

# LA TEORÍA DODECAFÓNICA DEL DERECHO. UNA INTERPRETACIÓN SOCIOLOGISTA DEL PENSAMIENTO KELSENIANO

Por XACOBÉ BASTIDA FREIXEDO

Sabido es que por validez entiende Kelsen el carácter obligatorio del orden coercitivo del derecho, la existencia específica de las normas. Para Kelsen, decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o —lo que es lo mismo— a reconocer que tiene *fuera obligatoria* frente a aquéllos cuya conducta regula. Validez del derecho significa que el mismo, sin excepción, *debe ser* obedecido y aplicado, aún en el caso de que efectivamente no sea obedecido y aplicado (Kelsen, 1974b, 411). Al fin y al cabo, el derecho pertenece al mundo del *deber ser* y la eficacia al mundo del *ser*; extremos que siguiendo la purista línea kantiana —en este punto también humeana— son en absoluto incommunicables. La validez expresa la idea de que los individuos *deben* aplicar y observar las normas reguladoras de su comportamiento: «Que la norma que se refiere a la conducta de un hombre *valga* significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma» (1982, 201). Eficacia, en cambio, significa que las normas del ordenamiento, *grosso modo*, son de hecho aplicadas y observadas.

La eficacia, ha repetido Kelsen hasta la saciedad, es una condición de la validez (1969, 63; 1974a, 395; 1974b, 411; 1982, 24...); de lo que se desprende que, aunque no son lo mismo, validez y eficacia se encuentran íntimamente relacionadas. Un ordenamiento no es válido si no es, en líneas generales —o en esa *última instancia* tan cara al marxismo— eficaz. Conviene adentrarnos en esta relación que, en principio, nos sitúa en una de las paradojas kelsenianas más desconcertantes. En efecto, para el valedor mayor del normativismo formalista, para el campeón del derecho positivo cuya existencia es mostrada únicamente por la validez —idea apriorística irreductible a términos empíricos definidos por medio de hechos observables—, resulta extraño el reconocimiento de conexión alguna del orden normativo con la eficacia.

En un primer momento Kelsen mantuvo que la eficacia es condición de la validez sólo en relación al ordenamiento jurídico en su conjunto, de lo que se deduce que un orden jurídico, para ser válido, requiere que exista cierta correspondencia en-

tre ese orden y los hechos a los cuales se aplica. Muy al contrario, una norma aislada no precisa ser eficaz para ser válida. Basta para constatar su validez el que sea parte integrante de un ordenamiento globalmente válido. En la primera edición de su *Teoría pura del derecho* dice al respecto Kelsen: «La norma jurídica aislada permanece válida mientras forma parte de un orden válido. El problema de determinar si una norma aislada es válida, se resuelve recurriendo a la primera Constitución. Si ésta tiene validez, entonces todas las normas que han sido constitucionalmente creadas son igualmente válidas» (1946a, 106).

Más tarde, en un trabajo de 1959 (1969a) y, sobre todo, en la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*, Kelsen rectifica esta postura y reconoce que el condicionamiento de la validez por la eficacia se extiende también a las normas aisladas. La eficacia, *en todo caso*, es condición de la validez (Kelsen, 1982, 222); sea en un ordenamiento jurídico estimado como un todo o de una norma concreta aislada del sistema: «no puede negarse que un ordenamiento jurídico, considerado como un todo, al igual que una norma jurídica aislada, no puede ya ser considerado como válido, es decir, pierde su validez, cuando deja de ser eficaz» (Kelsen, 1969, 22). Este desplazamiento de Kelsen hacia derroteros sociológicos fue puesto de manifiesto por el atento ojo de H. Welzel: «Incluso la teoría jurídica más enemiga de la sociología, la "Teoría pura del derecho" de Kelsen, se ve precisada a hacer depender la normatividad del derecho de su efectividad. El orden jurídico en general y las normas jurídicas en particular, tienen que ser aplicadas y obedecidas en general» (1971, 88-89). Resulta curioso que intérpretes tan sagaces como Hart (1974, 134) y J. Raz (1985, 165 y ss.) pasen por alto este rasgo de la teoría kelseniana. Para este último autor, la doctrina de Kelsen fracasa precisamente por no tener en cuenta en absoluto el valor de la eficacia en el desenvolvimiento de la normatividad: «El error de Kelsen se encuentra en pasar por alto los hechos y considerar únicamente el contenido de las disposiciones jurídicas. Para su teoría el único dato importante es que el sistema jurídico de A contiene una disposición jurídica que autoriza todas las disposiciones de B. Que los tribunales y población de B no consideren tal disposición jurídica como parte de su propio sistema jurídico es irrelevante. Sin embargo, la actitud de la población y de los tribunales es de la mayor importancia para decidir la identidad y unidad de un sistema jurídico en el sentido en el que este concepto es comúnmente usado» (1985, 165).

Kelsen, y con esto reduce a patalé oxoniense las anteriores críticas, reconoce expresamente el valor de la eficacia en su análisis del concepto de derecho. Eludir las críticas al idealismo absoluto le obliga, parece justa contrapartida, a refinar cuidadosamente la relación de condicionalidad que establece entre la eficacia y la validez. En efecto, si hacemos depender la validez de la eficacia rompemos la autonomía de estos dos reinos y el sincretismo metodológico por el que siempre clamó kelsen se vería seriamente perjudicado. Claro está, la relación entre validez y eficacia que propone Kelsen no puede ser tan tosca que pase por alto esta impugnación fundamental. Que la eficacia sea condición de validez no significa que la primera sea la causa de la segunda, algo que identificaría a la Teoría Pura con las corrientes tanto

sociologistas como institucionalistas, sino que la eficacia se constituye en *conditio sine qua non* y no en *conditio per quam* de la validez. Quiere esto decir que sólo cuando el derecho alcanza una mínima efectividad podemos preguntarnos acerca de su validez. Una norma jurídica sólo podrá ser considerada objetivamente válida —no significa que por ello tenga que serlo— cuando el comportamiento humano que ella regula se adecue en cierto grado a los hechos de la aplicación judicial y la obediencia ciudadana. La validez de un sistema o de una norma es diferente de su eficacia, aunque no sea ajena a ésta ya que la eficacia debe añadirse a la creación normativa para que en ambos casos no se pierda la validez.

Ahora bien, reconocer este carácter condicional no puede implicar ir más allá en la función explicativa de lo fáctico respecto de la norma: «Así como la norma deóntica, como sentido del acto de voluntad que la implanta, no es idéntica a ese acto, la validez deóntica de una norma jurídica, no es idéntica a su eficacia real (...) Una condición no puede ser idéntica con lo que condiciona. Así, un hombre, para vivir, tiene que haber nacido; pero para permanecer en vida, debe satisfacer otras condiciones, como, por ejemplo, debe recibir alimentos. Si esa condición no es cumplida, perderá su vida. Pero la vida no se identifica con el nacer, ni con el alimentarse (...) La eficacia es una condición de la validez pero no se identifica con ella» (Kelsen, 1982, 223-224). Ha sido siempre escrupulo de Kelsen subrayar la imposibilidad de deducir una norma de un hecho, o cualquier cosa que *debe ser* de cualquier cosa que *es* o ha sido hecha. No se puede deducir norma alguna alegando un hecho previo que lo avale. La validez de una norma no puede encontrar fundamento sino en otra superior. Y es aquí donde comienzan los problemas.

