



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El problema de la validez en H. KELSEN

Presentado por:

Roberto Merino Gonzalo

Tutelado por:

Enrique Marcano Buenaga

Resumen:

La problemática que gira en torno a la validez ha tenido en velo a muchos autores de la filosofía contemporánea en el ámbito jurídico. Sin embargo, no es hasta la aparición de la Teoría Pura del Derecho de H. Kelsen que se produce un punto de inflexión en esta esfera.

La intención principal de este Trabajo es exponer el planteamiento del filósofo sobre esta cuestión, intentando solucionar los problemas tangentes a la misma con el fin de sentar las bases de una ciencia jurídica autónoma limitada estrictamente al Derecho Positivo.

Si bien la problemática no consigue esclarecerse de manera contundente, no podemos negar la originalidad e innovación que Kelsen introduce en el ámbito del pensamiento jurídico hasta el punto de convertirse en un referente Imprescindible, incluso en la actualidad.

Palabras clave:

validez, eficacia, obligatoriedad, moral, norma. norma fundamental, deber, ordenamiento jurídico, sistema, sociedad, jerarquía normativa, Constitución.

Abstract:

The problem of validity has veiled many authors of contemporary philosophy in the legal ambit. However, it was not until the publication of H. Kelsen's Pure Theory of Law that an inflection point was reached in this sphere.

The main intention of this paper is to set out the philosopher's approach to this issue in an attempt to solve the tangential problems in order to establish the bases of an autonomous legal science strictly limited to Positive Law.

Although the problem is not resolved in a conclusive way, we cannot deny the originality and innovation that Kelsen introduces in the field of legal philosophy to the point of becoming a reference nowadays.

Key Words:

validity, effectiveness, binding, morality, norm. fundamental norm, duty, legal system, system, society, normative hierarchy, Constitution.

Valladolid, 24 de junio de 2022

EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ EN H. KELSEN

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
1.1. Biografía.....	6
1.2. Trayectoria del pensamiento de Kelsen en relación con la validez jurídica.	7
2. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ EN HANS KELSEN	8
2.1. LA VALIDEZ JURÍDICA Y LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES	8
2.1.1. Principales teorías relativas al concepto de validez jurídica .	9
2.1.2. Validez jurídica y Eficacia.....	10
2.1.3. Kelsen y la “Pureza Metódica”.....	11
2.1.4. El objeto del derecho como ciencia normativa: la norma jurídica	13
2.1.5. El orden u ordenamiento jurídico.....	15
2.1.6. Kelsen y la Obligatoriedad del Derecho	16
2.2. LA NORMA FUNDAMENTAL.....	24
2.2.1. ¿Cuál es el origen de la Norma Fundamental?	24
2.2.2. Funciones de la Norma Fundamental.....	25
2.2.3. Naturaleza de la Norma Fundamental.....	28

2.2.3.1. La Norma Fundamental como norma formal	29
2.2.3.2. La Norma Fundamental como norma presupuesta	30
3. REVISIÓN CRÍTICA.....	33
3.1. CAPACIDAD DE LA NORMA FUNDAMENTAL PARA FUNDAMENTAR LA VALIDEZ.....	33
3.2. LA CONFIGURACIÓN SISTEMÁTICA DEL DERECHO PREDISPUESA POR LA NORMA FUNDAMENTAL.....	39
4. CONCLUSIONES.....	46
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Biografía

H. Kelsen era uno de los juristas del S. XX más importantes e influyentes del momento. Nacido un 11 de octubre de 1881, compartió inquietudes por el mundo jurídico con otras figuras importantes como fueron Max Weber, Georg Jellinek o H. L. A. Hart, grandes pensadores contemporáneos al mismo.

Es conveniente tratar la trayectoria a lo largo de la vida de Kelsen, pues es un pequeño reflejo de su posición teórica a lo largo de toda su obra, la cual, puede afirmarse, sufre de una constante reforma y mejora a lo largo de diversas fases que mencionaremos más adelante en este trabajo.

Hans Kelsen nació y se crio en el seno de una familia judía, que de forma temprana se traslada a Viena, donde Kelsen cursa sus estudios. En aquel momento la ciudad de Viena está logrando una auténtica revolución cultural debido a las reformas liberales introducidas por el emperador que logran dar un enorme impulso al desarrollo de prácticamente todas las áreas culturales. Al concluir sus estudios, nuestro autor optó por la docencia, dedicándose a la misma en la Universidad de Viena desde el año 1917. Esta época de nuestro autor estuvo marcada por dos sucesos históricos de gran índole: la Primera Guerra Mundial (1914 a 1918) lo que conllevó a la disgregación del imperio Austrohúngaro y, más tarde, el ascenso del nazismo (1933) junto con la Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945) lo que le condujo a abandonar Europa hacia Estados Unidos.

Kelsen fue uno de los principales pilares para la redacción de la Constitución austriaca en 1920.¹ Tras la Primera Guerra mundial se trasladó a la universidad de Colonia en 1929, aunque tuvo que abandonar Alemania tras el auge del nazismo. Tras esta etapa estuvo dando clase en la Universidad de Ginebra y luego en la de Praga, hasta que, debido al estallido de la Segunda Guerra Mundial, decidió trasladarse a Estados Unidos,

¹ ROBLES MORCHÓN, Gregorio: *Hans Kelsen, vida y obra*, "Real Academia de Ciencias Morales y Políticas", Madrid. N.º 91, (2014), p. 511.

obligado a abandonar Europa en busca de refugio. Tras una breve etapa en Harvard, terminó como docente en la universidad de Berkeley en 1942 donde enseñaba Ciencias Políticas. Finalmente falleció en Orinda, Berkeley, en el año 1973.²

Es de suma importancia destacar en Kelsen que “*su concepción del derecho como técnica para resolver los conflictos sociales le convierte en uno de los principales teóricos de la democracia del siglo XX. Entre sus obras destacan De la esencia y valor de la democracia (1920), Teoría general del Estado (1925) y Teoría pura del Derecho (1935)”.*³

1.2. Trayectoria del pensamiento de Kelsen en relación con la validez jurídica.

La problemática de la validez jurídica es una constante a lo largo del desarrollo del ámbito jurídico hasta nuestros días, pues es considerado uno de los conceptos más ambiguos en la teoría jurídica. Aquí radica también su estrecha conexión con el positivismo jurídico, siendo la teoría de Kelsen relativa a la denominada “Norma Fundamental” o *Grundnorm*. Esta *norma fundamental* es el elemento teórico necesario para entender (*Verstehen*) la unidad y validez en el contexto del ordenamiento jurídico,⁴ el origen de un exhaustivo estudio estructural de la validez jurídica. Sin poder indagar profundamente sobre el tema, ya que ello exigiría un estudio acentuado de toda la evolución del pensamiento relativa a la doctrina kelseniana, cabe destacar una serie de etapas, de manera introductoria, directamente relacionadas con la evolución de esta teoría de la norma fundamental. Esto supone un precedente en este ámbito y lo trataremos con más profundidad a lo largo de este trabajo.

² KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho* (1ª ed. *Reine Rechtslehre* 1934; trad. Gregorio Robles y Félix F. Sánchez) Madrid, Trotta., pp. 9-16.

³ FERNÁNDEZ, Tomás y TAMARO, Elena: *Biografía de Hans Kelsen*, en “Biografías y Vidas. La enciclopedia biográfica en línea [Internet]”, Barcelona, España, 2004. Disponible en <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/k/kelsen.htm> [fecha de acceso: 28 de febrero de 2022].

⁴ VAN EIKEMA HOMMES, Hendrik: *La evolución del concepto kelseniano de norma jurídica* (trad. Alban d'Entremont), “Persona y Derecho”, Vol. 10, 1983., p. 17.

Podemos dividir la evolución del pensamiento de Kelsen sobre la teoría de la norma fundamental en tres etapas principales:⁵

-La primera etapa se establece entre 1914 y 1934, correspondiente al nacimiento de la noción de *norma fundamental*.

-La segunda etapa abarca desde 1934 hasta 1960, fecha de la aparición de la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*, donde, en palabras de Ramos Pascua, “*nos encontramos aquí con un concepto de norma fundamental plenamente desarrollado y expuesto sistemáticamente*”.⁶

-La tercera y última etapa corresponde a los años posteriores a 1960, en la cual el concepto de *norma fundamental* sufre algunas modificaciones relevantes.

La relevancia de toda esta maquinación y evolución viene dada, como señala Ramos Pascua, por el objetivo final de Kelsen desde el inicio de su pensamiento: “*elevar la Jurisprudencia a la altura de ciencia auténtica o, lo que es lo mismo, sentar las bases de una ciencia jurídica autónoma limitada estrictamente al Derecho Positivo*”.⁷

2. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ EN HANS KELSEN

2.1 LA VALIDEZ JURÍDICA Y LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES

Para comenzar a tratar más en profundidad en la problemática de la validez jurídica, cabe mencionar, como antes se ha introducido brevemente en este trabajo, que el aspecto de la validez en el mundo jurídico es una controversia constante en el ámbito filosófico-jurídico, de forma que se mantiene hasta nuestros días. Esta controversia o falta de resolución viene dada

⁵ RAMOS PASCUA, José Antonio: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid, Tecnos., pp.35-36

⁶ *Ibid.*, p. 36.

⁷ *Id.*

principalmente por dos aspectos: el primero viene a ser que las soluciones propuestas distan mucho entre ellas, mientras que el segundo aspecto viene dado al partir estas propuestas de distintas ideas carentes de un planteamiento aceptado comúnmente.⁸

De cara a cuestionarse el origen del problema conceptual de este término denominado “validez” es un buen punto de salida mencionar que el propio adquiere significado de manera colateral en un contexto general o global en la filosofía jurídica, debido sobre todo a que los principales autores no realizan una definición exhaustiva del mismo, o también, como hemos mencionado, utilizan una conceptualización distinta. A pesar de ello, el resultado es idéntico: una ausencia de un concepto objetivo y delimitado del término “validez” en el ámbito jurídico.⁹

Podemos afirmar entonces que, *“en gran parte, a partir de Kelsen, el derecho será derecho objetivo, positivo, válido, aclarando que esta validez es temporal y geográficamente restringida al territorio estatal”*.¹⁰

2.1.1. Principales teorías relativas al concepto de validez jurídica

Es sin duda importante mencionar, de forma no exhaustiva, pero sí necesaria, algunas de las principales teorías relativas al concepto problemático sobre el que versa este trabajo a modo introductorio. Siguiendo a José Delgado Pinto podemos separarlas en tres grupos principales:¹¹

-Primer grupo: en el que el concepto de validez equivale a una fuerza vinculante u obligatoriedad que corresponde al derecho con origen en un valor o cualidad.

-Segundo grupo: conforme al cual se entiende por validez la existencia de las normas jurídicas, una existencia que difiere de su eficacia, es decir, su afirmación no es una mera mención a hechos empíricos observables.

⁸ DELGADO PINTO, José: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, CEPC, 2006., p. 193.

⁹ *Ibid.*, p. 194

¹⁰ DÍAZ RICARDO, Tatiana: *Validez del derecho*, “Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo”, Vol.3, N.º. 1 (2011), p. 107.

¹¹ José DELGADO PINTO, *op. cit.*, p. 224.

-Tercer grupo: aquel en el que el concepto de validez se identifica con la existencia de las normas jurídicas identificables con su eficacia y cuya afirmación se basa en comprobar unos hechos empíricos observables.

