre ambos conceptos, no se apartan de la crítica. Para ellos, una cosa es que validez y eficacia sean conceptos distintos, y otra, que la validez se fundamente sobre la eficacia. Si la eficacia de la Constitución es requisito imprescindible e ineludible para poder presuponer la *Grundnorm*, la consecuencia es que la eficacia es el fundamento último de la validez del sistema legal. En concreto, Alf Ross expone que, si solo es posible presuponer la *norma fundamental* respecto de aquellos sistemas que son eficaces, el fundamento último tiene que ser la eficacia⁹⁹.

Otro grupo de críticas se formulan de la siguiente manera: Si la *norma fundamental* no contiene sanciones y es, por tanto, una norma incompleta y dependiente, caben dos opciones: 1. “La *norma fundamental* es una norma independiente que depende para serlo de las normas jurídicas cuya validez deriva de ella”; o 2. “La *norma fundamental* es, sin más, una norma dependiente no susceptible de complemento, que, a pesar de eso, fundamenta el orden jurídico en su totalidad”¹⁰⁰. Ambas conclusiones son insatisfactorias, pues la primera es tan contradictoria que, en palabras de Robles Morchón supondría “la

⁹⁸ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 61.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 62.

¹⁰⁰ Gregorio ROBLES MORCHÓN: *Epistemología y Derecho*, Madrid, Pirámide, 1982, p. 136. Citado por José Antonio RAMOS PASCUA: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. HART*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 63.

destrucción del fundamento de validez del sistema”¹⁰¹; mientras que admitir la segunda es lo mismo que admitir que el sistema se sostiene sobre una norma dependiente, por lo que, el sistema dependería de aquéllo de lo que depende la *norma fundamental*.

Ramos Pascua efectúa algunas esclarecedoras consideraciones sobre el asunto. Para este autor, el positivismo jurídico tiene como pretensión poder presentar al Derecho como válido en sentido objetivo; pero como no resulta capaz de alcanzar tal objetivo, lo que hace es presuponer que el Derecho es válido. Esto es lo que hace Kelsen, quien, para el profesor salmantino, no hace más que materializar esa presuposición de que el Derecho es válido en la *Grundnorm*. Y, en resumen, suponer que el Derecho es válido es equivalente a dejar la cuestión sin respuesta. En otras palabras, Kelsen no soluciona el problema. Es más, dice Ramos Pascua que “en la idea de que la validez se presupone va ya implícita una rendición incondicional a la efectividad, es decir, a los hechos (...) y como sólo puede presuponerse (la validez) respecto a una Constitución efectiva, reconoce Kelsen que cumple la función de convertir el poder en Derecho. Más bien, parece cumplir la de presuponer que el poder es Derecho o, lo que es lo mismo, la de denominar al poder Derecho”¹⁰². Este planteamiento de Ramos Pascua me parece convincente, por ser conforme con la forma nominalista de pensar de Kelsen¹⁰³ y porque, a mi juicio, es una reflexión que parte de un correcto entendimiento de la doctrina kelseniana.

3.4. SOBRE LA CONFIGURACIÓN SISTEMÁTICA DEL SISTEMA JURÍDICO BASADA EN LA NORMA FUNDAMENTAL

Volvamos a la configuración del sistema jurídico en Kelsen. Se ha explicado en determinados puntos de este trabajo cómo cada norma jurídica encuentra el fundamento de su validez en otra norma jurídica superior, y ésta última en otra superior, y así sucesivamente hasta llegar a la Constitución (última

¹⁰¹ *Íbid.*

¹⁰² *Íbid.*, pp. 63-64.

¹⁰³ Jesús CASTILLO VEGAS: *Apuntes de Teoría del Derecho*, Universidad de Valladolid, curso académico 2016-2017.

norma jurídico-positiva). A su vez, esta última norma jurídico-positiva encontraría su fundamento en la *norma fundamental*. De tal modo, la *Grundnorm* se convierte en la llave maestra que permite estudiar el Ordenamiento jurídico como un todo sistematizado. No debemos olvidar que la pretensión última de Kelsen es la construcción de una Ciencia del Derecho, siendo la *norma fundamental* la herramienta fundamental que le sirve a su propósito¹⁰⁴. Es decir, que Kelsen es el primer filósofo del Derecho con quien aparece la idea del Derecho como *sistema con una estructura específica*¹⁰⁵.