Partamos del esquema jerárquico con que el ordenamiento jurídico está concebido en un Estado. La base positiva del ordenamiento es siempre una constitución, escrita o no, que regula la creación de normas generales. Apoyándose en esa norma constitucional los órganos legislativos dictan leyes y, a su vez, teniendo como base esta legislación, los órganos jurisdiccionales y los órganos administrativos individualizan las normas generales en sentencias y providencias. Para completar el esquema, estos mismos órganos también podrán aplicar la costumbre siempre y cuando estuviera autorizado por la constitución o por la ley. Así las cosas, cuando surge la pregunta acerca de por qué ha de obedecer un ciudadano las decisiones de los tribunales o las disposiciones administrativas, la respuesta deberá indefectiblemente remontarse por la cadena de derivaciones deontológicas que acabamos de describir. El mismo Kelsen sigue este camino para esclarecer el concepto de validez: «La pregunta por el fundamento de validez del derecho es respondida por la Teoría Positivista del Derecho, ascendiendo, de acuerdo con la construcción escalonada del ordenamiento jurídico, del grado más bajo de la pirámide normativa al más alto» (1974b, 414). Se obedece, en primera instancia, porque los órganos jurisdiccionales y administrativos están autorizados para mandar por las leyes. Si el ciudadano, obstinado, persiste en exigir un motivo de obediencia a las leyes (pues si no lo hubiera la obediencia ulterior carecería de sentido) se dirá: se obedecen las leyes porque el legislador está autorizado por la constitución para dictar normas. Si nuestro contumaz ciu-

dadano continúa por la senda de la duda y se cuestiona el porqué de la obediencia a la Constitución —actitud poco recomendable en el Estado español por motivos que no me es dado explicitar ahora— la respuesta habrá que buscarla remitiéndonos a la constitución vigente con anterioridad a la actual, y, después de ésta —imaginemos una terquedad heroica en el personaje en cuestión— a la constitución anterior y así, sucesivamente hasta llegar a la primera constitución histórica. Claro que la pregunta inicial sigue supérstite. Esta norma primera en el tiempo y origen de las demás necesita ser igualmente fundamentada y, si no queremos ser inconsecuentes con el punto de partida que pretendía evitar la falacia naturalista, habrá de serlo en otra norma. Fundamentar el sistema jurídico en la legalidad efectiva y en la eficacia social de la constitución supondría un paso fatal del ser al deber ser. Así pues, como el eslabón normativo termina en esa primera constitución conocida —y caso de que no fuera así la cuestión subsistiría con lo mismos términos— y el fundamento de esa norma precisa ser, a su vez, norma, no cabe más remedio que admitir que la validez de la norma según la cual tenemos la obligación de someternos a las disposiciones de la primera constitución histórica debe ser presupuesta.

Pero, ¿qué es lo que se presupone exactamente? Veamos cuál es el concreto enunciado de la norma fundamental. En multitud de ocasiones —según Hughes, es en estos pasajes en los que aparece el «sentido fuerte» de la norma fundamental (1974, 204)— Kelsen señala que la norma básica, como sentido objetivo del acto de voluntad de los constituyentes, preceptúa comportarse conforme lo establece una constitución que es eficaz: «Llamaremos norma básica a la presuposición de que el sentido subjetivo del acto constituyente es también su sentido objetivo, es decir, la presuposición de que mediante ese acto se ha establecido una norma jurídica válida, es decir, obligatoria o, en otros términos, la presuposición de que debemos comportarnos como la constitución lo prescribe» (1969b, 96); «La norma fundamental prescribe que debe uno comportarse en la forma en que lo ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera constitución» (1969e, 135); «El enunciado que describe [la norma fundamental] reza: los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella. En forma abreviada: uno debe comportarse como la constitución lo prescribe» (1982, 208); «La norma fundamental de cualquier orden jurídico positivo confiere autoridad jurídica a los hechos por los cuales un orden es creado y aplicado únicamente si éste es, en su totalidad, eficaz» (1969e, 141); «El fundamento de validez de un ordenamiento jurídico es una norma fundamental presupuesta que estatuye que uno debe comportarse de acuerdo con una constitución que ha sido efectivamente creada y es eficaz en términos generales y de acuerdo también con las normas creadas en virtud de esta constitución que son eficaces en términos generales» (Kelsen, 1969d, 24)... Si esto es así, la eficacia no opera sólo como condición de validez de un orden jurídico, sino como parte del contenido prescriptivo de la norma básica. Uno debe comportarse de acuerdo con una constitución efectiva. La eficacia, entonces, aparece como la razón misma de la aceptación de un orden ya establecido. Aciertan Stamatis y Losano al afirmar res-

pectivamente que la hipótesis de la norma fundamental se realiza *a posteriori* en la medida que presupone la existencia de un orden jurídico que ya es eficaz en términos generales (1986, 55) y que «la norma fundamental existe sólo en un momento posterior a aquel en que comienza la existencia real de un ordenamiento jurídico» (1992, 145). Invirtiendo el paradigma crítico kantiano en el que el hombre afronta el mundo para someterlo a sus categorías, el neokantismo de Kelsen parte de la aceptación acrítica de la realidad ya constituida.

Parece que en la virginal pureza de la teoría de Kelsen se comienza a columbrar la mácula del poder. Sin embargo, el jurista de Praga se resiste a admitir tal acusación. La norma fundamental, dirá nuestro autor, es formal y se limita a fundamentar la validez respecto a cualquier orden coactivo eficaz en términos generales. De hecho, es precisamente la compatibilidad de la norma fundamental con cualquier contenido lo que le permite considerarla como prueba inequívoca de que la teoría pura del derecho es una doctrina jurídica positivista y, por tanto, aséptica. Cuando Kelsen distingue su teoría pura de las doctrinas del derecho natural —pues la metapositividad de la norma fundamental, según él mismo reconoce, pudiera conducir a equívocos—, apunta lo que para él es fundamental diferencia: el derecho natural no es sólo la razón de validez del derecho positivo, sino que también determina el contenido del mismo. Por el contrario, la norma básica que fundamenta la validez del derecho positivo no introduce ningún contenido material en el sistema jurídico, sino que se limita a fundamentar formalmente su validez, independientemente de que lo preceptuado en el ordenamiento sea justo o no. El origen estático de los sistemas de derecho natural propicia, según Kelsen, que no haya una sola doctrina de derecho natural, sino muchas, diferentes y hasta contradictorias. Dependiendo del contenido que se considere propio de la naturaleza del derecho —y aquí la amplísima gama de teorías es prácticamente inagotable— el derecho positivo será confirmado o invalidado. Consecuentemente, afirma Kelsen, no hay orden jurídico que no esté en conflicto con alguna de ellas y que, por tanto, no sea considerado inválido. Muy al contrario, «de acuerdo con la teoría pura del derecho, empero, es imposible que un orden jurídico no esté en conformidad con su norma básica y que por tanto carezca de validez. Porque la norma básica, que es la razón de la validez de este orden jurídico, refiere la creación de las normas de tal orden pero no determina los contenidos de sus normas» (Kelsen, 1974c, 422). La argumentación parece irreprochable y, sin embargo, esconde un ardid prestidigitador. Para desvelarlo habrá que dar un breve paseo por Könisberg.

La maravillosa compenetración de la geometría con la realidad que tanto había fascinado a los antiguos metafísicos fue desvelada por Kant. Tal y como lo sintetiza L. Recaséns, el conocimiento y, por tanto, el objeto, sólo es posible para Kant en tanto que nuestras sensaciones sean reducidas a unidad. El principio de esta unidad o síntesis trascendental es el yo trascendental o conciencia absoluta que se sirve de las intuiciones puras para llegar a conocer (1963, I, 176). La intuición pura del espacio, al mismo tiempo que es el fundamento de posibilidad de la geometría, es también el fundamento de la posibilidad de toda percepción empírica. La realidad y la

geometría concuerdan porque tienen el mismo fundamento: el espacio. No es difícil darse cuenta de que la norma fundamental de Kelsen significa para el derecho (y para la teoría jurídica) lo mismo que significa el yo trascendental kantiano para el conocimiento de la realidad, esto es, para la Física. La norma fundamental es el principio ideal que reduce a unidad absoluta todos los elementos jurídicos y que, por tanto, crea, posibilita, condiciona o explica el objeto de conocimiento, es decir, el derecho. Del mismo modo, la norma fundamental de Kelsen es, como el espacio, intuición pura, percepción a priori que fundamenta la posibilidad de la ciencia jurídica y la realidad normativa. Cómo, entonces, van a existir contradicciones entre la *Grundnorm* y las normas que fundamenta si es precisamente la norma fundamental la que crea la posibilidad de percibir el ordenamiento. Admirar esta cualidad de la teoría pura frente a otras construcciones, al menos Kelsen se solaza de ello al comparar su teoría con los constructos iusnaturalistas, es como sorprenderse de que el código genético de un niño se encuentre en sus progenitores.

