

LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y EL PODER EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE H. KELSEN *

por Patricia Cuenca Gómez **

RESUMEN

Este trabajo analiza la razón de ser de las contradicciones en las que incurre la teoría pura de Hans Kelsen a la hora de definir la relación entre el Derecho y el Poder.

Según los presupuestos epistemológicos y teóricos de los que parte la doctrina pura, el poder *debe ser* encerrado en el Derecho. Sin embargo, el positivismo kelseniano se ve obligado a reconocer que en el mundo del *ser* el poder asoma peligrosamente tras el conjunto del Ordenamiento y tras cada norma y decisión jurídica. El intento de Kelsen de ocultar la sombra del poder tras el velo de las normas responde no sólo a exigencias de coherencia interna, sino también a su pretensión de dar una imagen del poder más vinculado por el Derecho de lo que lo está, y puede estarlo, de hecho.

PALABRAS CLAVE

Validez, eficacia, relación entre el Derecho y el Poder, Teoría pura del Derecho.

ABSTRACT

This paper looks into the reason of the contradictions of Kelsen's pure theory to define the relationship between Law and power. According to the epistemological and theoretical basis of the pure doctrine, power *ought* to be and to be locked up in Law. However, Kelsen was forced to admit that in the sphere of *what is* the power appears dangerously behind the whole legal system and behind each norm and legal decision. Kelsen's attempt to hide the shadow of power behind a normative veil, responds not only to internal consistency requirements, but also to his claim to give an image of power more bound by the law than it is in fact.

KEY WORDS

Validity, efficacy, relationship between Law and power, Pure Theory of Law.

La teoría pura del Derecho de H. Kelsen constituye, sin lugar a dudas, una de las piezas centrales de referencia de la teoría jurídica contemporánea. En este sentido, todas las teorías del Derecho actuales pueden considerarse post-kelsenianas, no sólo porque muchas están claramente influenciadas por el pensamiento de Kelsen, sino sobre todo porque todas ellas son susceptibles de ser analizadas en función de su mayor o menor proximidad respecto de la doctrina pura enunciada por el profesor de Praga en los primeros decenios del siglo XX y desarrollada luego hasta los últimos años de su vida¹.

* Fecha de recepción: 4 de noviembre de 2010. Fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2010.

** Profesora del Departamento de Derecho Internacional, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho y del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Correo-e: patricia.cuenca@uc3m.es

¹ LOSANO, M., "Hans Kelsen: una biografía cultural mínima", *Derechos y Libertades*, núm. 14, Época II, 2006, pp. 113-128, p. 113. El trabajo *Problemas capitales de la teoría del Derecho público* publicado en 1911 puede considerarse la primera gran

En este trabajo pretendo ocuparme del análisis de uno de los aspectos nucleares de la teoría kelseniana: la definición de la relación entre el Derecho y el Poder. La determinación correcta de esta relación – que, según indica Kelsen, es como comúnmente se conoce la cuestión de la conexión entre la validez y la eficacia del Derecho²– se erige, a juicio del propio autor, en uno de los problemas “más importantes y más difíciles de una teoría positivista del derecho”³. Problema que se complica, todavía más, en las específicas coordinadas epistemológicas en las que se enmarca el positivismo kelseniano⁴.

Ciertamente, a la hora de enfrentarse a este problema Kelsen incurre en algunas contradicciones que derivan del hecho de que una doctrina “pura”, que se propone separar la ciencia del Derecho de las ciencias de la realidad, el mundo del deber ser y el mundo del ser⁵, y que pretende, a la vez, en tanto doctrina positivista, “conocer cómo es

expresión de la teoría pura del derecho. La última sería, precisamente, la obra póstuma de Kelsen la *Teoría General de las normas*, que no se publica hasta 1979. Otras contribuciones relevantes, a las que habría que sumar además diversos trabajos de menor extensión, son la *Teoría General del Estado* de 1925; la primera edición de la *Teoría pura del Derecho* de 1934, la *Teoría General del Derecho y del Estado* de 1945 y la segunda edición de la *Teoría pura* publicada en 1960. Sobre la periodificación de la vasta obra de KELSEN puede verse el trabajo de PAULSON, S., “Toward a periodization of the Pure Theory of Law” en GIANFORMAGGIO L. (ed.), *Hans Kelsen Legal Theory*, Giappichelli, Torino, 1990.

² KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1995, cit., p. 142.

³ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., trad. de R. Vernengo, Porruá, Buenos Aires, 7ª ed., 1993, p. 219.

⁴ Vid. sobre las bases filosóficas del pensamiento de Kelsen, TREVES, R., “Il fondamento filosofico della dottrina pura” en *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S. PAULSON, trad. de A. Carrino, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 59-87; EBENSTEIN, W., *La teoría pura del Derecho*, trad. de J. Malagón y A. Pereña, Fondo de Cultura Económica, México, 1947, pp. 15-58 y “The pure Theory of Law. Demythologizing Legal Thought”, *California Law Review*, vol. LIX, 1971, pp. 617-652; LENOBLE, J. y OST, F., *Droit, mythe et raison*, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1980, pp. 488 y ss.; PAULSON, S., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, trad. de L. Villar Borda, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000; SCARPELLI, U., “La crítica analítica a Kelsen” en *Hans Kelsen nella cultura filosofico giuridica del novecento*, a cura di ROEHRSSSEN, C., Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1983, pp. 69-75. Suele destacarse en este punto la influencia, expresamente reconocida por Kelsen en el Prólogo a los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* de la Escuela de Marburgo y en especial de H. Cohen. Sobre esta vinculación “indirecta” de Kelsen con las teorías kantianas, Vid. LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, vol. II, Giuffrè, Torino, 2002, cit., pp. 30 y 31 y LOSANO, M., “De los “Problemas fundamentales de la Teoría jurídica del Estado” a la “Teoría General del Estado” en LOSANO, M., *Teoría pura del Derecho. Evolución y puntos cruciales*, trad. de J. Guerregro R., Temis, Bogotá, 1992, pp. 3-28, pp. 8 y ss.

⁵ Vid. por ejemplo KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 15 y ss. y pp. 83 y ss.

realmente el derecho ... constituyendo una doctrina del derecho real”⁶, no puede, finalmente, prescindir de la realidad misma⁷.

Como señala Losano, esta circunstancia enfrenta permanentemente a la doctrina pura con un dilema que comporta, ineludiblemente, una “fractura intrasistemática”, quedándole a Kelsen, únicamente, la libertad de escoger qué principio transgredir⁸. Así, en aquellas ocasiones en las que decide respetar el presupuesto de la separación entre *Sein* y *Sollen*, las posiciones de Kelsen resultan, en principio, coherentes con sus premisas metodológicas de partida, aunque para serlo deben “forzar la realidad”⁹ adaptándola a su teoría. De este modo, Kelsen terminaría traicionando uno de los axiomas básicos de la doctrina pura, que ya no describiría, como reiteradamente afirma pretender, el “derecho como es”, sino que imaginaría “el derecho como debe ser”¹⁰. Sin embargo, en otras ocasiones, Kelsen adopta la solución opuesta: adecuar su teoría a la realidad, aún a costa de sacrificar la coherencia metodológica¹¹.

Pues bien, en el tratamiento de la relación entre el Derecho, realidad normativa ubicada en el mundo del deber ser, y el Poder, realidad empírica inscrita en el mundo del ser, Kelsen opta por el segundo cuerno del dilema. Como se comprobará en lo que sigue, la construcción kelseniana reconoce, para mantenerse fiel a su vocación descriptiva, la incidencia del poder efectivo en la cuestión de la validez del Derecho. Sin embargo, insistentemente trata de “enmascarar” esa influencia tras el velo de las normas. Este enmascaramiento, según trataré de demostrar, no responde sólo al intento de respetar la lógica interna de su pensamiento sino, sobre todo, a la pretensión de contribuir a mantener la imagen ideal del pleno sometimiento del poder al Derecho.

⁶ KELSEN, H., “Formalismo giuridico e dottrina pura” en *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S. PAULSON, trad. de A. Carrino, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 39-50, p. 40.

