



Papeles el tiempo de los derechos

“Una aproximación a la teoría pura del derecho de Hans Kelsen”

Patricia Cuenca Gómez

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Kelsen, teoría pura, sistema jurídico.

Número: 3

Año: 2010

Una aproximación a la teoría pura del derecho de Hans Kelsen¹

Patricia Cuenca Gómez

La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen constituye una de las piezas capitales de la teoría jurídica contemporánea. Como ha señalado Mario Losano², todas las teorías del Derecho del siglo XX terminan siendo analizadas en función de su mayor o menor proximidad respecto a la teoría pura, enunciada por Kelsen en los primeros decenios del siglo y desarrollada luego hasta los últimos años de su vida. Por esta razón, la referencia a la doctrina kelseniana en un Taller destinado a analizar las principales concepciones contemporáneas en el ámbito de la Teoría del Derecho resulta más que obligada.

A la hora de abordar el estudio de la teoría de Kelsen resulta esencial tener presente su carácter complejo e interdependiente. La complejidad de esta teoría se debe, entre otras razones, a la existencia de una duplicidad de fondo que atraviesa el conjunto de la doctrina kelseniana y que es fruto de su pretensión de ser, al mismo tiempo, una teoría del Derecho y una teoría de la ciencia del Derecho, e, incluso, una teoría de la ciencia normativa³. Por su parte, el carácter marcadamente interdependiente de dicha doctrina supone que la comprensión de muchos de sus conceptos exija tener en cuenta el contexto en el que se insertan en la obra kelseniana⁴.

Pues bien, estos rasgos implican que un trabajo de estas características no pueda aspirar a dar cuenta de todos los elementos de la teoría pura del Derecho y tampoco a exponer de manera rigurosa sus aspectos esenciales. En este sentido, me limitaré a señalar los presupuestos que condicionan la aproximación de Kelsen al fenómeno jurídico, cuya comprensión resulta crucial para entender el conjunto de su esquema conceptual, y a exponer de manera sintética el elemento de su construcción que en

¹ Paper elaborado para la primera sesión del Taller de Teoría del Derecho I edición. Concepciones actuales del Derecho, organizado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del programa Consolider “El tiempo de los derechos”.

² LOSANO, M., “Hans Kelsen: una biografía cultural mínima”, *Derechos y libertades*, núm. 14, Época II, 2006, pp. 113-128, p. 113.

³ TROPER, M., «Contribución a la crítica de la concepción kelseniana de la ciencia jurídica» en TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, cit., pp. 25-35, p. 25. La teoría pura del derecho «antes de ser una teoría general del

derecho, es una teoría epistemológica de toda teoría general del derecho posible», LENOBLE, J. y OST, F., *Droit, mythe et raison. Essay sur la dérivé mythologique de la rationalité juridique*, Publications des Facultes Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1980, p. 468

⁴ GARCÍA AMADO, J. A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 9.

mayor medida ha influido en la teoría jurídica post-kelseniana, esto es, su concepción del Derecho como sistema.

I. Algunos presupuestos: la pureza metódica y el positivismo jurídico de la teoría pura.

Toda la construcción teórica kelseniana está condicionada por la elección de la epistemología neokantiana como instrumento para construir una teoría jurídica positivista⁵.

La opción por la epistemología neokantiana impone la asunción del principio de pureza metódica. Este principio pretende “excluir” del conocimiento del Derecho “todos los elementos que le son extraños”⁶, exigiendo la construcción de una teoría exclusivamente normativa depurada de cualquier influencia tanto del mundo real como del mundo de la moral y de la política: la doctrina pura del derecho⁷.

En este sentido, “la primera purificación de la teoría pura”⁸ impone como postulado central el dualismo entre ser (Sein) y deber ser (Sollen); distinción esencial para la elaboración de una teoría científica de carácter normativo en tanto permite fundar su autonomía frente a las ciencias naturales. La principal consecuencia derivada del dualismo neokantiano consiste en la afirmación de que el fundamento de la validez de las normas jurídicas no puede radicar nunca en un hecho empírico, sino solamente en otra norma⁹. Ello implica el enfrentamiento de la doctrina kelseniana con las concepciones del Derecho de impronta realista.

En todo caso, para que el conocimiento en el ámbito de la esfera normativa adquiriera el estatus de auténtica ciencia al que la teoría kelseniana aspira se precisa otra

⁵ LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, vol.II, Giuffrè, Torino, 2002, p.79.

⁶ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, Porrúa, Buenos Aires, 7.ª ed., 199, p.202

⁷ LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, vol.II, p. 43.

⁸ CASAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1977, p. 91

⁹ “la pregunta por la validez de la norma ... no puede ser contestada mediante la verificación de un hecho empírico, ya que el fundamento de validez de una norma no puede ser semejante hecho ... El fundamento de la validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma», KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 201. Por tanto, para Kelsen, «no existen actos jurídicos *en sí*. La cualidad de acto jurídico viene determinada por la relación del acto con una norma ... la norma jurídica o el sistema normativo es un *esquema de interpretación que permite calificar a los hechos como jurídicos*. La juridicidad de un acto proviene del sistema normativo y sin sistema normativo no puede haber ni actos jurídicos ni actividad jurídica», CASAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 64. Vid. en el mismo sentido, GARCÍA AMADO, J.A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., p. 13

purificación que permite fundamentar su carácter neutral, objetivo y a-ideológico¹⁰. Según Kelsen la ciencia jurídica debe limitar su objeto de estudio al Derecho positivo y ha de excluir los juicios de valor de carácter moral. Desde el voluntarismo¹¹ y el relativismo¹² profesados por el profesor austriaco, las normas son el producto de la voluntad y nunca de la mera razón y los juicios morales se presentan siempre como juicios de valor subjetivos en relación con los cuales no es posible alcanzar un conocimiento científico. Esta segunda purificación implica el rechazo radical a las concepciones del Derecho de corte iusnaturalista.