No obstante, hagamos sobreseimiento de la sentencia de Kelsen y detengámonos no tanto en el contenido del fallo como en lo que se deduce de los *obiter dicta*. Que la norma fundamental, a diferencia de las fundamentaciones propias de las doctrinas de derecho natural, impide la contradicción entre el material normativo y la norma básica parece claro. Pero de ello cabe deducir algo con más enjundia. El ordenamiento jurídico positivo está siempre de acuerdo con la norma fundamental, de ahí que el sistema jurídico sea unitario y coherente, ya que la norma fundamental se presupone a posteriori. La eficacia del ordenamiento en conjunto es condición sin la cual no podemos presuponer su validez y sólo cuando ese ordenamiento eficaz existe y es aplicado y obedecido aparece la norma fundamental que lo valida: «El contenido de la norma fundamental está determinado por los hechos, a través de los cuales, un orden es creado y aplicado» (Kelsen, 1969d, 141). La conformidad del ordenamiento con la norma básica se produce a costa de la legitimación de lo ya existente. Disentimos en esto de la opinión de J. A. García Amado (1996, 64) que interpreta el hecho de que —y cita palabras de Kelsen— «uno deba comportarse de acuerdo con la Constitución fácticamente establecida y eficaz» o que «la instauración y la eficacia [sean] puestas, en la norma fundante básica, como condiciones de validez», como una muestra de la anterioridad e independencia de la norma fundamental respecto del ordenamiento al que como fundamento se incorpora. Si la validez de la norma básica se presupone sólo cuando el orden jurídico al que se refiere es efectivo se deduce, siguiendo a A. Conte (NDI, XI, 328), que no puede pensarse una norma básica que no se refiera en su enunciado a alguna constitución determinada —en este mismo sentido dice Raz que «en ningún caso dos normas fundamentales pueden tener el mismo contenido» (1985, 158).

El enunciado de la norma fundamental, entonces, hace referencia a la obligatoriedad de comportarse según una constitución concreta. Veamos la importancia que se desprende de esta aseveración. ¿Qué es realmente una constitución? *Prima facie*, la respuesta es sencilla: la constitución es una norma, la primera en la escala jerárquica del ordenamiento. Y, como toda norma, la constitución no es más que el senti-

do objetivo de un acto de voluntad. El poder fáctico y antijurídico —la orden del asaltante— también es expresión de un acto de voluntad, también la orden es dada mediante este acto; es decir, también es positiva. Dado que tanto la primera de las normas jurídicas de un ordenamiento como la última de las transgresiones del mismo son expresiones de un acto de voluntad y que su diferencia estriba únicamente en que a la primera se le dota de sentido objetivo con la presuposición de una norma hipotética mientras que la segunda carece de ella, la arbitrariedad del material sobre el que se vuelca el imperativo de la norma fundamental es manifiesta. Adjudicando a un acto de voluntad, de entre los muchos que pueden entrar en disputa, la presuposición de estar avalado por un sentido objetivo, por un deber puro, se deslinda el derecho de lo antijurídico. Pero sabemos que antes de la aparición de la norma fundamental, a los efectos *deus ex machina* que salva una apuradísima situación, no existe distinción entre los distintos actos de voluntad que imperan en una sociedad. Por tanto, la elección de uno de ellos —el que se realiza al amparo de la institución estatal—, sin más justificación, pues establecer un orden eficaz no es atributo exclusivo del Estado, representa una indudable tropelía. Esta función de «determinación de criterios» de la que habla Alexy (1994, 106) y que consiste en «determinar cuáles hechos deben ser considerados como creadores de derecho» no puede estimarse —tal hace el autor tudesco— como simple y neutral labor teórica de la norma fundamental. No toda declaración de voluntad puede ser considerada fuente de derecho, dice Kelsen, y es misión de la norma fundamental determinar qué hechos deben ser considerados como creadores de derecho. El criterio de Kelsen para la determinación de lo que es derecho se remite a «una constitución realmente promulgada y eficaz en líneas generales». El que Kelsen «admita que la elección de la norma básica no pueda ser hecha arbitrariamente por el jurista» (J. L. Kunz, 1974, 76) es asunto de vital importancia. Aquí lleva razón Ross en su crítica al apologismo de la positividad en el que desemboca la teoría kelseniana. La norma básica es la fuente última de la que emana la validez que se extiende a través de todo el sistema y, de acuerdo con A. Ross (1994, 69), de ningún modo podemos pasar esto por una construcción superflua pero inocua. Para Ross —en este punto concordante con el parecer de J. Stone (1964, 105)—, la Teoría Pura admite que la validez atribuida al derecho, fundada en la norma básica hipotética, no tiene cabida en el campo del conocimiento, y no es otra cosa que una cobertura ideológica para reforzar el orden establecido (1969b, 36). Del mismo modo, Stamatis ve en la norma fundamental «la afirmación ideológica de la positividad del derecho en general que redundará en la legitimación del sistema jurídico y político actual» (1986, 54). La respuesta que da Kelsen a esta objeción no es, ni mucho menos satisfactoria: «Puesto que la norma básica se refiere únicamente a un orden coercitivo generalmente eficaz, y puesto que la norma básica es adaptada a tal orden coercitivo y no el orden coercitivo a la norma básica, es *en este sentido* que, en la norma básica, la efectiva creación de las normas del orden coercitivo mediante actos reales de voluntad, y la eficacia de esas normas, se convierten en la condición de la validez objetiva del orden coercitivo. Por lo tanto la norma básica no «garantiza» la eficacia del orden jurídico. No influye para que éste

resulte eficaz» (1969d, 67). Si por eficacia entiende Kelsen la aplicación y acatamiento real de las normas de un sistema, entonces no cabe más remedio que rendirse al argumento con que da cuenta de sus detractores. Si, por el contrario, entendemos por eficacia —y es ésta la concepción que utilizan tanto Ross como Stone— el mantenimiento o la legitimación de un orden que ya es efectivo de hecho, la respuesta de Kelsen no constituye una defensa satisfactoria. Parece obvio que la norma fundamental no pueda convertir en eficaz a un ordenamiento —ese ordenamiento ya es eficaz cuando se presupone la norma fundamental—. Desde esta perspectiva la norma fundamental no garantiza eficacia alguna. Sin embargo, lo que aquí se dice es que la *Grundnorm*, al considerar al orden eficaz un orden objetivamente válido, le está sirviendo de principio legitimador. Y en este sentido sí garantiza la eficacia del ordenamiento: «La norma básica no es una construcción intelectual porque no es creada por el pensamiento jurídico, sino presupuesta en él» (Kelsen, 1969d, 75), y el presupuesto no es sino el calco jurídico de las relaciones de poder. La norma fundamental es engendrada, no creada y, para colmo, tiene la misma naturaleza que el padre, por quien, mucho nos tememos, todo fue hecho. En suma, el pensamiento kelseniano se orienta a la comprensión de las reglas que producen el orden social. Pero esa comprensión es, a la vez, reproducción de los mecanismos que hacen posible el orden.

Debemos convenir con A. Ross en que, desde esta perspectiva, la validez no es más que un reducto de la doctrina iusnaturalista atrincherada en ciertas concepciones tenidas por positivistas. Cuando Kelsen habla de validez o de fuerza obligatoria está en realidad diciendo que el derecho posee una fuerza moral intrínseca que construye a los súbditos no sólo mediante la amenaza de sanciones sino también moralmente (1969a, 12). En idéntico sentido afirma Soper (1993, 55) que el concepto de norma que propugna Kelsen implica una adhesión fuerte hacia las reglas comparable al apoyo moral que caracteriza a la actitud de un individuo con respecto a su sistema de valores más básico. No existe otra manera de interpretar el deber ínsito a la norma jurídica que hace de su obligatoriedad su modo de existencia. Si el derecho consiste en un *deber ser* cuyo fundamento estriba en otro *deber ser*, entonces habremos de admitir que en última instancia se nos está diciendo que existe un deber moral de obedecer al derecho: «Según Kelsen, la existencia de una norma es su “validez”; y que una norma posee validez significa “que los individuos deben comportarse como la norma lo estipula”. Pero la norma en sí misma, de acuerdo con su contenido inmediato, expresa lo que los individuos deben hacer. ¿Qué significa decir, entonces, que los individuos deben hacer lo que deben hacer?» (Ross, 1969a, 28). Debe ser lo que debe ser. Nada hay más parecido a la enunciación de la norma moral. De ahí que Ross pueda afirmar, con razón, que el deber de obedecer al derecho que subyace en la formulación kelseniana de la norma desemboque en un deber moral hacia el sistema jurídico. Y el deber hacia el sistema en ningún caso podrá derivarse del sistema mismo sino que tiene que surgir de reglas o principios que están fuera de él (Ross, 1969a, 19). Como indica Raz, aunque Kelsen rechaza las teorías del derecho natural, usa consistentemente el concepto de normatividad justificada