2.1.2. Validez jurídica y Eficacia

Kelsen pertenece al segundo grupo mencionado en el apartado anterior, pues sostiene que “con el término “validez” (*Geltung*) designamos la existencia específica de una norma”.¹² Con esta afirmación hace alusión a normas constitutivas del “deber ser” (*Sollen*), refiriéndose a una existencia “ideal”. Por lo aquí expuesto, la validez no se identifica con eficacia en Kelsen, pues para él, la eficacia (*Wirksamkeit*) es simplemente una condición de la validez, no una razón o fundamento. Para nuestro autor, la eficacia es una *conditio sine qua non* de la validez, pero sin llegar en ningún caso a fundamentarla, pues un “deber ser” no puede derivarse de un “ser”. Siguiendo esta línea, un “deber ser” solo puede derivarse de otro “deber ser”, es decir, una norma solo puede derivarse de otra, jerárquicamente superior, que le otorga o fundamenta su validez, y esta a su vez de otra también superior. Este proceso se realizaría de manera constante hasta llegar a la última norma del ordenamiento positivo que no encontraría fundamento en otra norma superior. Es para evitar que esta última norma del Derecho positivo (la Constitución) no tenga validez, la razón por la que Kelsen recurre a su *norma fundamental*, sobre la que hemos mencionado de manera introductoria anteriormente, para dotarla de validez y evitar que se derrumbe todo el ordenamiento jurídico.

Kelsen entiende que una norma es válida por su mera existencia, dejando a un lado el comportamiento o conducta real de una sociedad con relación a las mismas normas.¹³ De esta manera asumimos que, mientras la validez es una cualidad inherente a las normas, la eficacia es la relación entre las mismas y el comportamiento humano.¹⁴

¹² KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho* (2ª ed. *Reine Rechtslehre* 1960; trad. Roberto J. Vernengo). UNAM, 1982, p. 23.

¹³ José DELGADO PINTO, *op. cit.*, p. 199.

¹⁴ KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho* (1ª ed.), *op. cit.*, p. 23.

Tras todo lo expuesto, es necesario señalar la distinción que realiza Kelsen de dos supuestos en relación con la validez y la eficacia:

- El primer supuesto es aquél en el que el ordenamiento jurídico es considerado en su conjunto (por ejemplo, el Derecho Español).

- Y el segundo supuesto es aquél relativo a la norma jurídica de forma individual.

Estos supuestos se relacionan entre sí, en tanto Kelsen considera que la norma es válida siempre que pertenezca a un ordenamiento jurídico válido, con independencia de su eficacia, es decir, que su validez reside en la condición de pertenecer a un orden jurídico válido. Sin embargo, el ordenamiento es válido si es eficaz en su conjunto. Para el ordenamiento, la eficacia es un requisito de validez. Esto abre las puertas a diversas críticas posteriores que afirman que en la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen no se hace distinción alguna entre eficacia y validez, sino que ambos conceptos se identifican.

Es por todo ello por lo que, como señala Kelsen, solo podemos responder al problema de la validez con la teoría de la jerarquía estructural del orden jurídico, sumada a la *norma fundamental* ya mencionada.¹⁵

2.1.3. Kelsen y la “Pureza Metódica”

Es importante en este punto mencionar algunas ideas esenciales de la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen, pues va a ayudar a esclarecer el entendimiento del Derecho por parte de este autor. Esta teoría pura es una manera de entender el Derecho, es decir, una de las muchas formas de comprender el mismo,¹⁶ convirtiéndose esta en concreto la forma última del positivismo jurídico. Para Kelsen, la preocupación clave o central de su trayectoria, como ya hemos indicado anteriormente, consiste en sentar unas bases para que el Derecho fuera una ciencia jurídica autónoma y limitada al derecho positivo.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Hay que distinguir entre la forma de entender el derecho denominada “teoría pura del derecho” y las obras que exponen dicho entendimiento.

La vía utilizada por Kelsen para lograr este objetivo fue “librar a la ciencia jurídica de elementos ajenos, ideológicos, ético-políticos y sociológicos”.¹⁷ Es aquí donde podemos apreciar una fuerte influencia de la filosofía kantiana y neokantiana, pues el calificativo de “puro” (*Rein*) viene de esta corriente, y hace referencia a la pureza (*Reinheit*) del método. Es un término directamente relacionado con las cuestiones metodológicas y epistemológicas. La influencia kantiana marcó una hoja de ruta en las ciencias con el fin de alcanzar la “pureza” a la que hemos hecho alusión. Esta guía se basa principalmente en dos aspectos: el primero es la imprescindible delimitación del “objeto” de conocimiento de la ciencia respectiva, y el segundo consiste en la importancia del “método” empleado para tal delimitación.¹⁸

En el caso de Kelsen, la teoría pura del Derecho se encuentra “descontaminada” de todo factor extrajurídico, esto es, de todo elemento que no sea normativo.¹⁹ El método que utiliza es el normativo y el objeto es el propio Derecho, entendiendo como tal un entramado de normas. Lo que nuestro autor pretende evitar con este método es el denominado “sincretismo metódico”, que consiste en la introducción de otras formas de conocimiento en la ciencia del Derecho, por lo que concurre una entremezcla de métodos y cuya consecuencia inmediata, según Kelsen, es la destrucción de la ciencia jurídica.²⁰

La *Teoría Pura del Derecho* pretende frenar cualquier posible contaminación por parte de dos factores externos al derecho: las ciencias empíricas y las ideologías. En el caso de las ciencias empíricas nos referimos directamente a aquellas ciencias cuyo objeto es la investigación de factores a través de la observación, medición y verificación, es decir, nos referimos directamente a las denominadas ciencias “naturales” (como por ejemplo la química, la física, etc. en el ámbito de las ciencias naturales o la sociología, psicología, etc. en el campo de las ciencias sociales). Frente a ellas aparecen las ciencias “normativas” que tienen como objeto final la norma (a este campo

¹⁷ SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises: *Hans Kelsen: aportaciones teóricas de la teoría pura el Derecho*. “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”. N.º. 33 (2010)., p. 20.

¹⁸ KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho* (1ª ed.), op. cit., p. 18.

¹⁹ Estos son aquellos ajenos al ámbito jurídico y que pertenecen a otras ciencias como puede ser la sociología, la psicología... etc. o incluso a otros ámbitos o formas de conocimiento no científicas como la filosofía.

²⁰ *Ibid.*

pertenecen, por ejemplo, la ética y la ciencia del derecho). El principio más importante de estas es el denominado “principio de imputación”, por el cual ciertas consecuencias se “imputan” a determinados supuestos de hecho y asimismo se atribuyen acciones a sujetos determinados consideradas responsables. Aunque este principio tiene diversas aplicaciones en esta teoría, destaca la que aparece en la propia norma, que se compone de un ilícito (supuesto de hecho) y de una sanción (o consecuencia jurídica).

Respecto al segundo factor (la ideología), la *Teoría Pura del Derecho* se describe como la teoría del positivismo jurídico, esto es, su objeto final es describir el Derecho como sistema de normas libre de cualquier valoración, ya que son subjetivas y no tienen sitio en la ciencia. Cabe destacar, que, aunque su objeto es describir de forma objetiva el derecho, ello no significa que no pueda contener elementos políticos o morales, sino que únicamente se refiere a que *“es a la ciencia a la que se exige la “pureza” metódica y no al Derecho, que es el objeto de conocimiento, el fenómeno que la ciencia ha de conocer”*.²¹

De esta manera afirmamos que la teoría del Derecho no es una teoría del Derecho “puro”. Esto no es posible, ya que el Derecho siempre posee contenidos morales, políticos, etc. No por ello debemos llegar a la conclusión de que la teoría pura es incapaz de prescindir de estos elementos. Esta teoría se fija de manera exclusiva en los aspectos generales del Derecho, esto es, en los conceptos y elementos formales, no en su contenido concreto. De esta manera concluimos que es una “teoría formal” del Derecho.²²

2.1.4. El objeto del derecho como ciencia normativa: la norma jurídica

Como hemos indicado, el objeto del método normativo es el Derecho, al entender como tal un entramado o sistema de normas. Estas normas, al principio del pensamiento de Kelsen, poseían la misma estructura formal. Nuestro autor afirma, al inicio de su obra, una concepción homogénea de la norma al contemplar la norma jurídica como *“un juicio hipotético que conecta un supuesto*

²¹ KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho* (1ª ed.), op. cit., p. 19.

²² *Ibid.*, p. 20.

fáctico ilícito con una consecuencia jurídica por medio de un nexo lógico de deber o deber-ser".²³ A esta consecuencia jurídica, Kelsen la denomina "condición" jurídica. De esta forma podemos afirmar que el contenido de la norma (como un juicio hipotético) es la suma del supuesto de hecho y la consecuencia o condición jurídica. Sin embargo, esto se da en las normas jurídicas completas, es decir, no siempre se da el caso de que la proposición jurídica²⁴ (*Rechtssatz*) aparezca de manera íntegra, sino que en la mayoría de las situaciones hay que crearla a partir de los elementos ofrecidos por otras disposiciones.

Kelsen propone como criterio metodológico imprescindible: el principio de imputación. Es decir, la unión entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica a partir de un nexo normativo (de "deber ser"), pues siempre que se dé un acto ilícito debe darse una sanción. Esto difiere del principio de causalidad en que el nexo entre condición y consecuencia es independiente del comportamiento humano, mientras que en el principio de imputación está presente una voluntad. Para Kelsen, la ética o la jurisprudencia pertenecen al campo de la ciencia de *deber ser*, ya que poseen el criterio de imputación como criterio fundamental.

Para poder delimitar más exactamente el objeto formal de la ciencia jurídica, nuestro autor propone tener en cuenta el tipo de sanción de forma específica. Consigue así separar las normas jurídicas de las normas religiosas, ya que las consecuencias de estas no aparecen en este mundo, mientras que en el caso de las normas jurídicas sí. Sin embargo, este método no es por sí suficiente, puesto que hay normas que incluyen sanciones que se producen en este mundo, pero que no son jurídicas, como pueden ser los usos sociales o las normas morales. Kelsen sugiere de esta manera la "institucionalización"²⁵ de la sanción. Es por ello por lo que separa dos tipos de sistemas normativos: el sistema normativo estático y el sistema normativo dinámico que explicaremos a continuación.

²³ *Id.*

²⁴ Debemos entender como proposición jurídica la "norma jurídica", refiriéndonos a la suma de los dos elementos mencionados en el texto, esto es, supuesto de hecho y consecuencia jurídica.

²⁵ CALSAMIGLIA, Albert: *En defensa de Hans Kelsen*, "Working Paper", N.º 129, (1997), p. 15.

2.1.5. El orden u ordenamiento jurídico

Kelsen entiende el Derecho como un conjunto normativo o sistema de normas. En este ordenamiento jurídico (*Rechtsordnung*) diferenciamos dos tipos sistemas normativos: el sistema normativo de tipo estático y el de tipo dinámico.

En los sistemas normativos estáticos se da una derivación de preceptos específicos, mediante la lógica, a partir de una norma que podríamos calificar de general. Este es el caso de la Moral, donde de una norma general (como por ejemplo tener un buen comportamiento), pueden derivarse unas pautas específicas (como puede ser ceder el asiento a los mayores, no molestar, etc.). Por esta razón, las normas adquieren un valor en función de su contenido en los sistemas estáticos.

Los sistemas normativos dinámicos, por su parte, son los propios del Derecho, es decir, aquellos sistemas donde las normas derivan unas de otras mediante la actuación de la voluntad de la autoridad correspondiente, dotándolas de contenido. Aquí es el hecho de que una norma derive de otra lo que le da fundamentación a su validez, pero lo que las dota de contenido es la intervención de la voluntad de la autoridad correspondiente. En este caso, las normas no tienen valor en relación con el contenido de estas, sino por ser constituidas a partir de una norma anterior que las reviste de validez.