⁷ LOSANO, M., “Validez y eficacia en la teoría pura del derecho” en LOSANO, M., *Teoría pura del Derecho. Evolución y puntos cruciales*, cit., pp. 135-154, p. 137. También insisten en esta idea CALSAMIGLIA, A., en su trabajo *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1977 y GUIBOURG, R., *Derecho, sistema y realidad*, Astrea, Buenos Aires, 1986.

⁸ LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, vol. II, cit., p. 85.

⁹ LOSANO, M., “Validez y eficacia en la teoría pura del derecho”, cit., p. 137. Esto es lo que sucede con la posición que Kelsen mantiene en torno al problema de la interpretación jurídica, y, en concreto, en relación con la interpretación científica. Según KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 356 “la interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas teniendo que dejar esa decisión al órgano competente, según el orden jurídico, para aplicar el derecho”.

¹⁰ LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, Vol.II, cit., p. 85. En diversos trabajos insiste KELSEN, H., Vid, por ejemplo, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 15, en que la doctrina pura del derecho “intenta dar respuesta a la pregunta qué sea el derecho y cómo sea; pero no en cambio, a la pregunta de cómo deba ser o deba ser hecho”.

¹¹ LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, vol. II, cit., p. 85.

1. El deber ser de la teoría pura: el poder encerrado en el Derecho.

Es usual señalar que la teoría del Derecho kelseniana se funda en dos presupuestos¹²: el dualismo neokantiano, que exige la separación entre el mundo del ser (*Sein*) y el mundo del deber ser (*Sollen*)¹³ y el positivismo jurídico que impone la consideración como Derecho únicamente del Derecho positivo, esto es, de las normas jurídicas puestas por actos de voluntad¹⁴. De estas normas Kelsen pretende construir una teoría pura, esto es, una doctrina que quiere “obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho”, que “desearía excluir de ese conocimiento ... todos los elementos que le son extraños”¹⁵, esto es, una doctrina descontaminada de toda influencia del mundo real y de toda influencia del mundo de la moral y de la política. Estas dos “purificaciones”¹⁶ son consideradas por Kelsen esenciales para elaborar una auténtica ciencia jurídica como ciencia de normas, autónoma respecto de las ciencias naturales pero, al igual que éstas, objetiva y a-ideológica¹⁷.

En este contexto, como es sabido, la doctrina pura resuelve la cuestión de la validez de las normas jurídicas apelando a una concepción sistemática del Derecho¹⁸. La validez de las normas jurídicas se justifica, así, en una estructura gradual, piramidal o jerárquica en la que la validez de las normas inferiores reposa en las

¹² Idem, p. 43. Vid. LENOBLE, J. y OST, F., *Droit, mythe et raison*, cit., p. 485.

¹³ Cabe precisar que en la teoría de Kelsen la diferencia entre el mundo del ser y el mundo del deber ser no expresa una contraposición entre “dos reinos ontológicos distintos”, sino entre “dos maneras distintas de ver la realidad”, GARCÍA AMADO, J.A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 125. Se trata, por tanto, de un dualismo metódico, LEGAZ y LACAMBRA, L., *Estudio crítico de la teoría pura del Estado y del Derecho de la Escuela de Viena*, Bosch, Barcelona, 1933, pp. 19 y ss.

¹⁴ En este punto la teoría pura del derecho se define 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”, Vid. KELSEN, H., “Justicia y derecho natural”, en *Crítica al Derecho Natural*, trad. de Elías Díaz, Taurus, Madrid, 1966, pp. 29-163, p. 163.

¹⁵ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 15.

¹⁶ Con la primera purificación “Kelsen, siguiendo a Kant, insiste en la distinción fundamental entre *ser* y *deber ser* y señala como la única posibilidad de elaborar una teoría científica de carácter normativo aceptar este dualismo y atenerse a él”, CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 91. La segunda purificación radica en la separación entre el *deber ser* jurídico y el *deber ser* axiológico, Idem, p. 92.

¹⁷ Interesa apuntar que, si bien Kelsen defiende el carácter autónomo de la ciencia normativa, trata de construirla sobre los paradigmas del modelo de las ciencias naturales, 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. 417.