propia del derecho natural, es decir, los patrones jurídicos de comportamiento son normas sólo si, y en tanto que, están justificados por razones objetivas y universalmente válidas (1985, 185). El parecer de A. Wilson (1982, 46-47), que estima que la normatividad sustentada por la *Grundnorm* se concibe en términos puramente técnico jurídicos, jamás en un sentido valorativo, y que la función de la norma básica es exclusivamente la de fundamentar al sistema jurídico, pero no la de crear el concepto de normatividad justificada, no tiene mayor —nunca mejor dicho— fundamento. Tampoco parece de recibo la interpretación de A. Squella que, después de reconocer la intrusión de la eficacia en la teoría de Kelsen, reconduce la injerencia fáctica a la condición de virtud realista, en el sentido vulgar de la palabra: «La teoría jurídica de Kelsen no se parapeta tras un concepto aislante de la realidad, sino, muy por el contrario, penetra al ámbito del discurso efectivo de las conductas, pero sin abandonar lógicamente la noción normativa que le será indispensable para no extraviarse en el dominio tan variado de lo fáctico» (1974, 186). Hay buenas razones para pensar que «tal vez Kelsen esté presuponiendo (...) una máxima moral de tipo general de que debemos comportarnos de conformidad con los órganos oficiales coactivos que son eficaces» (G. Hughes, 1974, 208). En el mismo sentido T. Eckhoff y N. K. Sundby han señalado que la tradición del pensamiento moral y axiológico consistente en santificar la obediencia a la ley en tanto que posea la soberbia cualidad de ser «validez objetiva», aun siendo por completo extraña a la intención originaria de Kelsen, se ve continuada en la efectiva realización de la teoría del jurista de Praga (1975, 151). La validez objetiva, entendida como el modo específico de existencia de las normas, es realmente un concepto nebuloso. Cabría preguntarse qué tipo de cualidad aporta la norma básica, que no es sino la validez objetiva en estado puro, al ordenamiento. Desde luego Kelsen no llega a explicarlo nunca. Y a falta de mayor aclaración, todas las evidencias nos llevan a pensar que el concepto kelseniano de «validez objetiva» no es más que «un atributo metafísico, una superflua y equívoca adición al simple hecho de que un conjunto de significados normativos sea realmente respetado por la sociedad» (T. Eckhoff y N. K. Sundby, 1975, 151).

No debemos olvidar que la sola pronunciación de la palabra derecho —o alguna de las contenidas en su campo semántico— nos sitúa ya en una realidad connotada positivamente por cuanto, se quiera o no, la realización de algo en nombre del derecho acarrea inevitablemente el que se haga también en nombre de la moralidad pública. Como apunta N. McCormick «parece simplemente inconcebible que las apelaciones al derecho —aun cuando se trate de un derecho perverso— puedan echar por la borda su carga moral [o] que no será considerado como algo virtuoso (...) el que una persona obedezca al derecho, aun cuando el derecho que ella obedece contenga mucho de malo. Por la misma razón, quien viola el derecho, por más grande que pueda ser su conciencia moral, será siempre estigmatizado por las autoridades legales como un delincuente moral y como un peligro moral» (1981, 161).

Si tenemos en cuenta que un «delincuente» no es más que el que comete un delito, y a su vez un delito no es otra cosa que un comportamiento contrario a «derecho» nos pecataremos de la importancia de considerar a un orden como jurídico o no; o,

por decirlo con palabras de Kelsen, nos persuadiremos de la decisiva cuestión que se esconde detrás de suponer que un acto de voluntad —el del constituyente que da origen a la primera norma positiva— es objetivamente válido: «La función de la norma básica es permitir que se considere el sentido subjetivo de los actos creadores de derecho —que es un deber ser— como un sentido objetivo, y, por lo tanto, como normas objetivamente válidas (...); es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo, esto es, de normas de un orden coercitivo por lo general eficaz, creado por actos de voluntad humanos» (Kelsen, 1969d, 68-70).

La validez normativa concebida como deber de obediencia al derecho —un deber ser que fundamenta a otro deber ser— no cumple la función, como de la pureza proclamada por Kelsen pudiera esperarse, de describir y explicar la realidad sino la de avalar moralmente el orden jurídico existente. Es más, concluye Ross, la noción normativa de validez es el instrumento de una ideología sostenedora de la autoridad del Estado (1969a, 27). La concreción semántica de la *Grundnorm* antes aludida ratifica este juicio. Aunque el enunciado de la norma fundamental sea idéntico para cualquier ordenamiento, la referencia material que implica es única y específica —el acto de voluntad concreto de cada norma constituyente— «La norma fundamental se refiere inmediatamente a una determinada constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales, y mediatamente al orden coactivo producido por esa constitución, también eficaz en términos generales, en tanto da fundamento a la validez de esa constitución y al orden coactivo producido de conformidad con ella» (1982, 208-209). La distinción de J. Vilanova (1956, 147) cuando habla de «norma fundamental en abstracto» —refiriéndose a la noción general teórica enunciable en idénticos términos para cualquier ordenamiento— y «norma fundamental en concreto» —aludiendo al determinado orden jurídico que la *grundnorm* fundamenta— parece del todo pertinente. Queda así aclarado, siguiendo en esto a D. Cracogna (1986, 377) que, en contra de lo que pudiera parecer *prima facie*, Kelsen reconoce a la norma fundamental un preciso y determinado contenido variable según los casos, toda vez que valida una cierta constitución históricamente individualizada y cuyos autores —los constituyentes— son también concretamente determinables. Con razón insiste Kelsen, en contra de lo que la nomenclatura de su norma *hipotética* pudiera dar a entender, que «la norma fundante básica no es el producto de una invención (...), lo que se presupone no se produce arbitrariamente» (1982, 209); «la norma básica de un orden jurídico nacional no es un producto arbitrario de la imaginación del jurista. Su contenido se encuentra determinado por los hechos» (1969e, 141); «la norma básica no es producto de la libre imaginación. Ella está referida a hechos determinados, existentes en la realidad natural, a una constitución realmente establecida y efectiva y a los hechos realmente dispuestos conforme a ella que generan y apliquen normas» (1987, 85) «Nadie que haya leído lo que he escrito acerca de la norma básica puede albergar ninguna duda acerca de que mi opinión es que para cada orden jurídico positivo debe presuponerse una norma básica *específica* referente a la constitución (en sentido jurídico positivo) de ese orden jurídico, si se ha de interpretar el sentido sub-

jetivo de los actos mediante los cuales esa constitución es creada, y el de los actos establecidos en base a esa constitución como su sentido objetivo. Como los diferentes órdenes jurídicos se basan en constituciones distintas, deben presuponerse normas básicas distintas. Cada una de éstas se refiere a una constitución positiva distinta» (1969d, 76).

En conclusión, para identificar las normas de un sistema únicamente podemos valernos de la suposición contenida en la norma fundamental, en tanto que ésta sólo puede ser identificada después de que la identidad del sistema haya sido establecida. El hecho de que se presuponga la norma fundamental significa justamente que uno interpreta como orden jurídico todo orden coactivo eficaz en general. Como la interpretación de un orden jurídico y la presuposición de la norma fundamental son dos caras de la misma moneda, lo uno no puede servir para la fundamentación de lo otro. La unidad del ordenamiento se hace depender de la posibilidad de identificar la norma fundamental y, sin embargo, la norma fundamental no puede ser identificada antes de que la unidad del sistema jurídico sea conocida. Con una cierta ingenuidad dice Kelsen que «la norma básica no contesta a la pregunta acerca de si el orden existente es un orden jurídico, sino a la pregunta acerca de cuál es la razón de validez de este orden jurídico» (1969d, 72). Es como si para definir los actos milagrosos frente a otros sucesos extraordinarios uno recurriese a la figura de Dios y para definir lo que una deidad sea se echase mano de su sólita capacidad para realizar milagros. En el asunto de la norma fundamental se puede apreciar uno de estos tipos de petición hierofántica.

Tras lo visto, pocas dudas caben sobre la función generatriz de la norma fundamental. La energía de la eficacia se transforma en energía jurídica. Como destaca J. R. Capella «la teoría pura del derecho recupera el mundo del ser, la facticidad, visto como efectividad general del conjunto de las normas coercitivas, convirtiéndolo en presupuesto suyo, en base exterior a la consideración formal interna del objeto jurídico, que aparece cerrado y apoyándose en la hipótesis de la norma fundamental» (1976, 184-185). Es lo que Alexy llama «función de transformación de categorías» (1994, 106). En palabras de García Amado «lo que la norma fundamental hace es elevar a categoría jurídica lo fáctico, a obligación de futuro lo que ya opera como realidad pasada y presente, a deber jurídico lo que ya es pauta social de comportamiento» (1996, 13). Retomemos el simil energético. La energía no se destruye, sólo se transforma; y esto es exactamente lo que acontece en la catalización que se realiza en la norma fundamental. La potencia sita en el ordenamiento eficaz, esto es, la fuerza actuante del poder —o, por decirlo con Pascal, la necesidad de que lo más fuerte sea seguido— sufre una mutación formal y se convierte en derecho, aunque conservando intacta los atributos y las características de los que estaba compuesta. Nada hay en la norma fundamental —en el derecho— que antes no hubiera existido en la fuerza impuesta eficazmente —en el poder.