Kelsen efectúa una distinción entre sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos. Mientras que en los sistemas normativos estáticos (como la Moral) la validez de las normas depende de su contenido (en otras palabras, que para que una norma sea válida, su contenido debe poder subsumirse en el contenido de una norma anterior, más general)¹⁰⁶; en los sistemas normativos dinámicos, la validez de las normas deriva de haber sido creadas siguiendo el procedimiento prescrito en la norma anterior, es decir, que será la forma de producción lo que determine si la norma es válida o no, y en última instancia, será la *norma fundamental* la que determine si la norma es válida o no. En un sistema dinámico el contenido de la norma puede ser cualquiera, ya que su validez no depende de su contenido. El Derecho es, para Kelsen, un sistema dinámico¹⁰⁷.

Este planteamiento ha sido también objeto de duras críticas. El acercamiento de Kelsen a la *Willenstheorie* le lleva a admitir que *no es posible la existencia de auténticos sistemas estáticos*, y, en segundo lugar, termina también reconociendo que *el Derecho tampoco puede ser un sistema dinámico perfecto*¹⁰⁸.

Con respecto a la primera cuestión, Kelsen, una vez acepta los postulados del voluntarismo, tiene que abandonar la posibilidad de que existan sistemas

¹⁰⁴ *Supra.*, pp. 20-26.

¹⁰⁵ *Supra.*, p. 7.

¹⁰⁶ Por ejemplo, la norma “no hay que mentir a los padres” se subsume en otra anterior y más general que dice que “hay que decir la verdad”.

¹⁰⁷ *Supra.*, pp. 19-20.

¹⁰⁸ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 65.

estáticos puros basados en una norma fundamental cuyo contenido sea evidentemente bueno y justo. Para un voluntarista, las normas, sean del tipo que sean, son la expresión, el producto de una voluntad, y no de la razón. La razón sirve para conocer y describir, mientras que la voluntad es aquello que nos permite querer, reclamar, normar. Además, los valores no pueden tener existencia previa a la voluntad; muy al contrario, son las normas (expresión de una voluntad) las que constituyen valores. La noción de valor llegados a este punto importa, pues, en palabras de Delgado Pinto valor es “la cualidad que corresponde a una conducta en virtud de su relación con una norma; si la conducta se corresponde con la norma, vale positivamente, si la contradice adquiere un valor negativo”¹⁰⁹. Kelsen es positivista y relativista, por lo que, si las normas son producto exclusivo de la voluntad y no existe un Derecho procedente de una entidad divina, todos los valores son relativos, dada la arbitrariedad de la voluntad humana. En otras palabras, que las normas morales sólo valen en determinadas sociedades y determinados momentos históricos; y no es posible constatar que algunas concepciones morales sean mejores que otras. Consecuentemente, ninguna norma moral es “evidente en sí misma”¹¹⁰ como buena o de justicia. No puede, por ende, existir una *norma fundamental* “que es aceptada como tal porque su contenido se acepta como inmediatamente evidente, y de la que se deducen las restantes normas del sistema”¹¹¹; y consiguientemente, no es posible la existencia de un sistema normativo estático.

El *segundo problema* es que tampoco es posible concebir el Derecho como un sistema completamente dinámico. Este límite obstaculiza el uso de la *norma fundamental* para la consecución de un retrato sistemático del sistema jurídico, merced a que a partir de la *norma fundamental* se puedan jerarquizar todas las fuentes del Derecho de tal manera que sea siempre posible precisar qué normas pertenecen al orden jurídico sin tener que acudir a recursos extra

¹⁰⁹ José DELGADO PINTO, *op. cit.*, p. 125.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 126.

¹¹¹ *Ibid.*

jurídicos. En otras palabras, el problema es que no es posible encerrar el Derecho en el Derecho¹¹².

Los óbices que se imponen a la concepción del Derecho como un sistema normativo dinámico, y que son reconocidos por el propio Kelsen en 1928 son los siguientes : 1. La validez de la *Grundnorm* viene dada por su contenido y no por su manera de creación; y 2. La *norma fundamental* no tiene como única función la de implementar un procedimiento para la creación de las normas, sino que también incorpora en su contenido las reglas lógico-interpretativas que permiten suprimir las antinomias que puedan presentarse, ya que el objeto de la Ciencia del Derecho (como el objeto de cualquier otra Ciencia) tiene que ser presentado como un todo coherente, en el que no hay cabida para las contradicciones¹¹³.