Pues bien, desde estos referentes, la construcción teórica de Kelsen se caracteriza por manejar una serie de tesis típicamente positivistas. Aludiré en este apartado a aquéllas que aparecen más directamente relacionadas con el principio de pureza metódica y que sirven para aclarar su significado.

1. La tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral:

En relación con esta tesis conviene subrayar que si bien en muchas ocasiones se presenta a la teoría pura kelseniana como expresión de una concepción de la relación entre el Derecho y la moral que afirma la existencia de una separación tajante entre ambos órdenes normativos, a mi juicio, la versión de la tesis de la separación conceptual que Kelsen asume afirma la independencia del Derecho respecto de la moral correcta y no respecto de cualquier moral. En este sentido, Kelsen afirma que “la exigencia de distinguir el derecho de la moral, el derecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta exclusivamente válida, de esa moral de las morales, de la moral por excelencia”¹³. Y admite sin vacilaciones que “todo orden jurídico positivo puede estar conforme con alguna de las muchas normas de justicia ... sin que tal conformidad pueda ser considerada como el fundamento de su validez. Una doctrina positivista, es decir, realista ... no niega que la formación de un orden jurídico positivo puede estar, y como regla de hecho lo está, determinada por la representación de alguna de las muchas

¹⁰ CASAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., 92.

¹¹ Sobradamente conocida es la definición kelseniana de las normas como el sentido de un acto de voluntad, Vid. por ejemplo, KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 23 y ss.

¹² Como muestra del relativismo kelseniano Vid. KELSEN, H., «¿Qué es justicia?» en KELSEN, H., *¿Qué es justicia?* trad. y edición a cargo de A. Casamiglia, Ariel, Barcelona, 2.ª ed., 1992, p. 39.. Así para Kelsen, la razón no puede conocer valores absolutos o evidentes, y, más aún, carece de capacidad para ofrecer una fundamentación objetiva a las elecciones en materia de valores

¹³ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 79.

posibles normas de justicia”¹⁴. Aunque en la construcción kelseniana, como antes se señaló, el relativismo es un argumento central a la hora de negar la existencia de una relación conceptual entre el Derecho y la moral correcta, esta vinculación es “repudiada” también “por otras razones”, entre ellas, porque “en sus aplicaciones de hecho, a través de la ciencia jurídica dominante en una determinada comunidad jurídica” puede conducir “a una legitimación acrítica del orden coactivo estatal constitutivo de esa comunidad”¹⁵.

Desde esta óptica la teoría kelseniana —a pesar de su, en ocasiones malentendida, “pureza”— resulta plenamente compatible con la afirmación de que el Derecho expresa siempre un punto de vista sobre la justicia y puede considerarse, al igual que la teoría de Hart, exponente del modelo de relación entre Derecho y moral que sostiene la existencia de una vinculación contingente o aleatoria entre ambos órdenes normativos. Lo que es puro no es el Derecho, que aparece condicionado por dimensiones morales, sino su conocimiento.

2. La tesis de la exclusividad del Derecho positivo:

Kelsen define la teoría pura del Derecho como “una teoría monista del derecho: según ella no hay más que *un* derecho el derecho positivo”, frente al carácter dualista de la doctrina iusnaturalista que afirma la “existencia de un derecho natural junto al derecho positivo”¹⁶. El Derecho es, para Kelsen, “*siempre* positivo y su positividad consiste en el hecho de que es creado y nulificado por actos de seres humanos con lo cual es independiente de la moral y de otros sistemas normativos semejantes”¹⁷.

Lo anterior, supone, por tanto, que las normas jurídicas tienen su origen en hechos empíricamente verificables, en actos de voluntad humana, esto es, son normas positivas. Como veremos después como un poco más de detalle, también la norma fundamental – única norma que no puede ser relacionada con los hechos en el sentido anteriormente indicado al no ser una norma puesta, sino una norma presupuesta – se

¹⁴ KELSEN, H., «Justicia y derecho natural», *Crítica al Derecho Natural*, trad. de Elías Díaz, Taurus, Madrid, 1966, pp. 29-163. pp. 101 y 102. También KELSEN, H., «La doctrina del Derecho Natural y el positivismo jurídico» en trad. de E. Bulygin en KELSEN, H., *Contribuciones a la teoría pura del Derecho*, cit., pp. 119-137pp. 131 y 132.

¹⁵ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 81 y 82.

¹⁶ Vid. KELSEN, H., «Justicia y derecho natural», cit., p. 163. De nuevo aclara Kelsen que «la norma fundamental no es un derecho diferente al derecho positivo, es solamente su fundamento de validez, la condición lógico-trascendental de su validez», *Ibidem*

¹⁷ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1995, p. 13

reconduce a la realidad empírica en tanto su formulación está condicionada a la eficacia general del orden jurídico. En este sentido, a pesar de la necesidad de separar ambas esferas, impuesta por el principio de pureza metódica, Kelsen considera la presencia de una cierta correlación entre las normas y la realidad como una exigencia fundamental para cumplir con la objetividad y la neutralidad entendidas como requisitos ineludibles del conocimiento científico. Esta tesis viene a coincidir con la tesis hartiana de las fuentes sociales del Derecho.

3. La concepción del Derecho como sistema:

Para comprender cabalmente el concepto de sistema jurídico que maneja Kelsen, resulta necesario tener en cuenta que la articulación sistemática de las normas responde en la doctrina pura no sólo a razones teóricas o metodológicas, sino también a razones epistemológicas.