¹⁸ La relevancia de la concepción del sistema jurídico manejada por Kelsen ha sido subrayada entre otros autores por 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.

normas superiores¹⁹. Este regreso conduce, finalmente, a la norma fundamental como expediente que dota de unidad y fundamenta la validez del conjunto de las normas jurídicas²⁰. Importa tener presente que, desde el neokantismo que Kelsen asume, la articulación sistemática de las normas jurídicas responde no sólo a postulados teóricos, sino también epistemológicos y ontológicos²¹. En efecto, en las coordenadas de la doctrina pura “la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico es concebida como una red capilar para la distribución del deber ser de las normas de grado superior a las de grado inferior, la norma suprema, es decir, la norma fundamental es el origen de ese deber ser que invade el entero ordenamiento jurídico”²², esto es, “la norma fundamental transmite el deber ser a todas las normas de nivel más básico”²³. Esta es, como luego se verá, una de las razones que explican la importancia que reviste en el edificio conceptual kelseniano la justificación de la naturaleza normativa de la norma fundamental.

El orden jurídico estructurado jerárquicamente y coronado por una norma fundamental es definido por Kelsen como un sistema de tipo dinámico por oposición a los sistemas de tipo estático²⁴. Mientras que en un sistema estático una norma es válida si su contenido puede ser deducido lógicamente del contenido de una superior y, en última instancia, del contenido de la norma fundamental; en un sistema de carácter dinámico, como el sistema jurídico, una norma es válida si ha

¹⁹ 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 W. Roces, Porrúa, México, 1987, pp. XLVIII y XLIX, 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.

²⁰ Sobre este elemento puede verse, además de las obras más conocidas de Kelsen su trabajo de 1959 “Acerca de la norma básica”, trad. de A. Squella en *Hans Kelsen 1881-1973. Estudios en su Homenaje*, 1974, pp. 419-423.

²¹ KERVOCHE, Van de, y OST, F., *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. I. Hoyo Sierra, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 52 y RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico*, cit., pp. 161 y 162

²² LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, vol. II, p. 91.

²³ Idem, p. 45.

²⁴ Vid. sobre esta dicotomía KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 201 y ss. y KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y el Estado*, cit., pp. 129 y ss. La primera vez que alude Kelsen a esta distinción es 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. Me he ocupado con detalle de su análisis en mi libro CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008, especialmente en el primer Capítulo. Esta obra contiene las principales conclusiones de mi tesis doctoral.

sido producida de la forma determinada en una norma superior y, en última instancia, de la manera establecida en la norma fundamental²⁵.

Pues bien, estos referentes condicionan de un modo esencial la comprensión kelseniana de la relación entre el Derecho y el poder. A la hora de analizar los términos en los que Kelsen define esta conexión diferenciaré dos perspectivas: el punto de vista interno, aquél que se “adopta en el interior del Ordenamiento ... cuya perspectiva no supera los límites del Derecho” y el punto de vista externo, aquél que “contemplará el Derecho ‘desde fuera’”²⁶. En el primero de estos puntos de vista, se resuelve la cuestión de la validez de las normas individualmente consideradas. La segunda perspectiva atañe al problema de la validez del conjunto del Ordenamiento jurídico.

En el punto de vista interno, optar por una concepción dinámica de la normatividad supone, en primer lugar -con la relevante excepción de la norma fundamental- tomar en consideración únicamente normas que tienen su origen en determinados hechos, en actos de voluntad humanos, esto es, normas positivas. El carácter dinámico del orden jurídico expresa, por tanto, en los términos propios del discurso kelseniano, la tesis eminentemente positivista que afirma la exclusividad del Derecho positivo. Como señala Kelsen, las normas jurídicas en tanto componentes de un sistema de tipo dinámico “tienen que ser creadas por un acto volitivo concreto, no inferidas —como sucede en un sistema estático— de una premisa en virtud de una operación intelectual”²⁷. Dado su carácter dinámico, el sistema jurídico se compone, desde las decisiones judiciales hasta la norma constitucional, de normas jurídicas puestas por actos de voluntad²⁸.