Kelsen resuelve el primer problema señalando que la *Grundnorm* no es válida por su modo de creación y que tampoco es válida en virtud de su contenido: su validez es solamente presupuesta. Respecto de la segunda cuestión problemática, Kelsen pasa a considerar que los principios lógico-interpretativos no están insertos en el contenido de la *Grundnorm*¹¹⁴; dichos principios serían herramientas de la interpretación jurídica no insertos en ninguna norma. Sin embargo, Kelsen se mantiene en su postulado de que es posible describir el Derecho como un todo dotado de coherencia en el que no ha lugar a antinomias. Si no pueden darse antinomias entre las normas de un sistema jurídico, resulta necesario reconocer la necesidad de correspondencia entre contenido de la norma anterior y la norma inferior creada en concordancia con la anterior, pues si la norma inferior fuera contraria en virtud de su contenido a la norma anterior, no podría ser válida. En conclusión, queda constatado que la correspondencia de contenidos entre la norma superior y la norma inferior es importante para la validez de la norma inferior¹¹⁵, por lo que Kelsen se ve forzado a admitir que el Derecho no es un sistema dinámico “puro”. De hecho, en

¹¹² José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 66.

¹¹³ *Íbid.*

¹¹⁴ Michel TROPER, *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁵ José DELGADO PINTO, *op. cit.*, p. 133.

palabras del propio Kelsen, el Derecho sólo es un sistema dinámico “en lo esencial”¹¹⁶.

Además, surge otro obstáculo que también impide la consideración del Derecho como un sistema dinámico puro. Es posible que existan normas que hayan surgido al margen del procedimiento previsto en una norma superior; y es posible que lleguen a ser válidas si son efectivamente cumplidas (es decir, si son eficaces). Este planteamiento obliga a Kelsen a admitir la existencia de una particular relación entre el principio de eficacia y el principio de legitimidad¹¹⁷. La eficacia *predomina* ya que, si se produce una colisión entre normas, sólo la norma eficaz será válida; aun cuando estemos ante un conflicto entre una norma superior y otra inferior (la cual halla su validez en la norma superior). Si la norma inferior es eficaz, aun cuando sea contraria a la superior (por no haber sido creada conforme al procedimiento previsto en la norma superior), será una norma válida. Es decir, que la norma creada al margen del procedimiento previsto por la norma superior será válida aun tratándose de una norma inferior si llega a ser eficaz. Si la norma inferior es válida (por ser eficaz), y la superior también lo es, existe una contradicción, una antinomia. No obstante, si seguimos la tesis de Kelsen de que no puede existir contradicción entre normas, quizá podríamos conceder que más que predominar, lo que hace el principio de eficacia es *determinar* el principio de legitimidad, ya que al producirse esta contradicción entre la norma inferior y la superior, habrá que efectuar una interpretación que armonice ambas normas de forma que no haya contradicción alguna.

En otras palabras, la norma que fue creada de forma irregular va a determinar la interpretación de las demás. Es evidente entonces por qué el Derecho no puede constituir un sistema dinámico puro: es posible que existan (y existencia es validez¹¹⁸) normas jurídicas que no hayan sido creadas conforme al procedimiento previsto en una norma superior que lleguen a constituirse en Derecho válido si son eficaces; consecuentemente, el Derecho no puede ser un

¹¹⁶ H. KELSEN: *Reine Rechtslehre* (2ª ed.), Wien, Verlag Österreich, 1960, p. 200.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 212-215, 280.

¹¹⁸ *Supra.*, p. 11.

sistema normativo dinámico, por lo que esta tesis de Kelsen, en gran parte, fracasa.

En definitiva, nunca estaremos ante sistemas estáticos puros ni ante sistemas dinámicos puros; hay que aceptar cierto grado de “impureza”. En resumen, la contraposición entre sistemas dinámicos puros y sistemas estáticos puros que había servido a Kelsen para contraponer la Moral o el Derecho Natural con el Derecho positivo se derrumba, y, con él, todo el esfuerzo por delimitar perfectamente Derecho y Moral.

Por otro lado, es interesante la crítica que hace Hart a Kelsen. El jurista británico señala que el que una norma jurídica encuentre el fundamento de su validez en otra norma superior no es motivo suficiente para considerar que la norma inferior pertenezca al mismo sistema jurídico que la norma superior¹¹⁹. Es decir, que la cadena de validez no se identifica con el sistema jurídico. Así, imaginemos que el Estado “X” tiene una colonia “Y”, y el Estado “X” consiente mediante norma jurídica que la colonia “Y” se dote de una Constitución autónoma propia. En este caso, la Constitución de la colonia es la norma jurídico-positiva superior de un sistema jurídico, pero encuentra el fundamento de su validez en una norma que forma parte de un sistema jurídico distinto¹²⁰. Es decir, que tendríamos dos sistemas jurídicos y una sola cadena de validez. En palabras de Ramos Pascua, “la *norma fundamental* debería determinar dónde finaliza la cadena de validez, pero no lo hace y, consecuentemente, no sirve para determinar la pertenencia de las normas al sistema”¹²¹.