Es en los sistemas normativos dinámicos donde Kelsen se encuentra con un problema grave de su propuesta teórica. Como ejemplo que refleja este problema, nuestro autor pone el caso de una madre que ordena a su hijo que debe cuidar de su hermano pequeño. Ante esta orden, el joven pregunta por qué debe hacerlo, a lo que la madre contesta que el deber de un hijo es obedecer a su madre sin dudar. Sin embargo, el hijo vuelve a preguntar que por qué se debe obedecer a las madres, a lo que, pasando a una instancia superior, la madre contesta que así lo determina Dios. Esto, al no saciar la curiosidad del niño, le sugiere otra pregunta: ¿Por qué se deben seguir las órdenes de Dios? Donde solo habría una posible respuesta: ese mandato se debe presuponer válido. Este es el principio detrás de la teoría de Kelsen sobre lo que basa su intento de resolver el problema de la validez, apoyada en la *norma fundamental*. Esta

norma debe presuponerse, delimita la autoridad normativa, y no es posible realizar una derivación lógica a partir de su contenido.²⁶

Es, en lo anteriormente señalado, donde vemos la importancia de la jerarquía normativa en Kelsen, debido a que son las normas superiores jerárquicamente las que dotan de aspectos formales de configuración a las inferiores jerárquicas y a las que también revisten de contenido en algunas ocasiones. Esta teoría le permite aclarar el concepto de validez a lo largo de su pensamiento. Toda norma es válida porque se apoya en una norma previa a ella, superior jerárquicamente, y reflejada en el derecho positivo. La sucesión de normas se realiza mediante una derivación dinámica de delegaciones de autoridad, es decir, cada norma es creada por un órgano competente y autorizado al efecto por una norma de rango superior.²⁷

Al contemplar el Derecho positivo y seguir la pauta establecida, observamos que la Constitución es la jerárquicamente superior al resto de normas de un ordenamiento jurídico. Al no darse el caso de haber una norma positiva superior que habilite su validez, Kelsen realiza la presuposición de que la Constitución es válida porque así lo autoriza una norma superior hipotética (supuesta) a la que denomina *norma fundamental* y sobre la que radica gran importancia en la teoría kelseniana.²⁸

2.1.6. Kelsen y la Obligatoriedad del Derecho

Este es un tema de capital importancia para la filosofía del Derecho, así como una de las funciones de la *norma fundamental* de Kelsen. Este punto está en estrecha relación con el tema de la Moral, pues al entender el Derecho como un conjunto de normas sociales llegamos a la conclusión inmediata de una imposición de “deberes” u “obligaciones”. Sin embargo, la definición de *deber* tiene una clara connotación moral. Este dato nos induce a entender al Derecho

²⁶ José DELGADO PINTO, op. cit., pp.122-123.

²⁷ LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, NAVARRO AZNAR, Fernando, y TORRES RUIZ, José Ramón: *Estudios de filosofía del derecho y filosofía política*, Editum Munera, UM, p. 277.

²⁸ KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho* (1ª ed.), op. cit., pp. 21-23.

como una parte de la Moral. Esta es la razón principal por la que teoría jurídica de los últimos doscientos años ha intentado diferenciar entre Moral y Derecho.²⁹

Al tratar directamente el punto de qué se entiende por Derecho, aparece la problemática de la obligatoriedad y del deber para tratar la realidad jurídica. En el caso de la ciencia jurídica, su tarea específica trata de dar respuesta a la problemática o cuestión particular de la forma de los enunciados jurídicos, esto es, de su carácter normativo, o, en otras palabras, de si las normas en el Derecho son o no obligatorias y cuál es el significado, en general, de la obligación o deber que estas imponen.³⁰

En el caso de la teoría jurídica positivista, se plantea de forma estricta el punto de la separación entre Derecho y Moral, aunque la cuestión en sí ha sido objeto de un intenso debate. Como afirmamos en el punto anterior, el Derecho y la Moral se diferencian en los principios de heteronomía y autonomía sobre los que sustentan sus bases. En el caso del principio de autonomía moral, se da a entender de manera generalizada una versión diferente al pensamiento kantiano, pues *“cuando se afirmaba la autonomía moral se quería decir que cada individuo se da a sí mismo sus propias normas morales, que las verdaderas normas morales son sólo aquellas que la conciencia de cada uno establece o reconoce como tales. Y de forma también general se conectaron las ideas de obligatoriedad y de deber a la de esta normatividad moral subjetiva”*.³¹

Tras ello, surge la cuestión de si es posible entender las normas del Derecho como verdaderas normas obligatorias y de si pueden las normas jurídicas dar pie a auténticas obligaciones o deberes.

Diferenciamos así dos posiciones:

- 1- Posición que mantiene la noción tradicional de obligación o deber.
- 2- Posición que mantiene una separación exhaustiva entre Moral y Derecho.

Aquellos que mantienen la noción tradicional afirman sin debate que el fundamento del deber jurídico es posible en cuanto se apoya, de una u otra

²⁹ José DELGADO PINTO, op. cit., p. 152

³⁰ *Ibid.*, p. 154.

³¹ *Id.*

forma, en la moralidad subjetiva.³² Una clara representación de esta posición son las “teorías del reconocimiento”,³³ en las cuales no hay un “deber jurídico”, sino una reducción a un “deber moral”. (“Esto es compatible con la afirmación de que las normas contrarias a la moral no son válidas, pero también lo es con la afirmación de que las normas válidas contrarias a la moral no son obligatorias”).³⁴

Por otro lado, en el segundo grupo se defiende la idea de la validez del Derecho de forma independiente a cualquier relación con la subjetividad moral. En relación con esto, se afirma la existencia de “*deberes jurídicos*” en conexión con la propia existencia del Derecho. La noción de *deber* aquí adquiere ya un significado distinto respecto al primer grupo, pues se forma a partir de la idea de “*compulsión producida por la posibilidad de una sanción*”.³⁵

Es por ello por lo que se plantea la duda de si tiene o no fundamento seguir tratando el significado de *deber* en este sentido, pues se produce una distorsión en su significado. En este sentido, Julius Binder afirma en 1912 (en su obra *Rechtsnorm und Rechtspflicht*) que “*deber*” en el ámbito jurídico tiene una connotación distinta, pues no es un concepto jurídico y, en el ámbito del Derecho, no existe una obligación jurídica a nada. Cabe destacar que en ese momento no se ponía en duda la idea de que el Derecho se basa en normas que imponen obligaciones. Tras las afirmaciones de Binder, que niegan el carácter obligatorio de las normas del Derecho, se plantea si es o no posible entender el Derecho sin tener en cuenta los términos de obligatoriedad y deber.³⁶

Es en este momento cuando cabe destacar la teoría jurídica positivista contemporánea, pues esta corriente considera este asunto como un tema decisivo y polémico. Aquí Kelsen, como uno de los máximos representantes de esta corriente, “*intenta apoyar al positivismo en unas bases crítico-*

³² *Id.*

³³ Vid. en el apartado de este trabajo correspondiente al punto 2.2.3.2 relativo a la Norma Fundamental como norma presupuesta.

³⁴ JOAN MORESO, Josep: Sobre la noción de validez normativa, “*Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*”, N.º 30 (2007), p. 146.

³⁵ José DELGADO PINTO, op. cit., p. 155.

³⁶ Cfr. BINDER, Julius: *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, Leipzig, 1912, pp.45-47, apud DELGADO PINTO, José: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, CEPC, 2006., p. 155.

epistemológicas definidas, ofreciendo del mismo una versión coherente y sistemática".³⁷

Kelsen busca en este aspecto reivindicar el término de *deber jurídico* en sentido estricto para la ciencia jurídica, y mantiene en sus escritos que el Derecho tiene como función propia e inherente el hecho de imponer estos deberes. Kelsen afirma que la *Teoría Pura del Derecho* solamente se limita a ver en el *deber jurídico* la norma jurídica individualizada, separando así el deber jurídico del deber moral, de manera que entiende por deber jurídico lo siguiente: *"un individuo está jurídicamente obligado a realizar una determinada conducta en la medida en que la conducta opuesta viene establecida en la norma de derecho como condición de un acto coactivo al que se califica de consecuencia del ilícito"*.³⁸

Además, diferencia los conceptos de *deber* y de *responsabilidad*, al entender por esta última un tipo especial de deber.³⁹

Tras todo ello, Kelsen afirma que *"la única función esencial del derecho objetivo es imponer deberes jurídicos. Toda proposición jurídica, necesariamente, establece un deber jurídico"*.⁴⁰

Por otra parte, Kelsen traslada el objetivismo ético propio del iusnaturalismo al campo del Derecho positivo al afirmar que *"Todo acto de voluntad dirigido a que otro se comporte de una determinada manera, todo imperativo, posee el sentido subjetivo de un deber ser, ya que para quien emite el imperativo la conducta requerida debe ser. Pero en el caso de una norma válida no se trata tan sólo de este sentido subjetivo, sino de un deber ser también en sentido objetivo, esto es, vinculante en general para los destinatarios de la norma"*.⁴¹

Aparece así la idea que defiende Kelsen respecto a que no pueden considerarse válidas al mismo tiempo una norma jurídica que impone una

³⁷ *Ibid.*, p. 158.

³⁸ KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho* (1ª ed.), op. cit., p. 72.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Ib.*, p. 73.

⁴¹ José DELGADO PINTO, op. cit., p. 160-161.

determinada conducta como debida y una norma moral que indica como debida otra conducta contradictoria a la primera.

Es en su primera obra sistemática (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*) cuando Kelsen afirma que es preciso caracterizar el concepto de deber jurídico contraponiéndolo al de deber moral. Esta distinción recae sobre dos principios relativos a la voluntad del individuo:⁴²

1- Principio de heteronomía.

2- Principio de autonomía.

El *deber* moral se apoya en el principio de autonomía de la voluntad, esto es, el propio individuo es quién, desde su fuero interno, se impone ese deber u obligación; en otras palabras, nos encontramos ante una *autolegislación*, hasta el punto de calificar Kelsen este *deber* moral como un “fenómeno psíquico”. Si bien es cierto que en ocasiones nos encontramos ante una exteriorización de este deber, Kelsen afirma que simplemente se trata de una proyección de la propia subjetividad y que, de manera inevitable, no se puede producir una separación radical entre el “ser” y el “deber ser”.

En el caso del deber jurídico, esta separación se presenta de forma clara, pues se rige por el principio de heteronomía, esto es, de manera independiente a la autonomía del individuo; en otras palabras, este *deber* es impuesto de manera objetiva y externa al propio individuo.⁴³

A pesar de esta distinción, cabe destacar la afirmación de Kelsen respecto a que el punto de partida de la definición de *deber* jurídico se encuentra en la propia Moral, pero evita confundir ambos. En su obra *Allgemeine Theorie der Normen*, nuestro autor señala de una forma más profunda que ambos sistemas, tanto la Moral como el Derecho, son sistemas normativos cuyas bases se establecen tanto en el principio de autonomía como el de heteronomía. Esto se debe principalmente a que sus normas no están establecidas por los destinatarios (heteronomía) sumado al hecho de que para poder aplicar la norma en cuestión debe ser considerada válida por el órgano o responsable de aplicarla (autonomía). A pesar de su postura central, en las normas jurídicas la balanza

⁴² *Ib.*, p. 162.

⁴³ *Supra.*

parece inclinarse a favor del principio de heteronomía que aparece reforzado, pues su validez es independiente del reconocimiento e incluso del conocimiento de sus destinatarios.⁴⁴ Parece interesante mencionar a este respecto la relación existente con nuestro propio ordenamiento jurídico español, pues se recoge en el artículo 6 del Código Civil la no exención del cumplimiento de la ley a pesar de su desconocimiento.

En la doctrina kelseniana se puede observar cómo el *deber* coincide con la propia norma de manera inequívoca. No se puede sostener que el *deber* y la norma son realidades distintas, sino que son una misma entidad.⁴⁵ De esta manera, el *deber*, tanto jurídico como moral, recae en la norma, referida a la conducta del individuo que regula. En la *Teoría Pura del Derecho*, toda norma establece un *deber ser*, referido a la conducta del individuo.⁴⁶

A pesar de ello, la diferencia entre la norma moral y la norma jurídica no recae ni en los fines, pues ambas muchas veces corrigen las mismas conductas, ni en su fuerza obligatoria. Por ello, nuestro autor plantea, sin una completa aclaración, que la diferencia principal radica en su “eficacia”, pues no es correcto negar que una norma moral tiene tanto o más eficacia que una norma estatal en multitud de ocasiones.⁴⁷

Ahora bien, Kelsen afirma que la función propia del Derecho de crear un orden coactivo es contraria a la idea de que el Derecho ordena una forma de actuar al individuo bajo una amenaza. Las normas en el Derecho no coaccionan, sino que establecen un nexo lógico entre un comportamiento y una consecuencia jurídica. El hecho de afirmar que el Derecho coacciona a sus destinatarios equivale a abandonar su faceta normativa, idea que Kelsen rechaza.