Además, conviene tener presente que esta tesis sitúa a la teoría kelseniana en un concepto más estricto de positivismo que las dos tesis anteriores, que integraría entre sus rasgos definitorios la idea de sistema. Aunque no puedo encarar en detalle esta cuestión, considero posible afirmar que la visión sistemática constituye una de las señas de identidad del positivismo jurídico, entendido como una aproximación teórica a lo jurídico susceptible de diferenciarse de la teoría realista. Recurriendo a la distinción entre un concepto sistemático y un concepto decisionista de Derecho, cabría sostener que el positivismo se identifica con el primero, mientras que el realismo lo hace con el segundo¹⁸. En estas coordenadas se afirma que el planteamiento de Kelsen supone una crítica a las teorías realistas del Derecho.

La asunción de una concepción sistemática de lo jurídico implica sostener que la validez objetiva de una norma jurídica no requiere tan sólo que haya sido puesta a través de un comportamiento fáctico cuyo sentido subjetivo sea una norma, sino que se exige, además, que ese comportamiento sea identificable como “creador” de normas jurídicas sobre la base de lo establecido en una norma superior¹⁹. Este es, como es sabido, el criterio que sirve a Kelsen para distinguir una norma jurídica, del mandato de un ladrón de caminos²⁰.

¹⁸ WRÒBLEWSKI, J., “Dilemmas of the Normativistic Concept of Legal System”, *Rechtstheorie*, Beiheft 5, 1984, pp. 319-333, p. 321, BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, pp. 152 y ss. y GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 278-284.

¹⁹ BARBERIS, M., “La norma senza qualità. Appunti su ‘validità’ in Hans Kelsen”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 11, 1981, pp. 405-438.p. 428

²⁰ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 60.

Pues bien, me detendré a continuación en el estudio de la concepción sistemática del Derecho manejada por Kelsen.

II. La idea de sistema jurídico en la teoría pura del Derecho.

Afirma Bobbio que es con Kelsen cuando por primera vez, y definitivamente, la Teoría del Derecho se orienta “hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto, al considerar como concepto fundamental para la construcción teórica del campo del Derecho no ya el concepto de norma, sino el de ordenamiento, entendido como un sistema de normas”²¹. Aunque en su primera gran obra Kelsen se ocupa en exclusiva del estudio del Derecho desde una perspectiva estática que “tiene como objeto el derecho como sistema de normas con validez, el derecho en su estado de equilibrio” —lo que le conduce a elaborar una teoría de la norma jurídica— en sus obras posteriores añade a su aproximación una perspectiva dinámica que se fija en “el proceso jurídico en el que el derecho se produce y se aplica, el derecho en su movimiento”²² — a partir de la cual desarrolla una teoría del Ordenamiento jurídico que resuelve la cuestión de la validez de las normas jurídicas.

El modelo de sistema jurídico de Kelsen se perfila como un esquema formal que pretende aprehender la estructura interna y dar cuenta del funcionamiento de los órdenes jurídicos vigentes. Para Kelsen el Derecho positivo consiste en un conjunto de normas, en una pluralidad de decisiones procedentes de autoridades diversas, susceptibles de ser reconducidas a una unidad, a un sistema.

Pues bien, a la hora de abordar el problema de la unidad del Ordenamiento resulta útil diferenciar dos perspectivas o puntos de vista: un punto de vista interno, que tiene su límite en la norma constitucional, y que se relaciona con el problema de la validez de las normas individualmente consideradas y un punto de vista externo, que va mas allá de la Constitución y que se relaciona con el problema de la validez del

²¹ BOBBIO, N., “Estructura y función en la Teoría del Derecho de Kelsen” en BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 235-254, p. 245. En todo caso, quizá la afirmación de Bobbio suponga una exageración por dos razones. De un lado, porque la teoría de Kelsen es deudora de las construcciones de otros autores, sobre todo de la de A. Merkl y porque también el iusnaturalismo y el positivismo primitivo asumen una cierta idea de sistema. Y, de otro, porque Kelsen a pesar de la importancia que concede a la idea de sistema recurre al elemento de la sanción como rasgo definitorio de las normas jurídicas y no a la pertenencia de las mismas al Ordenamiento.

²² KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 84

Ordenamiento jurídico en su conjunto²³. En este contexto la teoría del sistema jurídico formulada por Kelsen está integrada por dos referentes básicos: 1) la construcción jerárquica, gradual o piramidal que opera en el punto de vista interno 2) la norma fundamental que opera en el punto de vista externo.

La solución al problema de la unidad del Ordenamiento jurídico suministrada por la teoría kelseniana en la perspectiva interna, no sólo ha trascendido el ámbito de los representantes de la Teoría pura, sino que ha desbordado, además, el campo específico de la Teoría del Derecho. Como es sabido, en opinión de Kelsen, el orden jurídico “no es ... un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen por así decirlo una al lado de la otra, en el mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles”²⁴. Desde esta visión, cabría representar gráficamente el Derecho recurriendo a la exitosa imagen piramidal²⁵. Según esta imagen, el Ordenamiento jurídico se configura internamente como “una construcción escalonada” – o gradual – “de normas recíprocamente supra y subordinadas”²⁶. De acuerdo con este esquema, la pluralidad de normas existente en los niveles inferiores va descendiendo a medida que ascendemos en el orden jerárquico hasta llegar a una norma última que, limitando la reflexión al punto de vista interno, será la norma constitucional. En las coordenadas de la construcción gradual, la validez de una norma reposa en una norma superior, una norma es válida si es conforme con las normas de superior grado. El sistema jurídico se presenta, por tanto, desde la óptica kelseniana, como un esquema de identificación y de justificación de normas en el que toda validación requiere la apelación a una norma superior²⁷.

²³ La distinción punto de vista interno/punto de vista externo se usa en este punto en un sentido algo distinto al modo en el que la emplea HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abedelo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 110 y ss. y similar a la manera en la que la utiliza ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 23 y 24. Según este último autor “el punto de vista interno será aquí el que se adopta en el interior del Ordenamiento, aquél cuya perspectiva no supera los límites del Derecho. Por el contrario, el punto de vista externo contemplará el Derecho ‘desde fuera’ utilizando materiales y enfoques que no son necesariamente jurídicos”.