Hart dirá que para saber si una norma jurídica pertenece a un sistema jurídico lo que hay que hacer es ver si esta norma es reconocida por la praxis habitual de aquellos órganos que tienen la función de identificar y aplicar el Derecho. Es un sinsentido llegar hasta la *norma fundamental* presupuesta para encontrar una respuesta sobre la pertenencia o no de la norma al sistema jurídico. La principal objeción que ponen autores como H. L. A. Hart y J. Raz a

¹¹⁹ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 67.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

Kelsen es que olvida la relevancia de las circunstancias fácticas al intentar explicar todo extremo desde un punto de vista exclusivamente normativo.

Ramos Pascua no se muestra conforme con estas objeciones; a su juicio, no son justas para con un autor (como es Kelsen) que da tanta importancia en su teoría a la *eficacia*, al sostener que sólo puede presuponerse la *Grundnorm* respecto de aquella Constitución eficaz. Muy por el contrario, sostiene el profesor salmantino que lo que sí se puede reprochar a Kelsen es la importancia que da a la eficacia siendo él normativista¹²².

Otro gran grupo de críticas se dirigen a la concepción que tiene Kelsen del Derecho como un conjunto de normas que forman un todo no contradictorio¹²³. Para Kelsen cuando se habla de contradicciones, realmente tales no existen porque interpretando las mismas conforme a los principios lógico-interpretativos, tales contradicciones desaparecen. Ramos Pascua señala en este punto que “presentando el orden jurídico como carente de antinomias Kelsen se aparta, en cierto modo, del propósito básico del positivismo jurídico y describe no tanto el Derecho como es, no la realidad desnuda del Derecho, sino una reconstrucción idealizada del mismo”¹²⁴. El “último” Kelsen, ante la evidencia, se ve forzado a reconocer que esos conflictos entre normas son reales, y no aparentes¹²⁵. Otro punto flaco lo encontramos al intentar casar la idea de un orden jurídico exento de contradicciones con el voluntarismo del que Kelsen participa. Lo coherente, partiendo de los postulados voluntaristas, es reconocer que pueden darse antinomias entre normas jurídicas. Quizá Kelsen también llega a reflexionar sobre este extremo y es por ello por lo que en su última etapa se emancipa de su anterior tesis del principio lógico de no

¹²² *Ibid*, p. 68.

¹²³ Téngase en todo momento en consideración que Kelsen es neokantiano y que para él toda Ciencia, para ser tal, debe tener su propio objeto de estudio, que debe ser autónomo; y en el caso particular de la Ciencia del Derecho, ésta tiene por función la de describir el Derecho legislado (positivo) como un todo exento de contradicciones y de antinomias. Toda ciencia debe poder describir su objeto de estudio como una unidad no contradictoria.

¹²⁴ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 68.

¹²⁵ José DELGADO PINTO, *op. cit.*, p. 148.

contradicción¹²⁶. Por tanto, la Ciencia del Derecho simplemente se limita a dejar constancia de la existencia de esa situación conflictual, dejando su resolución al órgano encargado o a la pérdida de eficacia de una de esas normas contradictorias.

Ahora bien, ¿significa esto que ya no es posible entender el Derecho positivo como sistema? Kelsen continuará haciendo alusión al Derecho positivo como un sistema aun en su última etapa intelectual¹²⁷. La Ciencia del Derecho simplemente se limitará a describir con enunciados tales contradicciones, y que, por lo tanto, los enunciados no se contradicen entre sí, simplemente describen. Es decir, pueden darse contradicciones entre normas jurídicas (prescripciones), pero no entre los enunciados de la Ciencia jurídica (proposiciones) encargada de describir el Derecho. Estos enunciados son los que dan cuenta de las contradicciones del sistema normativo. El Derecho no puede ser un sistema dinámico puro y parece que es conveniente una revisión crítica del postulado de Kelsen de que el orden jurídico es una unidad, un sistema¹²⁸.

4. CONCLUSIONES

Primera. Ninguna teoría doctrinal ha conseguido dar una solución satisfactoria al problema de la validez del Derecho; tampoco la *Teoría pura del Derecho* de Kelsen. La *norma fundamental* no es instrumento suficiente para fundamentar la validez del Derecho ni para conseguir delimitar perfectamente Derecho y Moral. Ni parece posible encerrar al Derecho en el Derecho, ni es posible solucionar el problema de la validez del Derecho simplemente presuponiéndola.