Entramos de esta forma en una cuestión relativa al porqué de que cuando hablamos del ordenamiento jurídico, el acto coactivo es algo objetivo. Para Kelsen, la obligatoriedad se reduce a un simple nexo lógico entre una forma de

⁴⁴ LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, NAVARRO AZNAR, Fernando, y TORRES RUIZ, José Ramón: *op. cit.*, p. 275.

⁴⁵ José DELGADO PINTO, *op. cit.*, p. 166.

⁴⁶ *Ib.*, p. 168.

⁴⁷ LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, NAVARRO AZNAR, Fernando, y TORRES RUIZ, José Ramón: *op. cit.*, p. 274.

actuar y una sanción que “debe” ser aplicada por un órgano estatal al que actúa de tal forma.⁴⁸

Esto deriva a su vez en la necesidad de cuestionarse el porqué de la no objetividad del mandato dado por un criminal, mientras que en el Derecho sí es algo objetivo. Para contestar a estas cuestiones, Kelsen responde, como ya indicamos, con lo que constituye uno de los aspectos más famosos de la *Teoría Pura del Derecho*, que es la doctrina del fundamento de la validez de las normas jurídicas. Para fundamentar la validez de las normas, Kelsen recurre a una norma presupuesta denominada *norma fundamental*. Esta, como veremos a su vez a lo largo de este trabajo, es una norma supuesta, y más adelante denominada ficticia, como así lo define Kelsen en la parte más madura de su pensamiento.⁴⁹

Tras todo lo expuesto, cabe afirmar que el Derecho, como un conjunto de normas o reglas sociales coactivas, se considera objetivamente válido a partir de la suposición de esa *norma fundamental*.

De vuelta a lo anteriormente indicado, cabe indagar en la cuestión del porqué de la no validez objetiva de las normas, que pueden darse en una banda criminal, mientras que las normas del Derecho son objetivamente válidas. De aquí Kelsen deriva uno de los puntos centrales de su doctrina: la relación entre validez y eficacia.

Kelsen afirma que no se pueden comparar ambos mandatos (el mandato dado por la banda criminal y el mandato del Derecho) porque al primero de ellos le falta la eficacia mantenida en el tiempo y aplicada en un territorio que posee el segundo mandato, pues en este caso no hay otro conjunto de mandatos del mismo tipo, dentro de un mismo territorio, que se contraponga de manera victoriosa. Solo dentro de esta eficacia podemos presuponer la *norma fundamental*, o, dicho de otro modo, la eficacia condiciona la validez pues sin ella no cabe la presunción de la *norma fundamental*. De este modo podemos destacar que en el pensamiento kelseniano se afirma, en más de una ocasión, que la *norma fundamental* permite, en cierto modo, la posibilidad de interpretar

⁴⁸ José Antonio RAMOS PASCUA, op. cit., p. 58.

⁴⁹ José DELGADO PINTO, op. cit., p. 185.

el Derecho como un sistema de reglas sociales coactivas eficaces y, por lo tanto, objetivamente válidas, así como la “transformación” del poder en derecho.⁵⁰

Kelsen, en este ejemplo en particular, llega a afirmar que la única diferencia existente entre el ordenamiento jurídico y el sistema de normas establecido por una organización criminal reside en la eficacia, pues no existe un valor moral que pueda diferenciar ambos ordenamientos. Además, las normas de la organización no derivan de ninguna norma básica que determine su obediencia. En el caso concreto de que las normas de la organización se impongan sobre las del Estado en un territorio concreto, ocurrirá la pérdida de la eficacia de estas y, por lo tanto, la pérdida de su validez. Las normas de la organización obtienen así validez mediante su eficacia, estableciéndose como verdadero ordenamiento jurídico.⁵¹

Es importante advertir que la configuración de Kelsen respecto a la eficacia como *conditio sine qua non* de la validez ha causado un efecto distinto del que esperaba. Diversos autores dedujeron posteriormente que ambos conceptos se identifican como uno solo en la *Teoría Pura del Derecho*. Sin embargo, Kelsen se mantiene firme en su postura cuando afirma que el hecho de que una norma sea válida (exista) es diferente a su aplicación.⁵²

De esta manera vemos que el Derecho, como conjunto de normas sociales y válidas, y, por tanto, obligatorias, es una premisa necesaria para el objetivo de la *Teoría Pura del Derecho* de dotar a la ciencia del Derecho de un objeto propio, pero cuya existencia no podemos probar.⁵³

Pese a todo lo mencionado anteriormente, Kelsen recibe una serie de críticas frente a las que, en opinión de Delgado Pinto, no logra defenderse. Este autor afirma de forma rotunda que “*los argumentos de Kelsen no ofrecen, a mi juicio, razones sólidas para probar, frente al punto de vista que él llama sociológico, la legitimidad y la necesidad del punto de vista normativo, es decir, del punto de vista que considera al Derecho como un conjunto de normas socialmente obligatorias, de normas que establecen un deber ser objetivo. Esto*

⁵⁰ *Ib.*, p. 186-187.

⁵¹ UGARTE GODOY, José Joaquín: El sistema jurídico de Kelsen. Síntesis y Crítica. “Revista Chilena de Derecho”, Vol. 22, N.º 1, 1995, p. 114.

⁵² José Antonio RAMOS PASCUA, op. cit., p. 61.

⁵³ José DELGADO PINTO, op. cit., p. 187.

se debe, sin duda, a las limitaciones que se autoimpone la Teoría Pura del Derecho por su punto de partida epistemológico”.⁵⁴

Cabe señalar que las diversas críticas que Kelsen ha recibido respecto a este tema dejan constancia inequívoca de la falta de claridad que rodea a todo este asunto, siendo fundamentalmente la causa una inexactitud que acompaña al término del *deber ser* en todo el pensamiento kelseniano y cuya resolución elude nuestro autor.⁵⁵

2.2. LA NORMA FUNDAMENTAL

2.2.1. ¿Cuál es el origen de la Norma Fundamental?

Antes de entrar a fondo en la cuestión de la *norma fundamental*, es necesario destacar el hecho de que la idea original de esta norma como concepto no es algo completamente novedoso de Kelsen, pues se trata de un concepto ya trabajado por la doctrina previa. Sin embargo, vemos que la idea o pensamiento propio de Kelsen está mucho más desarrollado que las de sus predecesores en este aspecto.

Kelsen en ningún momento trató de apropiarse de la originalidad de este pensamiento, pues así lo expresó abiertamente en la etapa de mayor maduración de su pensamiento, más concretamente en su artículo *Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie?* Aquí afirma que el jurista Georg Jellinek ya habló de “una proposición suprema de todo orden jurídico”. Esta proposición mantiene un enorme parecido con la *norma fundamental* de nuestro autor, pues Jellinek afirma en su obra *Gesetz, Gesetzenanwendung und Zweckmässigkeitserwägung* que, si en una sociedad se da un “detentador supremo de poder” (una máxima autoridad), lo que esta establezca debe obedecerse.⁵⁶

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ José Antonio RAMOS PASCUA, op. cit., p. 58.

⁵⁶ Cfr. JELLINEK, Walter: *Gesetz, Gesetzenanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*. Tübingen, 1913, p. 27. Apud Ramos Pascua, José Antonio: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid, Tecnos p. 39.

La inquietud de Kelsen por desarrollar la teoría de esta norma se identifica con el tratamiento del Derecho desde un punto de vista dinámico, esto es, los procesos propios del tratamiento del Derecho (creación, aplicación, etc.). Estos procesos se dan desde la norma situada en la cumbre del Derecho positivo, hasta la norma inferior jerárquica del ordenamiento jurídico. Esta perspectiva le supone a nuestro autor la problemática de encontrar el origen de la primera norma del ordenamiento positivo.

Es aquí donde toma gran importancia en la teoría de Kelsen la *norma fundamental*, pues es su instrumento principal para responder diversas cuestiones tan importantes como sustentar la validez de las normas jurídicas o la obligatoriedad del derecho, entre otras, sobre las que tratamos a continuación.

2.2.2. Funciones de la Norma Fundamental

Esta norma constituye el pilar central para solucionar el problema de la validez, sobre el que versa este trabajo, con el objetivo de fundamentar la misma. “*Con el término validez no alude a una cualidad o propiedad de las normas. Rigurosamente hablando, alude estrictamente a su existencia. Que una norma sea válida significa, ni más ni menos, que existe*”.⁵⁷

A pesar de que esta es la función principal de esta *norma fundamental*, no podemos olvidar los diversos flecos problemáticos que surgen junto a esta cuestión y a los que trata de dar solución.

2.2.2.1. Unidad del Derecho

Como ya hemos indicado, Kelsen consigue con esta norma presupuesta que el Derecho quede configurado como un sistema único, es decir, un sistema compuesto de normas válidas, concatenadas y regidas por un sistema de jerarquía, delimitando así el *objeto* de la ciencia del Derecho de manera coherente y dotándolo de independencia.⁵⁸

⁵⁷ *Ib.*, p. 42.

⁵⁸ *Id.*

2.2.2.2. *Función de resolución de antinomias*

Las antinomias en el pensamiento kelseniano son un tema poco constante. Se atribuye ya en 1928 con la monografía de Kelsen *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* a la *norma fundamental*, la capacidad de sustentar elementos esenciales de cara a la interpretación del Derecho como un sistema unitario. Esto se debe al hecho de que introduce en su propio contenido, y citando a Ramos Pascua, “unos principios lógico-interpretativos (como, por ejemplo, el principio: *lex posteriori derogat priori*) que resuelven las antinomias”.⁵⁹

A pesar de ello, Kelsen no reafirma que la *norma fundamental* contenga estos elementos lógico-interpretativos en más obras posteriores. Sin embargo, esta norma sigue realizando esta función, pues al formarse otras normas de manera irregular se acude a esta para solventar su validez.⁶⁰

2.2.2.3. *Función clave en el proceso de Depuración*

No se puede alcanzar una plena depuración sin la aparición de la *norma fundamental*, ya que permite sustentar la validez del Derecho con elementos propios del mismo para evitar así recurrir a otras ciencias.⁶¹

2.2.2.4. *Función de entendimiento del Derecho como sistema vinculante y jerárquico*

Esta *norma fundamental* nos permite entender el Derecho como sistema normativo jerárquico y vinculante, de manera que dota de validez a las normas de forma objetiva. Esto se debe a que, según la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen, una norma es válida cuando deriva de otra norma positiva previa a ella. Este proceso se repite hasta llegar a un punto donde la última norma positiva no derivaría de ninguna norma positiva previa. De esta manera, para evitar que el

⁵⁹ *Supra.*

⁶⁰ *Ibid.*, p. 38.

⁶¹ *Vid.*, apartado 2.1.3 relativo a Kelsen y la “Pureza Metódica”

sistema se derrumbe, Kelsen propone suponer la existencia de una norma, la norma fundamental, que dé fundamento a la validez de la mencionada última norma positiva. De esta forma el Derecho se percibe como un sistema válido y jerárquicamente establecido.⁶²

Podemos añadir para completar este subapartado, como así señala Delgado Pinto, que *“en la doctrina de Kelsen la concepción del orden jurídico como sistema aparece ligada a una consideración dinámica del Derecho, esto es, a la consideración de este en el proceso de su creación y aplicación”*.⁶³

2.2.2.5. *Función de Fuente del Derecho “Juridificada”*

Hemos visto como para Kelsen una norma es válida siempre que lo sea la anterior de la que proviene. Esto está estrechamente relacionado con las fuentes del Derecho de manera inevitable, pues al hablar de “fuentes” del Derecho entendemos los métodos de producción de este. Sin embargo, es necesario advertir la existencia de una carencia en la definición de forma precisa de “fuente”. A pesar de esta falta, existe una gran variedad de clasificaciones que acaban por aumentar más la problemática (fuentes formales, materiales, estatales, indirectas, etc.).