²⁵ Como trato de justificar en el trabajo antes citado, esta dicotomía reviste una importante complejidad y, al menos, en uno de sus significados no sirve tanto para diferenciar los sistemas jurídicos y morales, como es usual afirmar, sino para distinguir dos concepciones de lo jurídico el iusnaturalismo, reflejado en el concepto de sistema estático y el positivismo, encarnado en la categoría sistema dinámico. Esta interpretación de la tipología de sistemas normativos kelseniana es asumida por autores como BOBBIO, N., “Le fonti del diritto in Kelsen”, “Kelsen e il problema del potere” y “Kelsen e il potere giuridico” en BOBBIO, N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 91-101; pp. 102-122 y pp. 123-139 respectivamente y LUZZATI, C., “Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen”, en GIANFORMAGGIO, L. (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 165-202, p. 169.

²⁶ Utilizo esta distinción en el sentido en el que lo hace ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 23 y 24 al analizar el problema de la unidad del Ordenamiento jurídico y de un modo parecido al empleado por PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., (con la col. de R. de Asís, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón), *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 327, cuando explica el modelo de coordinación entre el Derecho y el poder.

²⁷ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 134.

²⁸ El Derecho es “siempre positivo y su positividad consiste en el hecho de que es creado y nulificado por actos de seres humanos”, Idem, p. 134.

De este modo, aunque en la construcción teórica kelseniana la validez de las normas jurídicas no puede fundarse en un hecho, sino tan sólo en una norma anterior y superior²⁹, tal validez exige la concurrencia de determinados hechos, en primer lugar, la producción de la norma a través de un acto normativo. 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. Según Kelsen, “el conocimiento sólo puede revelar la existencia de un orden positivo, evidenciada por una serie de actos objetivamente determinables” y en el ámbito jurídico “tal orden es el derecho positivo. Sólo éste puede ser objeto de la ciencia; y sólo él constituye el objeto de una teoría pura del derecho que no sea metafísica, sino ciencia jurídica”³⁰.

En todo caso, para determinar la validez objetiva de una norma jurídica no basta con que haya sido puesta a través de un comportamiento fáctico cuyo sentido subjetivo sea una norma, sino que se requiere, además, que ese comportamiento sea identificable como “creador” de normas jurídicas sobre la base de lo establecido en una norma superior³¹. Este es, como es sabido, el criterio que sirve a Kelsen para distinguir una norma jurídica, del mandato de un ladrón de caminos³².

Proyectando las anteriores consideraciones en el tema que ocupa la reflexión en el presente trabajo cabe sostener que si en la teoría kelseniana, como teoría positivista, el Derecho se concibe como un conjunto de normas puestas por actos de seres humanos, entonces alguien tiene que tener el poder de producirlas³³. Y ese poder, en las coordenadas de la concepción sistemática que Kelsen maneja, no puede ser cualquiera, un mero poder fáctico, sino que ha de tratarse de un poder fundado en normas, esto es, de un poder regulado jurídicamente³⁴. En efecto, una de las características centrales que Kelsen predica del Derecho, en tanto sistema normativo de tipo dinámico, consiste en su capacidad para regular su propia producción³⁵. Y ello implica, en primer lugar, que el mismo Derecho

²⁹ Según KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 201 “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”.

³⁰ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 15.

³¹ BARBERIS, M., “La norma senza qualità. Appunti su ‘validità’ in Hans Kelsen”, cit., p. 428

³² KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 60

³³ BOBBIO, N., “Kelsen e il problema del potere”, cit., p.114.

³⁴ LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, vol.II, cit., p. 89.

³⁵ Kelsen considera este principio como una “peculiaridad del Derecho especialmente significativa” (KELSEN, H., “El Derecho como técnica social específica” en KELSEN, H., *¿Qué es Justicia?*, trad. y edición a cargo de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 2.^a ed.,

determina quién detenta el poder de creación de normas jurídicas válidas. En palabras de Kelsen: “las normas de un sistema dinámico tienen que ser creadas mediante actos de voluntad por aquellos individuos autorizados al efecto por una norma de grado más alto”³⁶; “sólo aquellos individuos a los cuales el ordenamiento jurídico atribuye este poder, pueden producir o aplicar normas jurídicas”³⁷. Desde esta óptica, el sistema jurídico “kelsenianamente” entendido puede ser contemplado como una secuencia de delegaciones de poder normativo, como un sistema de cualificación de órganos o de institución de centros de poder³⁸. Como indica Delgado Pinto, esta comprensión de lo jurídico supone ya una cierta limitación o reglamentación del poder fijada en normas que establecen “quiénes pueden actuar en el futuro como poderes creadores de normas y cómo deben actuar. Sólo manifestándose en la forma preestablecida, el poder podrá ser considerado como autoridad jurídica, en caso contrario, se tratará de un simple poder fáctico, cuyas decisiones no podrán constituir normas válidas”³⁹.