Por lo general, la crítica ha destacado la innegable presencia de la eficacia en la teoría de Kelsen para, acto seguido, subrayar la función balsámica que desempeña la norma fundamental. Todas las contradicciones que surgen de la obra de Kelsen, muy

especialmente las derivadas de la introducción del principio de efectividad en un sistema caracterizado por su repulsión al reino del *ser*; encontrarían acomodo en la norma fundamental. Cuando la praxis jurídica es contradictoria con el dogma unitario entonces Kelsen echaría mano de la norma fundamental que sirve para solucionar las disfunciones del sistema. A nuestro modo de ver, esta interpretación parte de un dato correcto —cual es la inequívoca presencia de la efectividad en la teoría pura— y llega a una conclusión equivocada; a saber, la intervención forzada de la norma fundamental en una labor a la que en principio no estaba destinada.

Comencemos por el reconocimiento de la evidencia. El principio de efectividad, cuando es asumido por la teoría de Kelsen, precisa siempre de la intervención de la norma fundamental que transmuta automáticamente el ser en deber ser. Dos claras muestras de este fenómeno las encontramos en la explicación kelseniana de la resolución de antinomias entre normas de desigual rango jerárquico y en la contemplación de la costumbre como fuente de derecho.

En el primer caso parte de Kelsen de la posibilidad que existe en todo ordenamiento jurídico de que una norma inferior alcance validez a pesar de que su contenido vulnere claramente lo preceptuado en la norma superior. La realidad cotidiana de cualquier ordenamiento jurídico nos habla, en efecto, de la frecuentísima aparición de *normas que contradicen el contenido de las normas superiores que las habilitan* o de sentencias que desatienden lo prescrito en la ley que en principio aplican. La ausencia de impugnación, en el primer caso, y la fuerza de cosa juzgada, en el segundo, explican la presencia de estos fenómenos. Una teoría del derecho que se tenga por tal ha de dar cuenta de estos procesos irregulares. Los planteamientos realistas y sociologistas no sólo son capaces de explicar los casos de subsistencia de normas o sentencias ilegales sino que basan la mayor virtualidad intelectual de sus teorías en su misma existencia. La teoría pura del derecho, por contra, encuentra un verdadero escollo por cuanto representa la necesidad de atender la necesaria injerencia de datos fácticos en una mecánica que sólo contempla procesos de derivación exclusivamente jurídica. Como recuerda García Amado (1996, 231), no en vano se preguntaba Engisch si el hecho de que, en virtud del principio de cosa juzgada, una sentencia llegue a ser efectiva e inatacable aunque desatienda los preceptos procesales o las normas materiales que ha de aplicar, no supone una contradicción entre normas de distinta jerarquía que echa por la borda la pretendida unidad del sistema jurídico. Por otra parte, ha sido mérito de C. Schmitt destacarlo, «un normativismo consecuente debería conducir al absurdo de que la decisión conforme a la norma tomaría su fuerza jurídica de la norma y, paradójicamente, la decisión contraria a la norma tomaría su fuerza sólo de sí misma ¡de su propia contradicción con la norma!» (C. Schmitt, 1996, 27). La solución kelseniana a este problema radica en presuponer que en toda norma superior se contiene una habilitación para que el órgano inferior cree normas ya sea con el contenido o en la forma que se prescribe, ya sea con otro contenido o forma cualesquiera (Kelsen, 1982, 275-276). Comoquiera que esta cláusula no es positiva ha de considerarse contenida en la presuposición de la norma fundamental; su validez «reposa en una norma general preexistente, previa a su pro-

ducción, que, cuando determina el contenido de esas norma jurídica individual, lo hace con el sentido de la alternativa aquí expuesta» (Kelsen, 1982, 276). La asimilación del principio de efectividad que aflora en las normas y sentencias irregulares se realiza, pues, mediante la intervención de la norma fundamental.

Otro tanto ocurre con la creación de normas por medio de la costumbre cuando ésta no se contempla en la constitución como fuente de derecho: «Si un orden jurídico tiene una constitución escrita la cual no instituye a la costumbre como una forma de creación del derecho y, si el orden jurídico, sin embargo, contiene derecho consuetudinario además del derecho legislado, entonces, además de las normas de la constitución escrita, tienen que existir normas no escritas de la constitución: una norma creada consuetudinariamente de conformidad con la cual las normas generales que obligan a los órganos aplicadores del derecho pueden ser creadas por costumbres» (Kelsen, 1969e, 149). Es decir, Kelsen se encuentra ante la posibilidad de que en un ordenamiento exista la costumbre actuando fácticamente como fuente normativa y, sin embargo, la constitución positiva de ese ordenamiento no contemple la costumbre como fuente. Si esto fuera así, la unidad del ordenamiento se vería comprometida. Por eso resulta necesario para mantener la unidad sistemática la postulación de que existe en cada sistema jurídico una disposición jurídica no positiva —presupuesta al mismo nivel que la norma fundamental— que autorice todas las disposiciones constitucionales así como las disposiciones que, sin ser constitucionales, actúen por vía consuetudinaria. La existencia de una norma fundamental que avale esta autorización se torna indispensable para garantizar la unidad del sistema.

Tanto en el caso de la costumbre no contemplada en la constitución como en el de la cláusula alternativa nos encontramos ante fenómenos que implican la sanación normativa de cuestiones que se presentan viciadas por su carácter fáctico. El esquema, como agudamente subraya J. A. García Amado (1996, 87), se repite de forma inexorable: «cuando Kelsen quiere dotar al derecho de una determinada característica, fundamenta ésta remitiéndola a la norma fundamental y diciendo que al presuponer ésta como fundamento de la validez jurídica o específico modo de ser del derecho, va implícito en ese presupuesto ese carácter que interesa demostrar». Atención a lo que decimos: la resolución de contradicciones teóricas, y en esto disintimos de la opinión de Calsamiglia (1977, 166 y ss.), no encuentra en la norma fundamental tanto un aliado como un esbirro. Significamos con ello que, lejos de que los problemas que surgen de la concepción de Kelsen sean remitidos a una norma fundamental que formaría parte inicial de esa problemática teoría y que incidentalmente y de manera fortuita se vería abocada a solventar ciertas disfunciones, la *Grundnorm*, desde un inicio, se nos presenta como instrumento específicamente creado para solucionar los problemas del normativismo, muy concretamente, el que surge de la inserción de la eficacia en una construcción en principio atrincherada tras los muros de la validez pura. La función de la norma básica no es fundamentar, sin más, la validez del sistema normativo, sino fundamentar la conversión de la fuerza que genera orden en derecho. De manera ni siquiera yuxtapuesta a la fundamentación de validez, sino hipostasiada, aparece la labor de transformación de los elementos fácticos que confor-

man el sistema —y con esto se pone de manifiesto la actuación *ex post* de la norma fundamental respecto del material normativo con el que opera Kelsen que antes habíamos subrayado—.