Kelsen propone a este respecto abandonar la expresión de “fuente del Derecho”, pues la considera inservible debido a esta incertidumbre que mencionamos. Nuestro autor señala que lo que se entiende tradicionalmente por “fuentes del Derecho”, es decir, la costumbre, jurisprudencia y las leyes son obligatorias, pues así lo indica una norma jurídica que lo recoge. Esto es lo único que, según Kelsen, diferencia las fuentes tradicionales de las que él califica de “no jurídicas”.⁶⁴

Fuente del Derecho es, para Kelsen, toda norma superior en cuanto regula la producción de otra norma de rango inferior. Observamos, como reduce a métodos de producción todo lo que se calificaba de manera previa de “fuente”, de manera que las fuentes tradicionales que hemos mencionado no son,

⁶² José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 38

⁶³ José DELGADO PINTO, *op. cit.*, p. 118.

⁶⁴ Dentro de fuentes clasificadas como “no jurídicas” entran todos aquellos elementos que influyen en el proceso de formación del Derecho, ya sean principios morales, principios políticos, la doctrina, etc.

rigurosamente hablando, fuentes. Esto se debe a que son hechos, es decir, pertenecen al mundo del “Ser”. Volvemos aquí a hablar de la separación entre ambos mundos, pues una norma que pertenece al mundo del “Deber Ser” no puede derivarse del mundo del “Ser”, ya que este hecho va en contra de uno de los principios básicos del pensamiento kelseniano.⁶⁵

Esta degradación de lo que se consideraba “fuente” del Derecho tiene una explicación dentro de su teoría. Se trata de mantener la “pureza” del Derecho, es decir, de no acudir a instancias ajenas. Esto se denomina “juridificación de las fuentes del Derecho”.

De lo anterior surge un problema inmediato: ¿Qué ocurre con la “fuente” de Derecho de la norma última del ordenamiento jurídico positivo, es decir, de la Constitución? Kelsen recurre aquí nuevamente a la *norma fundamental* para sustentar su teoría. La *norma fundamental* constituye la fuente del Derecho en última instancia y permite indicar la pertenencia o no de una norma al ordenamiento jurídico.⁶⁶

Parece interesante mencionar de cara a cerrar este apartado que los intentos de Kelsen por “juridificar” las fuentes del Derecho, es decir, de fundamentar la validez del Derecho sobre él mismo, es una cruzada que, como veremos más adelante en este trabajo, no logra cumplir.

2.2.3. Naturaleza de la Norma Fundamental

Tras haber puesto de manifiesto las principales funciones y razón de ser de la *norma fundamental* es momento de abarcar los rasgos propios de la misma y que definen su naturaleza. En este sentido, y siguiendo principalmente a Ramos Pascua, cabe destacar dos caracteres principales de la norma:

1. Es una norma formal con carácter normativo (norma jurídica)
2. Es una norma presupuesta, no positiva.

⁶⁵ Vid. apartado 2.1.2 de este trabajo correspondiente a la relación entre validez y eficacia.

⁶⁶ José Antonio RAMOS PASCUA, op. cit., pp. 46-49.

Podemos afirmar así que, “*La naturaleza de la norma fundamental es, para Kelsen, un supuesto gnoseológico que hace posible inteligir como una unidad un conjunto de normas. Sin ese supuesto no sería posible la construcción de la ciencia jurídica*”.⁶⁷

2.2.3.1. *La Norma Fundamental como norma formal*

La *norma fundamental* tiene un carácter normativo en el sentido en que obliga de forma inmediata a regirse por la Constitución, es decir, manda obedecer al constituyente originario.⁶⁸

Kelsen no solo la define o configura como una norma impositiva de deberes u obligaciones, sino que además la dota de una estructura similar al resto de normas jurídicas, caracterizadas principalmente por su obligatoriedad y coacción. Tras ello cabe preguntarse, volviendo un poco a la teoría de la norma jurídica mencionada anteriormente,⁶⁹ si la *norma fundamental*, al no establecer una sanción ante un incumplimiento, es una norma incompleta y dependiente. Dejando esta idea en un segundo plano para resolver más adelante esta posible falta de aptitud de la *norma fundamental* para realizar las funciones que se le han encomendado, que esta norma no sea creada por un órgano competente mediante un acto fáctico provoca un rechazo frecuente a la idea de que la *norma fundamental* constituye una auténtica norma jurídica.⁷⁰

A pesar de ello, es innegable que Kelsen le atribuye un carácter normativo de forma persistente, por lo que cabe preguntarse ¿Por qué tanto empeño en atribuir carácter normativo a la *norma fundamental*? Pues bien, aquí entra en juego el hecho de que para Kelsen esta norma es, en efecto, la primera Constitución positiva válida y que sustenta además la validez jurídica en última instancia. A esto hay que sumar el hecho de que la *norma fundamental* encaja en un tipo de norma muy particular, pues se limita a fundamentar su validez sin

⁶⁷ CRACOGNA, Dante: *Norma fundamental y valor*, “*Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*”, N.º 77, 1987., p. 148.

⁶⁸ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 50.

⁶⁹ *Vid.* Apartado 2.1.4 de este trabajo.

⁷⁰ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 51.

introducir un contenido material en el sistema jurídico.⁷¹ De esta forma, y en palabras de Ramos Pascua: "*Es precisamente la compatibilidad de la norma fundamental con cualquier contenido lo que permite a Kelsen considerarla como la prueba inequívoca de que la Teoría Pura del Derecho es una doctrina jurídica positivista*".⁷²

De lo expuesto anteriormente deducimos que no parece clara en la *norma fundamental* su índole jurídica. Aunque tenga como función hacer jurídicas a las demás normas, no es una norma de derecho positivo. Sin embargo, esta norma no entra en conflicto con el derecho positivo.⁷³ Esto se debe al hecho de que la *norma fundamental*, no introduce elementos materiales al Derecho que puedan provocar algún conflicto, sino que simplemente fundamenta su validez.

Por todo ello, concluimos que Kelsen, al definir la *norma fundamental* como norma formal, hace referencia a su configuración como norma jurídica, que no introduce un contenido material al Derecho y cuya función principal es fundamentar la validez de toda norma jurídica.⁷⁴

2.2.3.2. La Norma Fundamental como norma presupuesta

El aspecto más relevante de la *norma fundamental* es, sin duda, su configuración como norma supuesta por la Ciencia jurídica o Ciencia del Derecho, es decir, no se trata de una norma en el sentido positivo, esto es, emanada directamente de una autoridad competente, sino que es una norma "pensada", puesto que la norma positiva jerárquicamente superior en última instancia es la Constitución y, al no haber una norma positiva por encima de ella, Kelsen realiza la presuposición de que esta es válida porque hay una norma que así lo permite, la *norma fundamental*.⁷⁵

A lo largo del pensamiento de Kelsen, pasa de referirse a la *norma fundamental* como una norma "hipotética" en lugar de "supuesta", lo cual ha

⁷¹ *Ib.*, p. 52.

⁷² *Id.*

⁷³ RIVAS, Pedro: J. A. García Amado: *Hans Kelsen y la norma fundamental*. "Revista Persona y Derecho". (36), 1997, p. 282.

⁷⁴ *Supra.*

⁷⁵ *Ib.*, p. 53.

llevado a diversas críticas debido a su oscura interpretación, terminando Kelsen por evitar este aspecto.⁷⁶

De ello se deriva una primera cuestión fundamental relativo a la teoría de Kelsen, ¿Hasta qué punto es válido el hecho de recurrir a una norma no positiva con la finalidad de fundamentar la validez del Derecho? Para responder a esta cuestión, Kelsen alude al recurso de la analogía con la teoría kantiana del conocimiento, de manera que permite presentar la *norma fundamental* como una condición lógico-trascendental, en relación con la Constitución y los actos constituyentes que dan lugar a normas válidas de forma objetiva.⁷⁷

De esta forma analiza la pregunta que se realiza Kant de cómo es posible una interpretación de los hechos naturales (el mundo del “Ser”), regidos por el principio de causalidad, apartada de toda metafísica, y la traslada al mundo del Derecho (el mundo del “Deber ser”). Centra así la atención en la posibilidad de interpretar los hechos sociales propios del mismo, regidos por el principio de imputación, sin acudir a una instancia metafísica superior como puede ser un ente divino supremo.⁷⁸ Kelsen responde que esto es posible con la condición de presuponer la norma básica o *norma fundamental*, al afirmar que “*uno debe comportarse como la Constitución prescriba*”.⁷⁹

Es importante preguntarse ahora si de verdad constituye la *norma fundamental* una condición lógico-trascendental, pues esta condición supone, en la teoría kantiana, una aceptación, sin discusión y de forma previa, de unos principios básicos sin cuya concurrencia no sería posible el conocimiento. Con ello, podemos ver que, en el caso de la *norma fundamental*, se trata de algo diferente, pues su objeto es fundamentar la validez del Derecho, no su conocimiento.⁸⁰ De aquí surge una posición contraria a Kelsen al mantener que hablar de condición lógico-trascendental de una norma ficticia (pues Kelsen así la define en las últimas etapas de maduración de su pensamiento) no es correcto.

Kelsen, por su parte, admite que solo es aplicable el término de condición lógico-trascendental a su *norma fundamental* de manera analógica, por lo que

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Ib.*, p. 54.

⁷⁸ *Supra.*

⁷⁹ KELSEN, Hans: *Reine Rechtslehre* (2ª ed.), Wien, Verlag Österreich, 1960., p. 205.

⁸⁰ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p 54.

se produce, sin lugar a dudas, una “distorsión” del propio concepto al llevarlo del mundo del “Ser” o natural, al mundo del “Deber Ser” o jurídico, dando a entender, en palabras de Ramos Pascua, que “*usa la noción kantiana de forma tan imprecisa que resulta justificada la sospecha de que no le importa en absoluto reproducir fielmente su auténtico significado*”.⁸¹

Todo ello conduce a otros puntos problemáticos, como por ejemplo la posibilidad de que la doctrina de la *norma fundamental* pueda o no interpretarse dentro de la teoría del reconocimiento, al ser esta presupuesta. La teoría del reconocimiento lo que afirma es, en correspondencia a este caso, que la validez del Derecho viene dada por el reconocimiento como tal de los obligados o destinatarios de este. Aunque Kelsen rechaza de manera firme esta suposición de correlación entre ambas teorías, es sin duda una situación de semejanza con bastante peso, pues en último término podemos afirmar que la *norma fundamental* depende de la efectividad de la Constitución, la misma que depende a su vez de la aceptación general de esta por parte de la sociedad.

Contraria a esta idea, nuestro autor mantiene que la teoría del reconocimiento habla, en esencia, del ideal de la autodeterminación de la libertad individual, esto es, el individuo solo está obligado a lo que él quiere estar obligado. Esta teoría choca directamente con la teoría de la norma en el orden jurídico positivo que viene contenida en la *Teoría Pura del Derecho*.⁸² A pesar de esta afirmación, cabe señalar la posibilidad de entender una cierta semejanza con las mencionadas teorías del reconocimiento, pues la presuposición de la *norma fundamental* solamente se realiza de manera voluntaria al no ser esta necesaria. Se entiende así que la validez del Derecho depende de la voluntad de realizar esta presuposición, es decir, de que se acepte entender a las normas jurídicas como normas válidas.⁸³

Tras todo lo expuesto concluimos, en palabras de Delgado Pinto, que *la norma fundamental “Constituye simplemente el presupuesto normativo necesario para poder considerar que quienes han establecido la Constitución están “autorizados” para ello y, por tanto, que la Constitución es una norma*

⁸¹ *Id.*

⁸² *Supra.*

⁸³ *Ib.*, p. 55.

jurídica válida. Y a partir de aquí las restantes normas se podrán considerar válidas si, sea cual sea su contenido, han sido establecidas por la persona autorizada por una norma anterior y siguiendo el procedimiento previsto en la misma".⁸⁴

3. REVISIÓN CRÍTICA

Tras la exposición de la *norma fundamental* es de suma importancia entrar a investigar si es o no posible que desempeñe su función más relevante ya mencionada, es decir, si puede o no dar una solución al problema de la validez, permitiendo a su vez identificar todas las normas jurídicas sin acudir a criterios ajenos a la ciencia jurídica. Debemos, además, esclarecer algunas partes relativas a esta norma y que han recibido diversas críticas.