²⁴ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 146.

²⁵ Vid. por ejemplo KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 215 La doctrina de la construcción gradual del orden jurídico (*Stufenbau*) es adoptada por Kelsen, como él mismo reconoce en el Prólogo a los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* de MERKL, A., «Prolegomeni alla costruzione a gradi» en MERKL, A., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, trad. de C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 3-65

²⁶ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 215.

²⁷ GOLDING, M.P., “Kelsen and the concept of ‘Legal System’” en SUMMERS, R.S., *More Essays in Legal Philosophy*, Basil Blackwell, Oxford, 1971, pp. 69-100, p. 76. Esta significación de la idea de validez como conformidad con las normas superiores es asumida después por HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, Abedelo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 133. También la visión sistemática del Derecho y el concepto de validez que maneja VON WRIGHT, G.H., *Norma y Acción, Una investigación*

En la explicación de la unidad en el punto de vista externo, esto es, en la fundamentación de la validez del Ordenamiento jurídico en su conjunto, Kelsen, como consecuencia del principio de pureza metódica - que, como es sabido, impide que la validez de una norma pueda radicar en un elemento de carácter fáctico o ideológico-introduce el expediente de la norma fundamental. Esta norma se plantea como el elemento constitutivo “de la unidad” y “fundamento de la validez” de todas las demás normas del sistema²⁸. Me detendré en lo que sigue en la exposición de este elemento.

Por lo que respecta a su función, la norma fundamental sirve para detener la cadena de fundamentación de la validez que va de las normas inferiores a las normas superiores. Como señala Kelsen, la pregunta por el fundamento de la validez de una norma nos conduce a la Constitución como norma superior del orden jurídico. La validez de la norma constitucional podría todavía ser referida a una Constitución anterior, pero, en todo caso, se llegaría siempre a una norma constitucional que o bien ha surgido revolucionariamente o bien es la primera constitución histórica del Estado en cuestión²⁹. Pues bien, la validez de esa norma constitucional radica, en opinión de Kelsen, en la norma fundamental.

Por lo que se refiere a su naturaleza, la norma fundamental “como norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior”³⁰. Se trata de un presupuesto necesario, desde las coordenadas epistemológicas en las que se enmarca la teoría kelseniana, “de toda interpretación positivista del material jurídico”³¹. En este sentido, afirma Kelsen que con su formulación la teoría pura tan sólo hace explícito “lo

lógica, trad. de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1ªed., 1ª reimp., 1979 a partir de la idea de normas de orden superior y de las cadenas de subordinación es de clara impronta kelseniana. Lo mismo cabe afirmar respecto de la reconstrucción sistemática propuesta por RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico, Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad.de R. Tamayo y Salmorán, México, 1986, basada en la noción de cadenas de validez.

²⁸ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 202.

²⁹ En palabras de KELSEN, Idem, pp. 202 y ss., “si se pregunta ahora por el fundamento de validez de la constitución de un Estado, sobre la cual reposa la validez de todas las normas ... se llegaría quizás a una constitución del Estado más antigua. Esto es, se fundaría la validez de la constitución estatal existente en que se habría originado conforme a las disposiciones de una constitución estatal anterior, por vía de una enmienda constitucional conforme a la constitución, es decir, conforme a una norma positiva establecida por una autoridad jurídica. Y así se continuaría hasta llegar por fin a una primera constitución histórica del Estado, que no habría surgido por esa vía y cuya validez, en consecuencia, no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica. Es decir, se llegaría a una constitución del Estado implantada revolucionariamente, esto es, mediante ruptura con la constitución estatal preexistente, o cuya validez hubiera sido implantada en un dominio que previamente no habría sido, en general, dominio de validez de ninguna constitución estatal, ni del orden jurídico estatal que en ella se sustenta”.

³⁰ Idem, p. 202.

³¹ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 137

que todos los juristas, inconscientemente en la mayoría de los casos, dan por supuesto cuando consideran el derecho positivo como un conjunto de normas válidas y no únicamente como un conjunto de hechos; al mismo tiempo que repudian todo derecho natural del que el orden jurídico positivo pudiera recibir su validez”³².

La norma fundamental, es, además, como antes se adelantó, una norma condicionada por la eficacia. Como apunta Kelsen, “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”³³ en la medida en que tan sólo puede presuponerse en relación con un orden jurídico que en su totalidad es eficaz, es decir, que es generalmente obedecido y aplicado. De cualquier forma, como se ocupa de aclarar Kelsen, la eficacia constituye una condición de validez del orden jurídico, pero no el fundamento mismo de la validez que se encuentra en la norma fundamental. La validez no proviene de la eficacia, aunque no puede darse sin la eficacia³⁴.

Pues bien, la norma fundamental no aglutina, sino más bien todo lo contrario, el consenso que genera la construcción gradual, siendo objeto de importantes objeciones que vienen a subrayar que se trata de un expediente superfluo que trata de enmascarar la realidad del poder. Ciertamente, la norma fundamental es un elemento del que puede prescindirse, si no se asumen los presupuestos neokantianos que condicionan la teoría kelseniana. Este sentido, comparto las críticas que indican que sería más correcto hablar de un “hecho fundante básico”, esto es, del hecho del poder que apoya la eficacia del Ordenamiento identificada en este plano de análisis con su validez³⁵.

El propio Kelsen, de una u otra forma, asume que la norma fundamental sólo debe presuponerse si existe un poder efectivo tras ella, capaz de hacer valer el Derecho.

³² *Ibíd.*

³³ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 141.