Sin embargo, conviene insistir en ello por lo que luego se verá, la norma fundamental no desempeña esta función proyectiva de forma interina, provisional o supletoria. Ya que la norma fundamental es ambigua e indeterminada, parece sugerir esta interpretación, Kelsen encaja en ella toda cuanta disfunción crea el sistema. Muy al contrario, la transformación de lo fáctico en normativo es función explícita y consciente en la norma fundamental. Por ello, creemos que no acierta Calsamiglia al considerar que los aspectos antes reseñados muestran la intromisión de la eficacia en la teoría pura del derecho, a pesar de que Kelsen hubiera expresado la sola presencia de la validez como categoría explicativa del ordenamiento jurídico. Desde luego sí lleva razón Calsamiglia al denunciar el hecho de la presencia de la eficacia en la teoría pura, pero no como excrecencia que, con posterioridad a los axiomas kelsenianos, debe ser asimilada por una norma fundamental dispuesta a retorcerse para dar cabida a los inevitables elementos fácticos con los que se tropieza. La *Grundnorm* nace ya con la intención de solventar la presencia de la eficacia que se encuentra en la cúspide de todo sistema normativo. Se podrá aducir que no existe mucha diferencia entre una interpretación y la otra. Y tal vez en un sentido material sea así, pero no en un sentido teleológico. En ambos casos se establece claramente que la eficacia es determinante en la teoría de Kelsen, pero mientras que en la interpretación de Calsamiglia lo fáctico parece colarse a regañadientes en una teoría que declaradamente le cerraba las puertas, aquí se sugiere que, en realidad, es la validez la solución forzada en una teoría que, partiendo de la consagración de lo fáctico, aspira a encubrir la cruda imagen de la eficacia con el púdico velo de la validez normativa. La efectividad es en la teoría de Kelsen el criterio del derecho, habida cuenta de que la hipótesis inicial, una vez que conocemos qué es el derecho positivo, sólo cumple la función de otorgarle validez al ordenamiento. En realidad, en la teoría de Kelsen la eficacia nos atronaría con su voz si no fuera porque el jurista de Praga se cuida, ya no de teparle la boca, sino de imputarle el vociferio al principio de validez. Al igual que los éforos de Esparta, que viendo a un hombre disoluto proponer al pueblo una idea útil le mandaron callar y rogaron a un hombre de bien que por allí pasaba que se atribuyera la invención y la propusiera, la verdad que muestra la eficacia, que es principio zascandil y licencioso, necesita ser refrendada por la probidad que se atribuye a la validez. La eficacia representa en la teoría de Kelsen la propuesta correcta emitida por el principio erróneo. Ésa es la etiología de la teoría pura. Un fuero que no debe confundirse con el huevo, con perdón, de Calsamiglia.

En este sentido, la validez y la eficacia parecen estar compuestas siguiendo un plan genuinamente dodecafónico. La dodecafonía, término introducido por Schönberg en la teoría musical, es sinónimo de atonalidad. En esencia, su teoría es la siguiente: partiendo de una base tonal de doce sonidos tomados de la escala cromática se generan otras series resultantes de su contrario tonal, de la serie retrógrada correspondiente y del relativo contrario de ésta. Hasta aquí —no haga cábalas inusi-

tadas el lector— poco o nada que ver con Kelsen. Lo que sucede es que el programa de Schönberg estaba concebido sobre la base de la distorsión consciente de la tonalidad clásica. Se intenta establecer en todo momento una rígida división entre la armonía tónica —lo que pudiéramos llamar *música*— y una armonía atónica cuya regla principal es no parecerse en nada a la sucesión melódica tradicional. Esta disparidad intencionada da lugar a una serie de reglas forzadas y rígidas —de axiomas— que deben guiar en todo momento la composición diatónica. Una de las más importantes, por cierto, consistía en impedir que más de dos notas tónicas pudieran ir juntas —de lo contrario podría sonar «bien»—. La intención del dodecafonismo, en suma, era crear música sin que pareciera música. Pues bien, Kelsen, con su *teoría dodecafónica del derecho*, intenta concebir el derecho como contrapunto de la teoría imperativista tradicional —la teoría tonal— aun siendo consciente de que esencialmente es certera. Para ello precisa de una separación tan tajante como la que llevarán a cabo Schönberg y Stravinsky. Sólo que los términos de polarización serán ahora validez y eficacia. También Kelsen construye una teoría del derecho que, como aquella regla dodecafónica que comentábamos, impide a toda costa mezclar elementos tradicionales —en este caso elementos de eficacia, tan caros a la teoría de Austin— con la nueva terminología que intenta refundar el derecho sobre bases completamente diferentes. Pero, lo que es más importante, Kelsen, al igual que Schönberg, sabía que el modelo original que servía de contrapunto al suyo propio sintetizaba mejor la estructura de lo que se tenía entre manos y, en consecuencia, una de dos, o se encubría la teoría propia con una formulación irreductible a los términos de la teoría paralela o la mayor virtualidad explicativa del modelo que se intentaba reemplazar terminaría por aflorar e imponerse. Paradójicamente, cuando Kelsen se defiende de la imputación de introducir la eficacia en su planteamiento es justamente cuando con más claridad se aprecia el fenómeno que comentamos: «La función de la norma básica no es permitir que se considere como derecho a un orden coercitivo que es en general eficaz, puesto que —de acuerdo a la definición proporcionada por la Teoría Pura del Derecho— un orden *jurídico* es un orden coercitivo que es en general eficaz; la función de la norma básica es permitir que se considere a este orden coercitivo como *objetivamente válido*» (1969d, 70). Es decir, la teoría pura parte ya de un orden eficaz y su misión consiste en transmutar esa eficacia —dejándola intacta— en un orden que *además* ostente cualidad de validez. En palabras de V. Palazzolo, en el pensamiento kelseniano «la validez no hace más que reconocer, afirmar y valorar lógicamente la positividad sin añadir ni modificar nada sustancial. De ahí que tal relación se resuelva mediante la adhesión a la validez y a la positividad o en la consideración de la validez como reconocimiento de la positividad y efectividad del derecho» (1957, 46). Como R. Musil, que al comienzo de su novela *El hombre sin atributos* anuncia su voluntad de no hacer ninguna tentativa seria de entrar en competencia con la realidad, Kelsen parece complacerse en construir una teoría fiduciaria de los hechos.

A lo mejor suena a travesura hermenéutica, pero, a nuestro modo de ver, la teoría de Kelsen no es más que un denodado esfuerzo por transitar la senda sociológica,

bien que a hurtadillas. Puede que esto parezca a algunos dicitio herético —¡Kelsen empirista!—, pero aun así estamos dispuestos a afrontar los rigores de la hoguera. Dos importantes razones parecen ratificar nuestra interpretación.

La primera —meramente indiciaria, todo hay que decirlo— es que Kelsen no rechaza el método sociológico y reconoce, como recuerda Kunz (1974, 52), que la Sociología del derecho es una ciencia plenamente justificada. Lo único que rechaza es que la sociología del derecho pueda erigirse como ciencia del derecho, es decir, como modo adecuado de plantear las cuestiones fundamentales de la dogmática jurídica, de la metodología del derecho. Fuera de esta delimitación interna, el derecho puede ser interpretado de manera consistente utilizando el método sociológico. La contingencia que presenta la norma fundamental explica lo que decimos: «que la norma fundamental de un orden jurídico positivo pueda ser presupuesta, pero no tenga que ser presupuesta, significa que pueden interpretarse las relaciones que interesan entre los hombres como obligaciones, facultades, derechos, competencias, etcétera, constituidos mediante normas jurídicas objetivamente válidas (...) Cabe interpretarlos incondicionalmente, es decir, sin suponer la norma fundante básica, como relaciones de poder, como relaciones entre individuos que mandan entre hombres mandan y hombres que obedecen o que no obedecen; es decir, cabe interpretarlas sociológicamente, no jurídicamente» (1982, 229). Según esto, la interpretación sociológica es perfectamente válida siempre y cuando no pretendamos una explicación «científica» del derecho. Sin embargo, la segunda razón que cabe invocar en la reconducción empirista que pretendemos impugna la validez relativa que Kelsen imprime a la anterior afirmación. Nos referimos a la explicación kelseniana de los cambios revolucionarios. Aquí, en lo que se supone que es apreciación «científica», Kelsen acoge resueltamente la interpretación sociológica. En efecto, como señala Kelsen «el significado de la norma fundante básica se hace especialmente claro cuando una constitución no es modificada por las vías constitucionales, sino que es reemplazada revolucionariamente por otra». Sucede que la aclaración pretendida, que es, en esto acierta Kelsen, completamente reveladora, se da en un sentido opuesto al que se sugiere: «Una revolución —dice Kelsen— en el sentido amplio de la palabra, que abarca también el golpe de Estado, es toda modificación no legítima de la constitución —es decir, no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales— o su reemplazo por otra (...) lo decisivo es que la constitución válida sea modificada de una manera, o reemplazada enteramente por una nueva constitución, que no se encuentra prescrita en la constitución hasta entonces válida» (1982, 218). En estos casos, continúa Kelsen, aun cuando no varíen la mayoría de las normas jurídicas del orden anterior, habrá de presuponerse una nueva norma fundamental. El contenido de las normas recibidas permanece idéntico y, sin embargo «su fundamento de validez, y no sólo ello, sino también el fundamento de validez de todo el orden jurídico, se ha modificado. Con la adquisición de eficacia de la nueva constitución se ha modificado la norma fundante básica» (1982, 218). En este punto la identidad con el razonamiento sociologista que en su momento esgrimió Hobbes para la fundamentación del poder es absoluta: «Si el soberano de un Estado sojuzga a un pue-

blo que ha vivido bajo el imperio de otras leyes escritas, y posteriormente lo gobierna por las mismas leyes con que antes se gobernaba, estas leyes son leyes civiles del vencedor, no del Estado sometido. En efecto, el legislador no es aquel por cuya autoridad se hicieron inicialmente las leyes, sino aquel otro por cuya autoridad continúan siendo leyes ahora» (Hobbes, 1983, I, 272).