3.1. CAPACIDAD DE LA NORMA FUNDAMENTAL PARA FUNDAMENTAR LA VALIDEZ

Debemos en este punto resaltar que el planteamiento sobre esta problemática dista de ser claro, debido principalmente a la inexactitud del término del *deber ser* en todo el pensamiento kelseniano. Resulta especialmente problemática la parte relativa a la relación entre validez y obligatoriedad de la norma, así como el propio concepto de obligatoriedad.

En el pensamiento de Kelsen, como ya hemos señalado anteriormente en este trabajo, la obligatoriedad es un mero nexo lógico entre un comportamiento del individuo y una sanción producida por el *deber* de actuación de los órganos estatales.⁸⁵ Sin embargo, cabe destacar una interesante interpretación realizada por algunos autores que entienden por validez "normatividad justificada", siendo causa de la fundamentación de esta en una norma originaria presupuesta. Esta

⁸⁴ DELGADO PINTO, José: *Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas*. "Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho", N.º 7, 1990, p 144.

⁸⁵ *Vid.*, apartado 2.1.6 de este trabajo relativo a Kelsen y la Obligatoriedad del Derecho.

norma presupuesta, al fundamentar la obligatoriedad de las normas en el Derecho, convierte dicha obligatoriedad en objetiva, esto es, justificada, sin ser por ello equivalente a la obligatoriedad en la Moral. Entre estos autores destacan tales como A. Peczenik, G. Hughes, J. Raz... entre otros.⁸⁶

Lo primero sobre lo que debemos hacer mención es a la crítica sobre el aspecto de la *norma fundamental* relativo a su carácter de norma presupuesta. Esta afirma que la presuposición no es obligatoria, sino que solo debemos hacerla si nuestro objetivo es entender el conjunto de normas del Derecho como un conjunto válido objetivamente. Queda claro así que no permite fundamentar el sistema de normas de manera objetiva, pues realizar esta presuposición está condicionada a la voluntad, es decir, a un elemento subjetivo.⁸⁷

A pesar de esta argumentación, debemos señalar a favor de Kelsen que, aunque esa validez de las normas se basa en una norma superior presupuesta, no cabe afirmar la subjetividad de esa presuposición, sino más bien su carácter trascendental, al estar por encima de la mera voluntad de los individuos y que se sobrepone al pensamiento por su necesidad lógica propia.

Este argumento, sin embargo, pierde algo de fuerza ante la afirmación de Kelsen de que dicha *norma fundamental* no es impuesta de manera necesaria. Tampoco es posible pensar que esta presuposición actúa similar a una condición lógico-trascendental únicamente frente a los sujetos que lo acepten con la finalidad de entender el Derecho como un sistema de normas válidas. Difícilmente podemos afirmar que la *norma fundamental* pueda ser configurada como tal condición lógico-trascendental, pues si ya era dificultoso al principio, Kelsen lo complica aún más al afirmar que tal norma es una ficción. A esto hay que sumar que la posterioridad característica de la *norma fundamental* no es compatible con el carácter “apriorístico” de toda condición lógico-trascendental, pues solo puede tenerse por presupuesta en relación con una Constitución efectiva.⁸⁸

A esto se le abre otro flanco vulnerable a la crítica, pues cabe preguntarse cómo una norma presupuesta puede fundamentar la validez de las normas

⁸⁶ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p 59.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Ib.*, p. 54.

jurídicas establecidas por actos de voluntad, al ser la misma producto del pensamiento. Cabe destacar aquí la crítica realizada por Ross, pues destaca, en primer lugar, que la presuposición de esta *norma fundamental*, una norma básica, sobre la que se sustenta toda la validez normativa, es producto del “pensamiento jurídico” como así lo afirma Kelsen⁸⁹. En segundo lugar, y continuando con lo mencionado anteriormente, Ross interpreta que este *pensamiento jurídico* hace referencia a creencias e ideas de diversos autores, por lo que no sería fiable de cara al análisis lógico, pues la forma común de “pensar” en el ámbito jurídico está repleta de conceptos ideológicos que reflejan directamente caracteres emocionales cuya cabida en el Derecho, para describir su realidad, es inútil. Afirma a modo de conclusión, que “*la tarea del analista es rechazar, no aceptar, la idea de validez*”.⁹⁰

Cabe preguntarse ahora si al considerar esta *norma fundamental* como una ficción (ahora Kelsen se empieza a referir a ella como una norma hipotética) queda resuelta toda esta complicación. La respuesta a esto debe ser negativa, pues, como menciona Ramos Pascua, *¿No es toda ficción un acto del pensamiento?*⁹¹ De esta manera queda claro que el fundamento de esta validez recae en una norma presupuesta o *pensada*, pero pensada como si fuera obligada por una voluntad.

Toda esta crítica mencionada pierde cierto valor al recurrir a los presupuestos tratados en la teoría del *fictionalismo* de Vaihinger en su obra *Die Philosophie des Als Ob*. Este autor entiende que el conocimiento es un instrumento de cara a las necesidades vitales para la supervivencia y que las ficciones, presentes en toda rama de conocimiento humano, carecen del estatus de “verdad” y tampoco pueden aspirar a serlo.⁹² Esto se traduce directamente en que, para este autor, todo conocimiento del ser humano es ficción. Por otra parte, y desde un punto de vista filosófico, esta teoría no tiene un valor excesivo, como así señalan algunos autores, pues consideran que estas ficciones no son realmente útiles para el conocimiento. De esta manera es inevitable abandonar

⁸⁹ ROSS, Alf: *El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*, “Revista sobre enseñanza del Derecho”, Año 6, N.º 12, 2008, 2008, p. 217.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p 60.

⁹² CASSINI, Alejandro: Modelos, idealizaciones y ficciones: una crítica del ficcionalismo, “Principia” N.º 17, 2013, pp. 348-351.

toda esta teoría pues la *norma fundamental* se configura como indefendible respecto de la premisa del pensamiento jurídico y que además no se correspondería con la realidad en ninguna de sus manifestaciones, por lo que, en palabras de Ramos Pascua: “*parece lícito afirmar que el remedio (convertir en ficción la presuposición) no sólo no resulta eficaz, sino que es peor que la enfermedad*”.⁹³

Cabe destacar que, además de todas estas oposiciones filosóficas, la fuente principal de críticas respecto de la postulación de la norma fundamental queda reflejada en el aspecto de la relación entre efectividad y validez introducido en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho*.

Debemos partir, para entender estas críticas, del significado de “efectividad” entendiendo por la misma la sujeción de los individuos a las normas que componen el ordenamiento jurídico de manera general y, a su mismo tiempo, la sujeción a que, en caso de incumplimiento de dichas normas, se aplique una sanción. Podemos afirmar que, en este caso, la efectividad tiene una relación vertical inversa, esto es, va en dirección ascendente desde abajo, es decir, si las decisiones de dichas sanciones son válidas, lo son también las normas que las recogen, y al ser estas normas válidas, lo será también la Constitución en última instancia. La validez funciona al contrario, es decir, tiene una relación vertical descendente, entendiendo como tal que, si la constitución es válida, lo serán también las normas que emanan de ella y, por ende, lo serán las sanciones que estas recogen.⁹⁴

Kelsen afirma que uno de los condicionamientos fácticos de la validez es la efectividad, pues todo ordenamiento solo es válido al ser efectivo; en otras palabras, la efectividad es *conditio sine qua non* de la validez, esto es, algo necesario y esencial de la misma.⁹⁵ Esto equivale a entender que la eficacia no es una *conditio per quam*, pues identificar eficacia con validez supone faltar a uno de los postulados principales de la corriente de pensamiento kelseniana. Esto se debe a que, al identificar ambos elementos, se entiende que un *Deber Ser* se deriva de un *Ser*, lo que sitúa este pensamiento en todo lo contrario a lo

⁹³ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p 60.

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ MARTÍN ARMENGOL, Raúl A.: *Norma fundamental y poder político*. “Politeia” Vol. 35, N.º 48, 2012, p 257.

que Kelsen sostiene, pues mantiene que el mundo del “*Sollen*” y el del “*Sein*” están separados y no puede uno derivar del otro.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, cabe preguntarnos si la validez de cada norma, de manera individual, necesita una efectividad propia o, por otro lado, es necesaria únicamente la efectividad del ordenamiento jurídico del que son parte dichas normas. Pese a que nuestro autor no ofrece la misma respuesta a lo largo de su obra, vamos a centrarnos en la parte más madura de su pensamiento, correspondiente a la época posterior a 1960. Es entonces cuando Kelsen afirma que, en ambos casos, es decir, tanto una norma de forma individual como el ordenamiento jurídico en su conjunto, al dejar de ser efectivos, pierden su validez *ipso facto*. De este modo se pone fin a un cambio de hipótesis en su pensamiento.

Cabe observar, no obstante, que deja una puerta abierta de cara a no admitir que la validez dependa siempre de la efectividad. Así, en algunos casos se pueden considerar válidas algunas normas que, bien no son aún efectivas, o bien no lo son o han dejado de serlo. Es el caso de la jurisprudencia y de la costumbre. Kelsen mantiene la posición de que la efectividad es el pilar de la validez, aunque la misma no nazca de aquella.⁹⁶

Respecto a esta última afirmación, surgieron muchas teorías de diversos autores afirmando que en la *Teoría Pura del Derecho* ambos conceptos se identificaban como uno solo. Kelsen, para defenderse de estas críticas, afirma que esta es una simplificación equivocada de todo esto, pues, si bien es cierto que una de las nociones es condición de la otra, no son lo mismo. Kelsen advierte que la efectividad de las normas hace referencia a su aplicación de manera general, mientras que la validez de estas se refiere a la existencia de una prescripción, esto es, el “deber ser” del comportamiento del individuo al que está dirigida dicha norma. Este comportamiento puede referirse a algo que está o no permitido o incluso a un mandato al propio sujeto.⁹⁷

Kelsen niega que la validez se fundamente en la efectividad, pues si fuera así lo que pertenece al mundo del *Ser* (la efectividad) procedería de un *Deber*

⁹⁶ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p 61.

⁹⁷ *Id.*

Ser (la validez), ya mencionado en este trabajo, poniendo en riesgo una de las ideas principales de su pensamiento.⁹⁸ A pesar de ello, no podemos negar, ante todos los puntos que así lo dejan intuir, que la validez de las normas reposa en última instancia sobre la efectividad en la *Teoría Pura del Derecho*.

Un argumento a favor de ello sería que la validez en esta teoría se asienta sobre una *norma fundamental* presupuesta respecto a una Constitución efectiva. De esta manera es innegable que se está afirmando que la efectividad de dicha Constitución, no la *norma fundamental*, es factor suficiente para fundamentar la validez de todo el ordenamiento jurídico.