Segunda. Kelsen define su teoría de la validez como una teoría que se encuentra a mitad de camino entre dos tesis opuestas: aquella que sostiene que validez y eficacia no tienen nada que ver, y aquella que sostiene que validez y eficacia son lo mismo. Sin embargo, si sólo se puede presuponer la *Grundnorm* respecto de aquellos sistemas jurídicos eficaces, la relación entre validez y

¹²⁶ Hans KELSEN: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Julius Springer, 1925, pp. 104-105.

¹²⁷ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 69.

¹²⁸ *Ibid.*

eficacia se torna complicada. No es poca la doctrina que critica a Kelsen arguyendo que el fundamento último de la validez tiene que ser, por ende, la eficacia.

Tercera. La posibilidad de compatibilizar sobre la *norma fundamental* las nociones de condición lógico-trascendental y el ficcionalismo de Vaihinger resulta sumamente problemática.

Cuarta. No es posible la configuración del Derecho como un sistema normativo dinámico “puro”; al igual que la Moral tampoco puede constituir un sistema normativo estático “puro”.

Quinta. Gran parte de las críticas formuladas al planteamiento del problema de la validez que efectúa Kelsen parten de un correcto planteamiento de su pensamiento; por lo que estas críticas no buscan respuestas, sino que exigen importantes cambios en el pensamiento kelseniano.

Finalmente, debe constatar que Kelsen no da consecución a sus principales objetivos: fundamentar la validez del Derecho sin recurrir a instancias metafísicas, trazar una clara frontera entre Derecho y Moral, y crear una auténtica Ciencia del Derecho. No obstante, es innegable que su forma de abordar la cuestión es novedosa, creativa y atractiva, dando pie a la producción doctrinal y académica de otros autores como Alf Ross o H.L.A. Hart. El planteamiento kelseniano del problema de la validez reside, aunque sea subconscientemente, en la forma de entender el Derecho de varias generaciones de juristas y estudiantes de Derecho. Kelsen sigue constituyendo a día de hoy un referente ineludible para entender la Teoría del Derecho contemporánea.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Obras

CASTILLO VEGAS, Jesús: *Apuntes de Teoría del Derecho*, Valladolid, curso académico 2016-2017.

DELGADO PINTO, José: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, CEPC, 2006.

GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, María Teresa: *Apuntes de Filosofía del Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, curso académico 2019-2020.

KELSEN, Hans: *Reine Rechtslehre* (1ª ed.), Wien, Verlag Österreich, 1943.

KELSEN, Hans: *Reine Rechtslehre* (2ª ed.), Wien, Verlag Österreich, 1960.

KELSEN, Hans: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Julius Springer, 1925.

KELSEN, Hans: *Teoría general del Derecho y del Estado* (2ª ed., 5ª reimp.; trad. Eduardo García Máynez), México D.F., UNAM, 1995.

KELSEN, Hans: *Teoría general de las normas* (1ª ed.; trad. Hugo Carlos Delory Jacobs), México D.F., Trillas, 1994.

PIAGET, Jean: *El estructuralismo* (1ª ed., 1ª reimp. julio 1999; trad. Publicaciones Cruz O., S.A., con la colaboración de Claudia A. Loeffler Berg), México D.F., Publicaciones Cruz O., S.A., 1999.

RADBRUCH, Gustav: *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1ª edición en español, 11ª reimp.; trad. Wenceslao Roces), México, Fondo de Cultura Económica, 1951.

RAMOS PASCUA, José Antonio: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Madrid, Tecnos.

RECASÉNS SICHES, Luis: *Panorámica del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963.

RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia: "Razón y voluntad en la concepción del Derecho de Hans Kelsen. La importancia de la "norma fundante básica", en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008.

SANDEL, Michael J.: *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?* (1ª ed., 2ª reimp.; trad. Juan Pedro Campos Gómez), Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, S.A.U, 2016.

TEBALDESCHI, Ivanhoe: *La vocazione filosofica del diritto*, Giuffrè, Milano, 1979.

TROPER, Michel: *La Filosofía del Derecho* (1ª ed., 2ª reimp.; trad. Mª Teresa García-Berrio Hernández), Tecnos, Madrid, 2004.

- **Artículos de revista**

CALSAMIGLIA, Albert: *En defensa de Hans Kelsen*, "Working Paper" n. 129 (1997), Barcelona.

CUENCA GÓMEZ, Patricia: *Aspectos clave de la teoría del Derecho de Adolf J. Merkl*, “Revista Telemática de Filosofía del Derecho” n. 17 (2014).

MARTÍN ARMENGOL, Raúl A.: *Norma fundamental y poder político*, “Revista de Ciencias Políticas Politeia” (2012).