³⁴ El impacto de la eficacia en la norma fundamental se percibe claramente en la respuesta que Kelsen ofrece a las situaciones de cambio revolucionario del orden jurídico que producen, cuando triunfan, esto es, cuando las normas establecidas conforme a la nueva constitución «son aplicadas y acatadas en términos generales», una modificación de la norma básica, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 217-219. La relación entre la norma fundamental y la eficacia se percibe también en la solución que Kelsen ofrece al clásico problema de la distinción entre el Derecho y los mandatos de una banda de ladrones. Frente al acto aislado del ladrón de caminos Kelsen recurre, como es sabido, a la idea de sistema normativo. Sin embargo, cuando se trata de la «actividad sistemática de una banda organizada» el elemento que permite diferenciarla del orden jurídico consiste en que en relación con tal actividad «no se da por presupuesta norma básica alguna». Ahora bien, como señala Kelsen, la pregunta decisiva es «¿por qué no se presupone una norma fundante semejante?» y la respuesta radica, precisamente, en la apelación a la eficacia: «no se la presupone porque, o mejor, cuando, ese orden no tiene ... efectividad duradera ... Esto es, cuando el orden coactivo, considerado como orden jurídico es más efectivo que el orden coactivo constitutivo de la banda de ladrones», *Ídem*, pp. 60 y 61

³⁵ Vid. por ejemplo, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 4.^a reimp., 1993.p. 42.

La teoría pura termina resolviendo la validez de un orden jurídico en su efectividad, por lo que la norma fundamental se convierte en una solución ficticia que transforma el poder en Derecho³⁶, que “disfraza” en términos normativos, lo que no es más que una “situación de hecho”³⁷.

En todo caso, considero necesario realizar en este punto algunas observaciones importantes. En primer lugar, procede aclarar que el abandono de la teoría de la norma fundamental no impide que “la teoría gradual y el concepto de validez kelseniano” sigan siendo “un esquema plausible para explicar el funcionamiento de los sistemas jurídicos”³⁸. En segundo lugar, importa señalar que si bien suele señalarse que al final de su vida Kelsen reconoció su error, admitiendo el carácter ficticio de la norma fundamental, en realidad el profesor austriaco siempre fue plenamente consciente del papel del poder en la determinación de la validez del Derecho. Así, ya en su escrito de 1917 señalaba el profesor austriaco, “El problema del Derecho natural es el eterno problema de lo que está tras el Derecho positivo. Y quien busca una respuesta no encuentra -me temo- ni la verdad absoluta de una metafísica ni la justicia absoluta de un Derecho natural: *quien alza el velo y no cierra los ojos es deslumbrado por la Gorgona del poder*”³⁹. En tercer lugar, considero posible interpretar la norma fundamental como la opción por contemplar el Derecho no en términos de poder desnudo, o de relaciones de fuerza, sino como un conjunto de normas objetivamente válidas. Se trataría de una opción por jugar al juego del Derecho.

Avanzando en la exposición, la visión sistemática del Derecho manejada por Kelsen se completa con la definición del orden jurídico como un sistema de tipo dinámico frente a los sistemas morales que poseerían un carácter estático⁴⁰. Pues bien,

³⁶ BOBBIO, N., “Kelsen e il problema del potere” en BOBBIO, N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., pp. 102-122, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, p. 120. Expresamente señala KELSEN, H., en su escrito de 1928 “Die philosophischen Grundlagen und des Rechtspositivismus” incluido como apéndice en las traducciones italiana e inglesa de la *Teoría General del Derecho y del Estado*. Utilizaré en este trabajo la traducción inglesa “Natural Law Doctrine and Legal Positivism” en KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, trad. de A. Wedberg, Harvard University Press, Cambridge, 1949, pp. 389-446 “en cierto sentido la norma fundamental significa la *transformación del poder en Derecho*”.

³⁷ LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, cit., p. 76.

³⁸ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 131.

³⁹ KELSEN, H., *Gleichheit vor dem Gesetz*, “Veröffentlichung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, Heft 3, Walther de Gruyter, Berlin-Leipzig 1927, p. 55. Como es sabido, en la mitología griega una Gorgona es una especie de monstruo marino cuya mirada petrificaba y que solía ser representada con serpientes en lugar de cabellos.

⁴⁰ Vid. sobre esta dicotomía KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 201 y ss.; KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y el Estado*, cit., pp. 129 y ss. y el escrito de 1928 antes citado. A mi modo de ver, esta dicotomía no pretende dar cuenta, como es usual afirmar, de la diferencia entre el Derecho y la moral desde el punto de vista de su configuración sistemática, sino de dos concepciones de lo jurídico enfrentadas: el positivismo y el iusnaturalismo.

de la lectura de los textos en los que Kelsen hace referencia a esta distinción se deduce que parecen ser dos los criterios que sirven para diferenciar los sistemas estáticos y dinámicos: 1) la diferente estructura o naturaleza de la norma fundamental 2) la diferente relación entre las normas dentro del sistema, esto es, la diferente configuración de las relaciones internormativas).

La diferencia estructural o de “naturaleza” entre las normas fundamentales de los sistemas estáticos y dinámicos radica en que en los sistemas estáticos, la norma fundamental se configura como un precepto que integra ciertos contenidos morales generales, esto es, en un sistema estático la norma fundamental presenta una naturaleza material; mientras que en los sistemas dinámicos la norma fundamental se define como una norma meramente formal, que se limita a otorgar competencia al máximo órgano creador de normas, al constituyente primero, sin imponerle condicionamientos relativos al contenido de las normas por él creadas.