Por ello, como podemos ver, es innegable que el fundamento en último término de la validez de todo ordenamiento recae de forma inequívoca en la efectividad de tal Constitución. En otras palabras, y para verlo de una manera más gráfica, podemos afirmar que la efectividad es para la validez lo que la luz a la sombra, pues la sombra aparecerá en dirección donde se proyecte la luz. Tienen una relación tan estrecha que una depende de la otra de manera inevitable.⁹⁹

Tras todo lo expuesto, y a modo de conclusión respecto a este apartado, podemos deducir que toda la crítica que gira en torno a la cuestión de si la *norma fundamental* es o no capaz de fundamentar la validez es bastante unánime. No, la *norma fundamental* no es capaz de fundamentar la validez del Derecho, pues la *Teoría Pura del Derecho* flaquea mucho en este tema. Kelsen, en su doctrina relativa al fundamento de la validez, en palabras de Ramos Pascua, “*parece apoyarse sobre una reflexión como la siguiente: si ha de ser posible la contemplación del Derecho como objetivamente válido, dado que no parece viable conseguirlo, [...], a partir de postulados del positivismo jurídico anterior [...], sólo resta la solución de presuponer que, en efecto, es válido, eludiendo el problema de cuál sea el fundamento de esa validez*”.¹⁰⁰

Podemos deducir así que no existe tal fundamento de validez en la obra de Kelsen, pues no es más que una simple ilusión. El hecho de afirmar de

⁹⁸ Vid. Apartado 2.1.2 relativo a la Validez jurídica y Eficacia de este trabajo.

⁹⁹ *Ib.*, p. 62.

¹⁰⁰ *Supra.*, p. 63

manera simple o reducida que la validez del Derecho debe presuponerse es caer en un error de grandes dimensiones.

De la misma manera que la *norma fundamental* no es fundamento de la validez, podemos afirmar que tampoco conforma una fuente del Derecho auténtica, pues no puede serlo algo que tiene una función a “posteriori” respecto a la manifestación del propio Derecho¹⁰¹; en otras palabras, se reduce a un simple reflejo o indicador de algo que ya es, por lo que no sería origen de ello.¹⁰²

3.2. LA CONFIGURACIÓN SISTEMÁTICA DEL DERECHO PREDISPUESA POR LA NORMA FUNDAMENTAL

Es pertinente ahora entrar en el concepto de Kelsen relativo al sistema jurídico, del que es la *norma fundamental* un punto base. Al hablar de la primera Constitución, cuya validez recae sobre esta *norma fundamental*, podemos observar cómo se forma el primer eslabón de una gran cadena de normas jurídicas. Se establece así un principio básico de unificación sobre un sistema de normas jurídicas.

Esto supone un acceso a la posibilidad de estudio de la ciencia jurídica desde una perspectiva de sistema, es decir, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y no ya desde un punto de vista centrado exclusivamente en la norma jurídica. Sin embargo, esta postura no es realmente algo novedoso, pues otros intelectuales ya lo habían puesto de manifiesto desde otros puntos de vista. A pesar de ello, la perspectiva que da Kelsen a este asunto es realmente novedoso y brillante, por lo que destaca enormemente en este asunto la *Teoría Pura del Derecho*. Por todo ello, se podría afirmar que hay una existencia entre el pensamiento de Kelsen y el denominado “estructuralismo”, pues esta corriente de pensamiento tiene un importante arraigo en la corriente científica contemporánea, un pensamiento que se centraba en el estudio del conjunto como medio de mejora de estudio de los elementos individuales.

¹⁰¹ *Ib.*, p. 64.

¹⁰² No se puede concluir que la validez del Derecho radica en el propio Derecho, esto es, en sí mismo, pues el Derecho está interrelacionado con otros elementos de nuestra sociedad como puede ser la moral, economía... etc.

Para poder poner de manifiesto las particularidades del sistema propio del Derecho y, por ende, de las normas jurídicas, es de gran interés volver a mencionar el apartado relativo a los sistemas normativos, compuestos por los sistemas normativos “estáticos” y los “dinámicos”.¹⁰³ La diferencia radica, como ya indicamos anteriormente, en la fundamentación de la validez de las normas respectivas en cada sistema. En el caso de los sistemas “estáticos” se da una derivación de preceptos específicos, mediante la lógica, a partir de una norma que podríamos calificar de general. Por esta razón, las normas adquieren un valor en función de su contenido. Este es el caso de la Moral.

Por otro lado, en el sistema dinámico, al que pertenece el Derecho Positivo, la validez de las normas no radica en su contenido material, sino en su formalidad.¹⁰⁴ Esto nos lleva a afirmar que el contenido de las normas es válido siempre que se hayan realizado de manera correcta todas las fases de producción de estas, pertenecientes a ese sistema normativo. Dicho con otras palabras, son válidas siempre que se hayan creado conforme a lo establecido en la norma superior o *norma fundamental* del sistema. Esta norma suprema, sin embargo, carece de contenido y se limita, como ya hemos señalado, a formar un sistema de creación de normas.¹⁰⁵

A pesar de todo ello, esta teoría tiene algunos inconvenientes sobre los que vale la pena hacer mención. En primer lugar, podemos señalar que a medida que el pensamiento de Kelsen madura, nuestro autor termina por aceptar la imposibilidad de que los sistemas puros estáticos ya mencionados existan. En segundo lugar, esta maduración de su pensamiento desemboca en la afirmación de que ciertos límites, relativos a la concepción del Derecho, impiden entenderlo como un sistema dinámico puro. Es de sumo interés indagar un poco más en este segundo inconveniente, pues esto dificulta una representación sistemática del ordenamiento jurídico mediante la *norma fundamental*.

Podemos señalar dos limitaciones al carácter dinámico del Derecho, iniciales al pensamiento de Kelsen:¹⁰⁶

¹⁰³ *Vid.*, apartado 2.1.5 de este trabajo relativo al orden u ordenamiento jurídico.

¹⁰⁴ Debemos entender formalidad en el sentido de la correcta producción o derivación de normas en el propio sistema en el que nos encontramos.

¹⁰⁵ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p 65.

¹⁰⁶ *Ib.*, p. 66.

- La primera limitación corresponde al hecho de que la *norma fundamental* no vale por su modo de formación o creación, sino por su contenido.
- La segunda limitación corresponde a la función de la *norma fundamental*, pues no solo sirve para establecer una técnica de formación de normas, sino que además cubre la exigencia epistemológica relativa a la falta de contradicciones del objeto que toda ciencia debe presentar.¹⁰⁷

Ambas limitaciones pasan a un segundo plano perdiendo peso. En el primer caso expuesto, se debe a que la validez de la *norma fundamental* sencillamente se presupone, por lo que no valdría ni por su forma ni por su contenido. En el segundo caso, se debe principalmente a que deja de considerar que los principios lógico-interpretativos que resuelven las antinomias entren dentro del contenido de la *norma fundamental*, pasando a considerar estos principios como recursos lógicos que no forman parte de ningún contenido de norma alguna.

Nuestro autor persiste, siguiendo el postulado epistemológico, en su actitud de entender el Derecho como un orden coherente. Afirma así, en la versión de 1960 de su *Teoría pura*, que el Derecho no constituye un sistema dinámico puro, sino que se configura como un sistema dinámico en lo estrictamente necesario. Esto se debe a que, de otra manera, basta con el hecho de que las normas se creen correctamente en el ordenamiento jurídico, dejando de lado esa coherencia que nuestro autor estima necesaria.¹⁰⁸

Además de estos límites podemos deducir otro más en relación con la efectividad, pues una norma puede ser válida incluso aunque se haya creado sin seguir el procedimiento exigido por una norma superior. Esto se debe a que para que una norma sea válida basta con su efectividad. Con esto, Kelsen debe admitir que existe una relación de predominancia entre el principio de eficacia y el de legitimidad.¹⁰⁹ En caso de conflicto entre ambas normas (entre la norma

¹⁰⁷ Ello se debe a que la *norma fundamental* eliminaba las antinomias al contener unos principios lógico-interpretativos que así lo permitían.

¹⁰⁸ *Supra*.

¹⁰⁹ H. KELSEN: *Reine Rechtslehre* (2ª ed.) *op. cit.*, pp. 212-215.

que no es válida, pero sí efectiva y la norma superior que determina su creación) si la norma alcanza la efectividad, se realiza una operación automática en la que adquiere además validez, aunque contradiga la norma superior ya mencionada. Podemos deducir así, que la efectividad se sobrepone y define la validez de las normas. Además, lo define, pues, aunque la norma inferior contradiga a la superior, en caso de que la primera haya adquirido validez, la norma superior sigue siendo válida. Es por ello por lo que, para evitar una contradicción o conflicto normativo, se efectúa una ficción interpretativa sobre ambas, de manera que se elimine dicho conflicto.

Dicha interpretación recae sobre la norma superior o, incluso, ante la *norma fundamental*, de manera que se intenta justificar una fuente “juridificada” como origen de la norma inferior, eficaz y por ende válida; en otras palabras, se crea una ficción por la que la norma inferior, que a priori no parece creada por el procedimiento correcto (siguiendo las pautas o el procedimiento marcado por la norma superior), acabe de manera ficticia cumpliendo los requisitos para su creación y adquiriendo así su validez. Este sistema o interpretación causa un perjuicio a la teoría kelseniana, pues de esta manera podemos afirmar que el sistema jurídico no es un sistema unidireccional descendiente, sino que también, como afirma Delgado Pinto, “*muchas veces se construye desde abajo hacia arriba a partir de normas emanadas de fuentes no previstas como tales, o sea, no juridificadas*”.¹¹⁰

Deducimos así que el modelo positivista típico falla a la hora de describir correctamente el ordenamiento jurídico. El intento de aclarar la sistematización de las fuentes jurídicas de forma jerárquica fracasa. De esta manera, el intento de trazar una línea nítida que separe el Derecho frente a otras materias, como por ejemplo la Moral u otras fuentes normativas, fracasa. Es este fracaso el que nos lleva a la conclusión de la inexistencia de un sistema dinámico o estático “puro”. Los elementos de estos sistemas sufren de una constante “corrupción” por otros elementos externos, lo que hace imposible alcanzar esa “pureza”.¹¹¹

¹¹⁰ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p. 67.

¹¹¹ *Id.*

Es preciso señalar también otras críticas en relación con el concepto kelseniano del sistema jurídico, pues todas ellas marcan una maduración del pensamiento de Kelsen, así como nuevas ventanas u oportunidades sobre las que poder debatir a este respecto.

Vamos a comenzar por la crítica de Hart sobre la pertenencia de una norma que fundamente la validez de otras al sistema jurídico realizada en su artículo *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*.¹¹² Hart afirma que el que una norma fundamente la validez de otra, no implica de manera automática su pertenencia al mismo sistema de normas. Para concretar esta afirmación, podemos recurrir al autor J. Raz, que en su obra *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, afirma que la doctrina de Kelsen falla al mantener que todas las leyes pertenecientes a una misma cadena de validez forman parte de un mismo sistema jurídico, pues esto no permite otorgar pacíficamente a los nuevos estados la independencia.¹¹³

Para sustentar esta afirmación elabora un ejemplo relacionado con la descolonización: habla sobre el caso de un Estado, que vamos a denominar "E", al cual le pertenece una colonia, que podemos denominar "C". En este caso "E" quiere dejar que "C" pueda regirse por sí misma. Para ello, a través de una norma, permite que "C" pueda dictar una nueva Constitución ajena e independiente a la del Estado "E". En este caso, el autor afirma que esta nueva Constitución se configura como la norma superior en un nuevo sistema normativo positivo, cuya validez condiciona la de este nuevo sistema, por lo que la validez de las normas en este nuevo sistema de "C" están fundadas en otras normas ajenas al sistema jurídico de "E".¹¹⁴

De esta manera pone de relieve una función que la *norma fundamental* no tiene: limitar la validez de un sistema jurídico. Al no tener esta función, es imposible que determine la pertenencia o no de las normas a un sistema jurídico. Esta función delimitante de pertenencia a un sistema, según Hart, solo pertenece a los organismos encargados de la aplicación e identificación del Derecho.¹¹⁵ De

¹¹² H. L. A. Hart: *Teoría de Kelsen sobre la unidad del Derecho*. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", N.º 21, 1974, UNAM, p. 136.

¹¹³ Joseph RAZ: *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, "American Journal of Jurisprudence", Vol. 19, (1974), p. 98.

¹¹⁴ *Ib.*, pp. 98-99.