Esto es, según Kelsen, siempre que un golpe de Estado o un cambio revolucionario cambian los fundamentos del sistema normativo e imponen nuevos poderes se modifica la norma fundamental como resultado del cambio de la efectividad social del poder. La norma fundamental no permanece indiferente al cambio de los contenidos sociales del poder. Cuando se modifican el poder dominante en una sociedad y sus modos de organizar la producción normativa, la norma fundamental experimenta un reajuste en su formulación. La pieza que garantiza la unidad del sistema, el último reducto de la validez pura, se identifica con el principio de efectividad. La eficacia no es *conditio sine qua non* sino *conditio per quam* de la validez. Aquello que escandalizaba a Agustín de Hipona, el que los hechos triunfantes tuviesen consideración de derecho, se convierte en la máxima del pensamiento kelseniano: «Si de los gobiernos quitamos la justicia, decía Agustín, ¿en qué se convierten sino en bandas de ladrones a gran escala? Y estas bandas, ¿qué son sino reinos en pequeño? Son un grupo de hombres, se rigen por un jefe, se comprometen en pacto mutuo, reparten el botín según la ley por ellos aceptada. Supongamos que a esta cuadrilla se le van sumando nuevos grupos de bandidos y llega a crecer hasta ocupar posiciones, establecer cuarteles, tomar ciudades y someter pueblos: abiertamente se autodenomina reino, título que a todas luces le confiere no la ambición depuesta sino la impunidad lograda» (Agustín, 1977, I, 230). La semejanza entre las bandas de ladrones y los reinos injustos implica en el pensamiento de Agustín la negación del carácter jurídico a todo gobierno que no atienda los contenidos de justicia de la ley divina: si no son justos, los Estados son bandas de ladrones. Por contra, la misma semejanza entre ladrones y Estados conduce a Kelsen a afirmar que las bandas no son sino Estados en potencia: si son eficaces, las bandas de ladrones son Estados. En cualquier caso, la eficacia en Kelsen desempeña el mismo papel que la justicia en el pensamiento iusnaturalista. En ambos casos es factor determinante, *conditio per quam*, de la validez.

El ejemplo antes mencionado en el que Kelsen compara la vida del hombre y la validez para resolver que una condición no puede ser idéntica a lo que condiciona; o, en otras palabras, que la condición de validez —la eficacia— no puede hacerse equivalente de la validez misma, no es más que una añagaza dialéctica, un sofisma. Por supuesto que las condiciones pueden ser idénticas a lo condicionado, así como también cabe que los presupuestos de existencia sean idénticos a la esencia de las cosas. En más ocasiones de las que frecuentemente se cree, la función de algo y la naturaleza de ese algo coinciden. Incluso en el caso de la vida del hombre que Kelsen aduce como manifiesta evidencia de la disparidad entre presupuesto y esencia la disimilitud es sólo aparente. El hombre, para ser tal, ha de vérselas con su entorno, necesita enfrentarse a él y, por tanto, debe actuar. El ser agente es condición de la

humanidad. Y también esencia. El hombre —irrefutable verdad que debemos a San Carlos de Tréveris— no sólo hace cosas; el hombre es lo que hace, es la suma de sus decisiones. Su función es también su naturaleza. Con la relación entre validez y eficacia acontece lo mismo. El derecho sólo es si impera y, además, es aquello que impera.

Con su análisis sobre los cambios revolucionarios de la constitución, Kelsen, sin reconocer la relación de identidad entre eficacia y validez —y aún negándola—, acaba mostrando la vigencia real que desarrolla en su teoría. El asunto no puede plantearse con más crudeza. Si la revolución triunfa e impone una nueva constitución, cambia la norma fundamental. Si no triunfa, lo que estaba destinado a ser novísimo «marco de convivencia», por utilizar el ridículo eufemismo hoy tan al uso, se convierte en infame y subversiva transgresión: «entonces la revolución no sería entendida como un proceso de producción de nuevo derecho, sino como un delito de alta traición, conforme a la vieja constitución y a las leyes penales fundadas en ella y consideradas válidas» (Kelsen, 1982, 219). El principio de efectividad así concebido no limita el principio de legitimidad, como pretende Kelsen (1982, 219); directamente, lo define.

Como señala J. A. García Amado (1996, 41), «no es que la norma fundamental sea compatible con cualesquiera contenidos, sino que cualesquiera contenidos de poder efectivamente supremos y eficaces en un grupo social son compatibles con una norma básica: la que fundamenta la validez y obligatoriedad de sus mandatos». La norma fundamental se convierte de este modo en norma fundamental, pues su función consiste en dar cabida a diferentes pies que puedan usar un mismo zapato. Aquí la visión de Kelsen no puede ser más parecida a la que en su momento dieran tanto Hobbes como Austin para explicar la existencia de un orden jurídico y que no es más que la aplicación de la constatación sociológica a la fundamentación jurídica. Recordemos que, para ambos autores, *soberano* es el que se impone de hecho al punto de despertar obediencia entre sus súbditos —o, mejor dicho, entre hombres que por obedecer a otro que se atribuye autoridad se convierten en sus súbditos—. Del mismo modo, Kelsen mantiene que en caso de revolución el bando que consiga imponerse e implantar eficazmente el orden querido será considerado titular del poder jurídico. La pregunta que Alcibiades, según nos cuenta Jenofonte, dirigió a Pericles: «Cuando un tirano se apodera del Estado y prescribe a los ciudadanos lo que deben hacer, ¿es esto también una ley?», sería contestada, indubitadamente, de forma afirmativa siempre y cuando el tirano fuese capaz de garantizar el orden de manera eficaz. La norma fundamental, desde esta perspectiva, no es sino el sucedáneo de la soberanía en la concepción de los teóricos del Estado. El asentamiento del poder en el Estado centralizado implicó en primera instancia que la suprema autoridad se convirtiese en soberana y todo el derecho positivo se imputase a su libérrima voluntad. La unidad se garantizaba precisamente en la empiria del soberano librevolente. Paralelamente a la despersonalización del poder en las democracias modernas, como señalan T. Eckhoff y N. K. Sundby (1975, 136), en la teoría pura del derecho la idea de una autoridad suprema se conserva, aunque se desprovea de corporeidad y

se desustancie por medio de la referencia a la norma básica. En clara continuidad con la problemática tradicional, la norma fundamental se subroga en la función del soberano prescindiendo de su carácter personal y empírico. Como si se tratase de una corriente, Kelsen —ahora veremos si con feraces resultados— intenta anegar la teoría de Austin para que se pudra el rastrojo y abone la tierra sobre la que se va a sembrar.

La norma fundamental, de cuya ductilidad ya estamos prevenidos, se muestra muy sumisa y solícita en lo que respecta a la fundamentación del orden triunfante. El que logra imponerse de un modo eficaz y duradero se convierte en Estado y su orden normativo deviene jurídico. Como señala U. Cerroni (1978, 195), «dogmática en sus comienzos (...) la teoría pura es empírica en sus conclusiones. Discrimina entre derecho y lo que no lo es con base en la *validez*, descubriendo poco después que toda autoridad *efectiva* se convierte en *válida*». También V. Palazzolo destaca la docilidad que en este punto presenta la teoría kelseniana: «el intento de Kelsen de perfilar una concepción perfectamente racional del derecho tiende a resolverse en la reducción del derecho al hecho y en la aceptación acrítica e irracional de este último, que el adjetivo “jurídico” no logra discriminar y calificar de una forma efectiva» (1957, 50). Todo el misterio que parece envolver la presuposición de la norma fundamental —¿sobre qué orden volcaremos la suposición de juridicidad?— se resuelve acudiendo a los hechos consumados. Igual que Epiménides, que, según cuentan, adivinaba formidablemente el pasado, la norma fundamental agota su pronóstico en la adivinación de las cosas ya ocurridas. Cuando el acontecimiento ya ha tenido lugar no es difícil encontrarle una interpretación que verifique las conjeturas. La interrelación entre norma fundamental y eficacia es tan estrecha que en alguna ocasión Kelsen llega a yuxtaponerlas y a definir el principio de efectividad en función de la norma fundamental misma: «el principio de efectividad es la norma básica general que el pensamiento presupone siempre que reconoce un conjunto de normas como la constitución válida de determinado Estado. Esta norma puede formularse del modo siguiente: los hombres sólo deben comportarse conforma a un orden legal determinado si este ordenamiento jurídico es en conjunto efectivo» (1991c, 144).