Pues bien, en este punto la caracterización formal de la norma fundamental del orden jurídico, como un sistema normativo dinámico, es la otra cara moneda de su conexión con la eficacia y expresa el carácter positivista de la teoría pura en tanto supone la traducción a los términos específicos del discurso kelseniano de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral⁴¹. El carácter exclusivamente formal de la norma fundamental impide que pueda condicionar “en modo alguno el contenido de la constitución, esto es, de las normas establecidas por el acto constituyente y el contenido de las normas que de acuerdo con la constitución han de ser creadas”⁴². La inexistencia de contenidos en la norma básica implica que el poder socialmente eficaz, quien efectivamente consigue obediencia, tiene la competencia para dictar las normas superiores con absoluta discrecionalidad, lo que impide negar validez a un orden jurídico eficaz sean cuales sean sus contenidos, posibilita afirmar la validez de órdenes jurídicos fundados en diferentes opciones morales y permite considerar Derecho válido el resultante de una revolución que logra imponerse.

Pasando al análisis de las relaciones internormativas, en los sistemas estáticos las normas se deducen unas de otras: una norma es válida si su contenido puede deducirse del contenido de una norma superior y, en última instancia, del contenido de

⁴¹ En este sentido, señala Kelsen “no se puede negar validez a ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas. Éste es un elemento esencial del positivismo jurídico; y justamente en su teoría de la norma fundante básica demuestra la teoría pura ser una doctrina jurídica positivista”, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 228.

⁴² KELSEN, H., «El concepto de orden jurídico», trad. de M. I. Azareto en KELSEN, H., *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, cit., pp. 91-117, p. 98.

la norma fundamental. En cambio, en un sistema dinámico las normas se producen unas por medio de las otras: una norma es válida si ha sido producida de la manera determinada en una norma superior y, en última instancia, de la manera determinada en la norma fundamental. En el Derecho, como orden normativo dinámico, la relación jerárquica de dependencia entre las normas es una relación de regulación de la producción. Las normas superiores regulan la creación de las normas inferiores.

Pues bien, la tesis de que el Derecho regula su propia producción ocupa un lugar central en el análisis estructural de lo jurídico ensayado por la doctrina kelseniana. En efecto, Kelsen considera este principio como una “peculiaridad del Derecho especialmente significativa” que ostenta “una extraordinaria relevancia teórica”⁴³ La importancia radical de esta nota en el plano teórico estriba en que, como se viene señalando, la re-construcción sistemática del Derecho se basa, precisamente, en esta relación de regulación de la producción⁴⁴.

Según la interpretación más difundida de la teoría kelseniana, esta relación regulativa-productiva, que conecta a las normas jurídicas en un sistema de tipo dinámico, es una relación meramente formal. De este modo, se afirma que para Kelsen las normas superiores se limitarían a establecer el órgano competente para la producción de las normas inferiores y el procedimiento para su creación o, al menos, que estos aspectos formales del nexo de producción serían las únicas dimensiones relevantes para la cuestión de la validez jurídica. Así, los criterios de validez serían para la teoría pura exclusivamente formales. En este sentido, es común sostener que la evolución de los Ordenamientos constitucionales contemporáneos que incorporan todo un elenco de normas materiales que se afirma condicionan de un modo esencial el ejercicio válido del

⁴³ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 84.

⁴⁴ En este sentido, Kelsen define expresamente el Derecho “como un sistema de normas generales e individuales entrelazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el Derecho regula su propia producción”. De cualquier forma, y pese a la importancia manifiesta que Kelsen le concede para la comprensión de la estructura del Derecho, finalmente entiende que carece de virtualidad para distinguir el sistema jurídico de otros órdenes normativos. En este punto Kelsen estima imprescindible recurrir al elemento de la coacción predicado en su construcción, como antes se dijo, de las normas jurídicas individualmente consideradas. Desde esta premisa, las normas que regulan la producción jurídica, esenciales en la consideración dinámica del Ordenamiento, se presentan en la perspectiva estática como fragmentos de normas o como normas no independientes que, al igual que las normas secundarias de comportamiento, necesitan conectarse con las normas primarias que establecen sanciones para poder ser consideradas auténticas normas jurídicas, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 67 y ss. y KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 170. En todo caso, la idea de sistema, su carácter dinámico y la nota de la coactividad pueden coexistir como rasgos característicos del fenómeno jurídico, siempre que se traslade la incidencia conceptual del rasgo de la coacción desde las normas aisladamente contempladas al Ordenamiento globalmente considerado. Y es que el tipo de coacción que caracteriza al Derecho es la coacción institucionalizada, organizada, regulada por normas jurídicas que es, precisamente, consecuencia de su articulación como un sistema normativo de tipo dinámico.

poder normativo, supone la necesidad de abandonar, o al menos, de revisar la concepción kelseniana del sistema jurídico.

Sin embargo, una lectura más detenida de la visión sistemática del Derecho manejada por Kelsen permite afirmar que las normas superiores no sólo determinan formalmente, sino también materialmente la creación de las normas inferiores⁴⁵ y que ambos tipos de determinación adquieren importancia a la hora de analizar la validez jurídica. Así, en la construcción kelseniana, la validez de las normas jurídicas depende de que hayan sido creadas por el órgano competente, según el procedimiento adecuado y que no entren en contradicción con los contenidos de las normas superiores. Desde esta óptica, la actuación del poder normativo aparece, desde las coordenadas kelsenianas, condicionada tanto formal como materialmente.

En todo caso, Kelsen reiteradamente insiste en que la determinación de la norma inferior por la norma superior, “nunca es completa” permaneciendo siempre un “mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad”⁴⁶. La comprensión de esta afirmación exige aludir brevemente a la concepción de la interpretación manejada por la teoría kelseniana.