¹¹⁵ José Antonio RAMOS PASCUA, *op. cit.*, p 68.

esta manera, afirma que no tiene sentido referirse a la *norma fundamental* para delimitar esta integración de las normas a uno u otro sistema o incluso para explicar la unidad normativa en un único ordenamiento. De esta forma, se critica a la teoría de Kelsen el hecho de centrar todos sus esfuerzos en explicar lo normativo de manera exclusiva, dejando de lado así un análisis fundamental de la situación que rodea a la formación de las normas y su obligatoriedad.¹¹⁶

A este respecto, Hart llega a afirmar que “*hasta que la cuestión de membresía no sea resuelta por una prueba independiente de reconocimiento no podemos descubrir si una de las normas deriva su validez de la otra. Únicamente podemos saber que una pretende dar validez a la otra. Por tanto, el criterio de pertenencia de las normas a un mismo sistema es independiente y ciertamente presupuesto por nosotros cuando usamos la noción de que una norma deriva su validez de otra*”.¹¹⁷

Sin embargo, a esta crítica debemos alegar a favor de Kelsen, que sí ha tenido en cuenta los hechos a la hora de elaborar su teoría. Nuestro autor dedica un gran esfuerzo al papel fundamental de la efectividad hasta el punto de que la *norma fundamental* solo puede tenerse por presupuesta respecto a una Constitución efectiva. Hay que tener en cuenta que es necesario al mismo tiempo que todas las normas derivadas de ella sean efectivas para que pueda mantener su validez.¹¹⁸

Afirma aquí Ramos Pascua que una crítica más acertada es la que “*reprochara a la teoría pura la preeminencia que otorga a la efectividad*”.¹¹⁹ Esto se debe a que es el propio Kelsen el que niega dicha preeminencia, entrando así en una paradoja, pues la *norma fundamental* solo puede identificarse tras la instauración de la efectividad del propio ordenamiento jurídico. Sin embargo, los elementos del sistema jurídico solo pueden identificarse con la *norma fundamental* o, dicho en otras palabras, no se puede identificar la una de las partes sin la otra.

¹¹⁶ A esta crítica de Hart añade Raz, en su obra “*Kelsen's Theory of the Basic Norm*”, que el fallo de Kelsen radica en dejar de lado los hechos y centrarse únicamente en el objeto del sistema normativo, esto es, la norma; siendo esta, sin embargo, una crítica a la unidad del sistema, no a la *norma fundamental*, explicando que si la primera fallara no sería necesario acudir a ninguna *norma fundamental*.

¹¹⁷ H. L. A. HART: *Teoría de Kelsen sobre la unidad del Derecho*, op. cit., p. 136.

¹¹⁸ Vid. apartado de este trabajo 3.1 relativo a la capacidad de la norma fundamental para fundamentar la validez.

¹¹⁹ José Antonio RAMOS PASCUA, op. cit., p. 68.

Otro punto objeto de crítica en este apartado relativo a la configuración sistemática del ordenamiento es el relativo a la coherencia del propio sistema, esto es, sin contradicción alguna. Kelsen defiende aquí que las contradicciones que pueden aparecer son simples “apariencias” que desaparecen tras utilizar los propios elementos interpretativos. La fundamentación última de su postura radica en la postulación de la *Teoría Pura del Derecho* relativa a que, como ciencia, esta debe ser capaz de describir su objeto sin contradicciones. Aquí la postura de Kelsen se separa del positivismo jurídico en cierto modo, pues lo que describe nuestro autor es un Derecho idealizado, al realizar una reconstrucción de este.¹²⁰

Respecto a esto último, Kelsen, en la etapa final de su pensamiento, afirma que pueden darse contradicciones entre las normas jurídicas positivas, apartándose así de su pensamiento inicial donde no cabe tal contradicción. Llega a afirmar que el hecho de que dos normas se contradigan en la conducta que recogen, representa una contradicción teleológica.¹²¹ Cabe así la posibilidad de que ambas sean válidas. Es así como la ciencia jurídica se limita a observar y confirmar tal contradicción e inmediatamente comunicar la solución a la autoridad u organismo competente o incluso dar inobservancia de una de esas normas en contradicción, de manera que pierde su validez.

Debemos aquí, tras el cambio en el pensamiento de Kelsen que acabamos de mencionar, preguntarnos ¿Podemos interpretar como sistema el Derecho positivo? A esta cuestión nos tememos que no puede hallarse una respuesta clara, pues el propio Kelsen evita tratarlo de manera manifiesta.¹²²

A modo de conclusión de este apartado, nos inclinamos a afirmar que tanto el problema de la validez, como los problemas que rodean a este, no se satisfacen con la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen. Por tanto, no parece posible definir el Derecho como un sistema perfectamente delimitado, separado de otros sistemas normativos (como la Moral o el Derecho Natural), ni juridificar las fuentes del Derecho. A esto hay que sumar el hecho de que tampoco se logra mantener el concepto normativista puro de Derecho de nuestro autor, aunque sí

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ Esto se refiere a la finalidad de esas normas sobre la actuación del individuo destinatario de estas.

¹²² *Supra.*

consigue informar el auténtico funcionamiento de la realidad jurídica.¹²³ A pesar de todas las críticas relativas al presente apartado de este trabajo, Kelsen se mantiene firme en una posición a favor de la necesidad de recurrir a la presuposición de la *norma fundamental* para poder entender el Derecho como un sistema de normas que establece un *deber ser* objetivo de una sociedad sin utilizar elementos propios de otros sistemas ajenos como la Moral. Aunque cabe recordar que esta presuposición no es necesaria, salvo en el caso de la voluntad de entender el Derecho como normativo.

4. CONCLUSIONES

1. Para Kelsen la validez se identifica con existencia, no a una cualidad o propiedad de las normas. Es además una existencia que podríamos denominar “ideal” pues se corresponde con el “deber ser”.
2. El problema en la filosofía actual relativo a la validez sigue vigente, pues no se ha logrado llegar a una solución satisfactoria hasta el momento, incluyendo la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen que hemos venido desglosando en este trabajo. Esto incluye, por supuesto, el hecho de que la *norma fundamental*, uno de los pilares de la teoría kelseniana, es incapaz de fundamentar la validez del Derecho.
3. Kelsen, de manera novedosa y particular, estudia el ordenamiento jurídico en su conjunto, utilizando de esta manera el estudio del sistema como herramienta para una mejor comprensión de los elementos que lo componen, esto es, las normas jurídicas. Este método de estudio lo comparte con una corriente contemporánea a nuestro autor, denominado “estructuralismo”.

¹²³ *Ib.*, p. 70.

4. En lo que a sistemas normativos se refiere (estáticos y dinámicos) no existe ningún sistema “puro” como tal, pues siempre se recurre en cierto modo a elementos externos a ellos.
5. Podemos ver como en diversos apartados cuestionables que rodean al problema de la validez, Kelsen tiende a identificar las nociones interrelacionadas que considera no aptas de un análisis profundo en un mismo concepto, a pesar de su pensamiento nominalista. Esto llega a ser uno de los principales focos de críticas que se le han realizado, pues en diversas ocasiones ha evitado dar un argumento relativo a diversas nociones que le han supuesto una falta de solidez en su argumentación a favor de la *Teoría Pura del Derecho* en diversos aspectos, como podría ser, por ejemplo, la relación entre las nociones de validez y efectividad en la cuestión relativa a la posibilidad de la *norma fundamental* de dar o no solución al problema de la validez o, por ejemplo, lo que entiende nuestro autor por *deber*, independientemente del *deber* moral o jurídico.
6. En relación inmediata con la conclusión anterior, cabe destacar que la doctrina, en muchos casos, lo que pide a Kelsen no es una aclaración, sino un cambio radical en su pensamiento. Estos cambios, sin embargo, no podrían realizarse sin fallar a los postulados epistemológicos mínimos de la *Teoría Pura del Derecho*.
7. La *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen es una forma de entender el Derecho, es decir, es una concepción de este de manera general. De esta forma habría que distinguir entre la forma de entender el derecho denominada “*teoría pura del derecho*” y las obras que exponen dicho entendimiento.

Finalmente, y a modo de cierre de este trabajo, debemos afirmar que Kelsen falla a la hora de lograr sus objetivos principales:

- No logra sentar las bases de una ciencia jurídica autónoma limitada estrictamente al Derecho Positivo, sin recurrir a elementos de otros campos científicos.
- No da solución al problema de la validez.
- No logra delimitar de manera clara una diferencia entre Derecho y Moral.

A pesar de todo ello, es innegable la gran influencia de este autor, pues su aportación a la filosofía es de gran riqueza, contribuyendo con una perspectiva completamente novedosa e ingeniosa que sigue influyendo de una u otra forma hasta el día de hoy. Deja abierta así una senda por la que se adentrarán otros muchos autores, entre los que podemos encontrar a H. L. A. Hart, Ross o Raz, entre otros, impulsando nuevas corrientes doctrinales.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras:

- DELGADO PINTO, José: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, CEPC, 2006.
- KELSEN, Hans: *Reine Rechtslehre* (2ª ed.), Wien, Verlag Österreich, 1960.
- KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho* (1ª ed. *Reine Rechtslehre* 1934; trad. Gregorio Robles y Félix F. Sánchez), Madrid, Trotta, 2011.
- KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho* (2ª ed. *Reine Rechtslehre* 1960; trad. Roberto J. Vernengo). Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, NAVARRO AZNAR, Fernando, y TORRES RUIZ, José Ramón: *Estudios de filosofía del derecho y filosofía política.*, Editum Munera, Universidad de Murcia, 2013.
- RAMOS PASCUA, José Antonio: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid, Tecnos.

Artículos de Revista:

- CALSAMIGLIA, Albert: *En defensa de Hans Kelsen*, "Working Paper" N.º 129 (1997)., Barcelona.
- CASSINI, Alejandro: *Modelos, idealizaciones y ficciones: una crítica del ficcionalismo*. "Principia" N.º 17, 2013, pp. 345-364.
- CRACOGNA, Dante: *Norma fundamental y valor*, "Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas", N.º 77, 1987., pp. 148-157.
- DELGADO PINTO, José: *Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas*. "Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho", N.º 7, 1990, pp. 101-168.
- DÍAZ RICARDO, Tatiana: *Validez del derecho*, "Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo", Vol.3, N.º. 1 (2011)., pp. 105-111.
- HART, H. L. A.: *Teoría de Kelsen sobre la unidad del Derecho*. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", N.º 21, UNAM, pp. 105-140.
- MARTÍN ARMENGOL, Raúl A.: *Norma fundamental y poder político*. "Politeia" Vol. 35, N.º 48, enero-junio, 2012, Universidad Central de Venezuela, pp. 251-272.
- MORESO, Joan, Josep: *Sobre la noción de validez normativa*, "Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho", N.º 30 (2007)., pp. 143-146.
- RAZ, Joseph: *Kelsen's Theory of the Basic Norm*. "American Journal of Jurisprudence", Vol. 19, (1974), pp. 94-111.
- RIVAS, Pedro: *J. A. García Amado: Hans Kelsen y la norma fundamental*. Marcial Pons, Madrid, 1996, 259 pp. [RECENSIÓN]". "Revista Persona y Derecho". (36), 1997, pp. 281 – 286.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio: *Hans Kelsen, vida y obra*. "Real Academia de Ciencias Morales y Políticas", Madrid. N.º 91, (2014), pp. 493-524.

- ROSS, Alf: *El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*. "Revista sobre enseñanza del Derecho", Año 6, N.º 12, 2008, pp. 199-220.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises: *Hans Kelsen: aportaciones teóricas de la teoría pura del Derecho*. "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho". N.º. 33 (2010) pp. 17-36.
- UGARTE GODOY, José Joaquín: *El sistema jurídico de Kelsen. Síntesis y Crítica*. "Revista Chilena de Derecho", Vol. 22, N.º 1, 1995, pp. 109-118.
- VAN EIKEMA HOMMES, Hendrik: *La evolución del concepto kelseniano de norma jurídica*, (trad. Alban d'Entremont.) "Persona y Derecho", Vol. 10, (1983)., pp 11-31.