La única diferencia que existe entre dos manifestaciones de fuerza organizada y eficaz que resulten concurrentes y competitivas —un Estado y una banda terrorista, pongamos por caso— es, según Kelsen, que en un caso suponemos una norma básica mientras que en el otro «no se da por presupuesta norma fundante alguna, conforme a la cual uno debe comportarse acatando ese orden, es decir, que la coacción deba ser ejercida de acuerdo con las condiciones y en la manera que ese orden determina» (1982, 60). Pero, y esta es la pregunta fundamental que Kelsen no escamotea, «¿por qué no se presupone una norma fundante semejante?» (60). La respuesta no puede ser más esclarecedora a los efectos que estamos comentando: no se presupone la norma básica «porque, o mejor, cuando, ese orden no tiene aquella efectividad duradera sin la cual no se presupondría una norma fundante a él referida, que sea fundamento de su validez objetiva (...), cuando el orden coactivo, considerado como orden jurídico, es más efectivo que el orden coactivo constitutivo de la

banda de ladrones» (Kelsen, 1982, 60-61). Fijémonos en un pequeño desliz que comete Kelsen en esta explicación. Cuando explica el porqué de la no presuposición de la norma básica al ordenamiento propuesto por la banda de ladrones comienza diciendo «no se la presupone *porque*» y, presto matiza, «o mejor, *cuando*»... Desde luego no es lo mismo explicar la causa que explicitar la condición. La corrección que realiza Kelsen intenta salvar aquella visión que interpretaba la eficacia como simple *conditio sine qua non*. Sin embargo, es la primera partícula la que plasma fielmente la concepción de la eficacia que Kelsen realmente profesa. No se presupone la norma fundamental *porque* el orden de los bandidos no es eficaz de manera permanente. No existe validez porque no hay eficacia. El orden coercitivo considerado como orden jurídico es más efectivo que el orden coercitivo que constituye la banda y, en consecuencia, sólo el primero podrá ser estimado válido, plenamente jurídico. Es más, concluye Kelsen, basta que la banda establezca un control efectivo sobre un cierto territorio y el orden coercitivo se convertirá en orden jurídico y la comunidad constituida por él podrá ser considerada como un Estado (1982, 61).

Tras estas consideraciones resulta lógico que Kelsen, de antemano, intente rescatar el elemento fáctico. Por eso la validez aparece como un apósito que apenas si disimula el cariz factualista de su teoría —como tampoco la tonalidad mínima se desterraba por los dodecafonistas, pues, a la postre y con no muy buenos resultados, era lo único que separaba a sus composiciones del ruido.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍN (1977): *La ciudad de Dios*, II tomos, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- ALEXY, R. (1994): *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- CALSAMIGLIA, A. (1977): *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona.
- CAPELLA, J. R. (1976): «Homenaje a Hans Kelsen», en J. R. CAPELLA: *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, Fontanella, Barcelona, 1976.
- CERRONI, U. (1978): *Introducción a la ciencia de la Sociedad*, Grijalbo, Barcelona.
- CONTE, A.: *Norma fondamentale*, Novissimo Digesto Italiano, XI.
- CRACOGNA, D. (1986): «Regla de reconocimiento y norma básica», en H. L. A. Hart y el concepto de Derecho. *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Valparaíso.
- ECKHOFF, T. y SUNDBY, N. K. (1975): «The notion of the basic norm(s) in jurisprudence», en *Scandinaviam Studies in Law*, núm. 19.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1996): *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid.
- HART, H. L. A. (1974): «La teoría kelseniana de la unidad del derecho», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 21, año VII.
- HOBBS, TH. (1983): *Leviatán*, 2 vols., Sarpe, Madrid.
- HUGHES, G. (1974): «Validez y norma básica», en HANS KELSEN (1881-1973): *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Universidad de Chile, Valparaíso.
- KELSEN, H. (1946a): *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, 10.ª ed. de 1934, Losada, Buenos Aires.

- (1946b): «El problema de los juicios de valor en la ciencia del derecho», en *El derecho natural y otros ensayos*, Ed. Losada, Buenos Aires.
  - (1961): *General theory of law and state*, Russell and Russell, New York.
  - (1969): *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
  - (1969a): «Una teoría “realista” del derecho y la teoría pura del derecho» (observaciones a ALF ROSS: «Sobre el Derecho y la Justicia», en H. KELSEN: *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
  - (1969b): «El concepto de Orden Jurídico», en H. KELSEN: *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
  - (1969c): «La doctrina del Derecho Natural y el Positivismo jurídico», en H. KELSEN: *Contribuciones a la teoría pura del derecho*.
  - (1969d): «El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho», en H. KELSEN: *Contribuciones a la teoría pura del derecho*.
  - (1969e): *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México.
  - (1974a): «El fundamento de la validez del derecho», en HANS KELSEN (1881-1973): *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Valparaíso, Universidad de Chile.
  - (1974b): «La Autodeterminación del derecho», en HANS KELSEN (1881-1973): *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Valparaíso, Universidad de Chile.
  - (1974c): «Acerca de la Norma Fundamental», en HANS KELSEN (1881-1973): *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Valparaíso, Universidad de Chile.
  - (1982): *Teoría pura del derecho*, 20.<sup>a</sup> ed. de 1960, UNAM, México.
  - (1984): *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*, Fondo de Cultura Económica, México.
  - (1987): «La función de la Constitución», en *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Hachette, Buenos Aires.
  - (1991a): *General Theory of Norms*, Clarendon Press, Oxford.
  - (1991b): «¿Qué es justicia?», en H. KELSEN: *¿Que es justicia?*, Ariel, Barcelona.
  - (1991c): «Los juicios de valor en la ciencia del derecho», en H. KELSEN: *¿Que es justicia?*, Ariel, Barcelona.
  - (1991d): «¿Por qué obedecer el derecho?», en H. KELSEN: *¿Que es justicia?*, Ariel, Barcelona.
- KUNZ, J. L. (1974): *La teoría pura del derecho*, Editora Nacional, México.
- LOSANO, M. G. (1981): *Forma e realtà in Kelsen*, Giufirè, Milano.
- (1992): *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, Temis, Sante Fe de Bogotá.
- MACCORMICK, N. (1981): *H. L. A. Hart*, Edward Arnold, Londres.
- PALAZZOLO, V. (1957): *Scienza e epistemologia giuridica*, Cedam, Padua.
- RAZ, J. (1985): *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, UNAM, México.
- RECASÉNS SICHES, L. (1963): *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Porrúa, México.
- ROSS, A. (1969a): «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural», en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
- (1969b): «Nota al libro de Kelsen *¿Qué es la Justicia?*», en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.

- 1969c): «Sobre los conceptos de “Estado” y “órganos del Estado” en Derecho constitucional», en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
- (1994): *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires.
- SCHMITT, C. (1996): *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Tecnos, Madrid.
- SOPER, PH. (1993): *Una teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SQUELLA, A. (1974): «Validez y eficacia del derecho en la Teoría de Hans Kelsen», en HANS KELSEN (1881-1973): *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Valparaíso, Universidad de Chile.
- STAMATIS, C. M. (1986): «La systématique du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale», en *Archives de Philosophie du Droit*, núm. 31.
- STONE, J. (1964): *Legal Systems and Lawyers' Reasonings*, Stanford University Press, Stanford.
- VILANOVA, J. (1956): *Vigencia y validez en el derecho. El Hecho del Derecho*, Losada, Buenos Aires.
- WELZEL, H. (1971): «El problema de la validez del derecho. (Una cuestión límite del derecho)», en *Derecho injusto y derecho nulo*, G. Radbruch, E. Schmidt y H. Welzel, Aguilar, Madrid.
- WILSON, A. (1982): «Joseph Raz on Kelsen's Basic Norm», en *The American Journal of Jurisprudence*, núm. 27.