Kelsen concibe la interpretación como un “procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una grada inferior”⁴⁷. En su opinión, este procedimiento no conduce a descubrir el único sentido correcto de la norma sobre la base del cual proceder a efectuar la única aplicación posible. En la construcción kelseniana la interpretación jurídica entendida como “*conocimiento* del sentido del objeto interpretado” arroja como resultado la determinación del “marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco”⁴⁸. Por ello, cuando la interpretación se realiza con la vista puesta en la aplicación la autoridad competente tiene que escoger una de las significaciones de la disposición jurídica en cuestión en

⁴⁵ En opinión de KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 45 en cualquier nivel de la pirámide jurídica, “la producción de una norma inferior a través de otra superior puede estar determinada en dos direcciones. La norma superior puede determinar tanto el órgano que produzca la norma, como el procedimiento en que se produzca pudiendo determinar también el contenido de la misma”. En todo caso, Kelsen no se muestra partidario de la determinación material de la creación de normas generales por la norma constitucional. En este punto la teoría kelseniana se “contamina” expresando una preferencia por una Constitución sin contenidos, o más bien, con contenidos suficientemente precisos vinculada con su relativismo moral y sustentada en la defensa de la democracia como modelo político, Vid. KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, en KELSEN, H., *Escritos sobre democracia y socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 109-155, p. 143.

⁴⁶ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 350.

⁴⁷ *Idem*, p. 349.

⁴⁸ *Idem*, p. 351.

aras de poder alcanzar una decisión que no es la única correcta pero sí una entre las posibles.

Desde estos parámetros, Kelsen afirma que en la interpretación auténtica – esto es, en la interpretación efectuada por un órgano jurídico en el proceso de aplicación de Derecho – “la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra”⁴⁹. Lo relevante de la imagen del marco es que supone que determinadas interpretaciones quedan fuera. De esta forma, es posible hablar de interpretaciones posibles e imposibles, válidas e inválidas. En palabras de Kelsen, “todo acto de aplicación es conforme a derecho” – esto es, válido – “si se mantiene dentro de ese marco colmándolo en algún sentido posible”⁵⁰.

Ahora bien, a su juicio, la cuestión “de cuál sea la posibilidad “correcta”, en el marco del derecho aplicable” no es “ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica sino un problema político”⁵¹. La elección dentro del marco de las interpretaciones posibles es, por tanto, desde la óptica kelseniana, influida de nuevo en este punto por el relativismo moral, un acto puramente volitivo y subjetivo. De este modo, Kelsen se despreocupa por la cuestión de la justificación de las decisiones y por la argumentación jurídica y rechaza la posibilidad de analizar racionalmente la elección discrecional del intérprete⁵². De nuevo, suele considerarse que se trata de una insuficiencia de la teoría kelseniana especialmente relevante en el contexto del Derecho del constitucionalismo.

Finalmente, para cerrar la exposición de la concepción sistemática del Derecho manejada por Kelsen procede hacer referencia al problema de las normas irregulares. En palabras de Kelsen, “puesto que el orden jurídico representa una construcción escalonada de normas entre sí en relación de supra y subordinación y dado que una norma sólo pertenece a determinado orden jurídico porque y en tanto su producción corresponde a una norma superior determinante, surge el problema de un posible conflicto entre una norma de nivel superior y una norma inferior, es decir, la pregunta: *qué vale como derecho* cuando una norma no corresponde a la norma que determina su producción”⁵³.

⁴⁹ Idem, p. 354.

⁵⁰ Idem, p. 351.

⁵¹ Idem, p. 353.

⁵² En todo caso, este análisis rebasaría el ámbito del positivismo jurídico.

⁵³ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 273 y 274.

Kelsen, contemplando la posibilidad de que las autoridades creadoras de normas no cumplan las prescripciones que disciplinan su actuación normativa, considera de crucial importancia para mantener la funcionalidad y la consistencia del Derecho como sistema normativo, el establecimiento de mecanismos que garanticen la regularidad de los actos de producción jurídica, subsanando las posibles violaciones de la jerarquía del Ordenamiento. En el contexto de un orden normativo dinámico, estos mecanismos consisten, precisamente, en “conferir” un poder, esto es, en autorizar a un órgano para examinar la regularidad de la actuación de otro órgano y para proceder, en su caso, a la anulación de la decisión irregular⁵⁴. Podría establecerse todavía otro órgano encargado de examinar, a su vez, la regularidad del juicio de regularidad emitido por este órgano de control; pero, como advierte Kelsen, la discusión acerca de la regularidad de la decisión “no puede continuar indefinidamente”, sino que “debe tener un término” que viene dado por la existencia de un último órgano competente “para dar una decisión final a la contienda, una autoridad cuya resolución no pueda ser ya revocada o modificada”⁵⁵. En estas coordenadas, como el propio Kelsen reconoce, “no puede existir una garantía absoluta de que la norma inferior corresponda a la superior. La posibilidad de que la primera no corresponda a la segunda, que determina la creación y el contenido de aquélla ... no quedan jamás excluidas”⁵⁶.

Pues bien, la respuesta que la teoría kelseniana plantea frente al problema de la existencia y posible consolidación de las decisiones irregulares consiste, como es sabido, en la formulación de la doctrina de la cláusula alternativa tácita o de las habilitaciones supuestas. Con la tesis de la alternatividad Kelsen pretende dar cuenta de la validez definitiva que poseen las decisiones de los órganos de última o de única instancia, y de la validez provisional de las decisiones del resto de las autoridades jurídicas, *incluso* cuando vulneran las determinaciones de las normas superiores⁵⁷. En

⁵⁴ CELANO, B., “Justicia procedimental pura y teoría del Derecho”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 407-427 p. 415. En opinión de KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 274 “la pregunta referente a si una norma producida por un órgano jurídico corresponde a la norma superior” no puede “separarse de la pregunta sobre quién está facultado por el orden jurídico para resolver la pregunta previa”. Y esta vinculación significa que la cuestión de la adecuación de las normas inferiores a las normas superiores “sólo puede ser contestada por el órgano que determine el orden jurídico, conforme al procedimiento determinado por el orden jurídico”.

⁵⁵ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 184.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ En palabras de Kelsen, “¿qué significa el hecho de que el orden jurídico otorgue fuerza de cosa juzgada a la sentencia de última instancia? Significa que incluso cuando guarda validez una norma general que el tribunal debe aplicar, norma que predetermina el contenido de la sentencia judicial que debe producir, puede adquirir validez la norma individual producida por un tribunal de última instancia cuyo contenido no corresponde a esa norma general. El hecho de que el orden jurídico confiera validez a la sentencia

virtud de esta doctrina se entiende que la norma fundamental ha previsto dos normas generales de habilitación alternativas una *expresa*, que autoriza al poder a crear normas con un cierto contenido y a través de un determinado procedimiento, y otra *tácita*, que le habilita a crear normas con el contenido y por el procedimiento que el propio poder decida. De este modo, el expediente de la cláusula alternativa tácita erradica la posibilidad de que el poder vulnere las prescripciones de las normas superiores desde el momento en que las decisiones que se enfrentan a la alternativa expresa se ajustan por definición al contenido de la alternativa tácita cuya determinación depende en exclusiva de la voluntad del propio poder.

Sobre la doctrina de la cláusula alternativa tácita se han proyectado toda una serie de críticas que subrayan los efectos devastadores que de ella se derivan para una visión sistemática de lo jurídico. Quizá la más objeción más contundente es aquélla que señala que la tesis de la alternatividad afecta no sólo a la determinación del contenido, sino también a la determinación procedimiento⁵⁸, e incluso a la determinación del órgano competente lo que conduce a la afirmación “evidentemente absurda de que el Derecho positivo autoriza a cualquiera a dictar normas con cualquier contenido y mediante cualquier procedimiento”⁵⁹. Esta consideración se enfrenta radicalmente con la idea de sistema. Así, en virtud de esta doctrina, cualquier poder efectivo deviene poder jurídico y cualquier mandato positivo, con tal de que sea eficaz, se convierte en una norma jurídica válida.

judicial de una última instancia, significa que no sólo tiene validez la norma general que predetermina el contenido de la sentencia judicial, sino también una norma general según la cual el tribunal puede determinar él mismo el contenido de la norma individual que debe producir. Estas dos normas configuran una unidad; de modo que el tribunal de última instancia está facultado para producir bien una norma jurídica individual, cuyo contenido se encuentra predeterminado por una norma general producida por vía legislativa o consuetudinaria, o bien, una norma jurídica individual, cuyo contenido no está así predeterminado, sino que tiene que ser determinado por el tribunal mismo de última instancia”, Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 275. Importa señalar que Kelsen aplica también esta doctrina a las disposiciones constitucionales distinguiendo dos supuestos: aquél en el que existe un órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes y aquél en el que no se instituye tal autoridad, supuesto en el cual el legislador se encuentra “en una posición análoga a la de un tribunal de última instancia”, Ídem, pp. 279 y 280. Desde el nivel último en el que se plantea esta autorización alternativa termina extendiéndose a los órganos jurídicos que no son de última instancia, explicando también la validez de las normas materialmente irregulares susceptibles de anulación. En opinión de Kelsen, la validez provisional de estas normas “reposa en el orden jurídico”, esto es, “en una norma general preexistente, previa a su producción, que cuando determina el contenido de esa norma jurídica ... lo hace con el sentido de la alternativa aquí expuesta”, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 276.

⁵⁸ Explícitamente aclara KELSEN, H., Ídem, pp. 274 y 275 que investiga sólo el caso en el que se cuestiona la correspondencia material de las normas inferiores con las normas superiores “en homenaje a la brevedad”.

⁵⁹ NINO, C.S., “El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría pura del derecho” en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, cit., pp. 131-146, p. 139 y RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 67.

Expresamente, admite Kelsen cuando aborda el tratamiento de las decisiones irregulares la presencia de una nueva limitación del principio de legitimidad - que exige que las normas sean creadas siguiendo las determinaciones formales y materiales contempladas en el propio orden jurídico - por el principio de efectividad⁶⁰. Esta limitación supone, en efecto, que el principio de efectividad *predomina* sobre el principio de legitimidad. Pero, más aún, la doctrina de la cláusula alternativa tácita implica que el principio de efectividad *determina* el principio de legitimidad en la medida en las normas efectivas se consideran normas válidas en virtud de su legitimidad, esto es, en virtud de su conformidad con las normas superiores⁶¹. Con la doctrina de la cláusula alternativa tácita Kelsen trata de hacer coincidir las normas jurídicas válidas, según los parámetros de su construcción, con las normas eficaces que se aplican y se obedecen en una sociedad determinada.

Así, la doctrina de la cláusula alternativa tácita, al igual que la teoría de la norma fundamental, constituye un expediente al que se recurre para “traducir a términos normativos las determinaciones fácticas operantes en el sistema jurídico, determinaciones fácticas que Kelsen detecta perfectamente pero que no puede incorporar a su teoría sin sentir que destruyen su presupuesto teórico esencial, el de la radical separación y autonomía de Sein y Sollen”⁶². La respuesta que Kelsen propone frente al problema de las normas irregulares resulta manifiestamente insatisfactoria. En todo caso, de los errores de Kelsen y de las razones que los motivan cabe extraer algunas enseñanzas que pueden ayudar a resolver un difícil dilema que se plantea a cualquier concepción sistemática del Derecho.

⁶⁰ KELSEN, H., *Teoria Generale delle Norme*, a cura de M. Losano, trad. de M. Torre, Einaudi, Milano, 1985, p. 405.

⁶¹ PINTO, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, 1977, pp. 175-208 (recogido también en DELGADO PINTO, J., *Estudios de Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 115-149), p. 195.

⁶² GARCÍA AMADO, J.A., “Hablando de Kelsen con Delgado Pinto” en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 1199-1209, p. 1209.