Según la interpretación más difundida de su concepción dinámica del orden jurídico, la regulación normativa de la actuación del poder tendría para Kelsen un carácter meramente formal. A tenor de esta visión, las normas jurídicas se contemplarían como el producto de una voluntad no sometida a ningún límite relativo al contenido de lo mandado, de manera que las autoridades jurídicas serían plenamente libres para decidir el contenido de las normas que imponen⁴⁰. Dicho de otro modo, manejando esta lectura de la doctrina kelseniana, los contenidos materiales de las normas carecerían de toda relevancia a la hora de enjuiciar la validez jurídica de las decisiones del poder.

1992, pp. 152-182, p. 169) que ostenta “una extraordinaria relevancia teórica” (KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 84) y 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” (KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 156 y KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 243.)

³⁶ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 132.

³⁷ KELSEN, H., *Teoria Generale delle Norme*, a cura di M. Losano, trad. de M. Torre, Einaudi, Milano, 1985, p. 167 (hay traducción española de Hugo Carlos Delory Jacobs, Trillas, México, D. F., 1994). Por el contrario, “los individuos que no tienen la autorización no pueden aplicar o producir derecho. Sus actos no tienen objetivamente el carácter de producción o aplicación de derecho también si subjetivamente nacen con esa intención”, *Ibidem*. Como señala BOBBIO, N., “Kelsen e il potere giuridico”, pp. 134-136 en la teoría de Kelsen, para que las normas puedan ser producidas el mismo Ordenamiento jurídico atribuye a ciertos individuos el poder de producirlas, de manera que “la reglamentación de la propia producción” ocurre “a través del fenómeno de la atribución de poder”.

³⁸ CARRINO, A., *L'ordine delle norme: stato e diritto in Hans Kelsen*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 3.^a ed, 1992, pp. 33 y 35. También BOBBIO, N., “Kelsen e il potere giuridico”, cit., p. 125.

³⁹ DELGADO PINTO, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como sistema normativo dinámico”, cit., p. 201.

⁴⁰ *Ibidem*.

Pues bien, aunque es cierto que Kelsen considera que las dimensiones formales resultan imprescindibles en la determinación de la validez jurídica – en tanto, según antes se indicó, las normas de un sistema dinámico tienen que ser siempre producidas por un poder autorizado por una norma superior – una interpretación más rigurosa de su construcción permite afirmar que no las considera ni exclusivas ni excluyentes. Ciertamente, la caracterización dinámica del orden jurídico supone que “la determinación del órgano es el mínimo de aquello que tiene determinarse en la relación entre una norma superior y otra inferior”⁴¹, pero no impide que también el contenido de las normas inferiores pueda estar predeterminado por las normas superiores. En efecto, Kelsen admite que, 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”⁴².

Según Kelsen dicha determinación material implica la existencia de un vínculo de contenido que limita, pero no elimina, la discrecionalidad de la autoridad inferior⁴³ y que condiciona la validez de su actuación normativa. Tajantemente expresa esta idea Kelsen incluso en su *Teoría General de las normas*: “en el caso de que no sólo el órgano, sino también el contenido de la norma inferior esté determinado por la norma superior la validez de la norma inferior *se funda* sobre la validez de la norma superior, o sea, la norma inferior es conforme a la norma superior, si ha sido establecida no solamente por el órgano autorizado por la norma superior, *sino también si su contenido es conforme* a lo establecido en la norma superior”⁴⁴. Además, como después se comprobará, el insistente recurso de la teoría pura al expediente de la cláusula alternativa tácita -con la pretensión de ocultar las contradicciones que se producen entre las normas de diferente

⁴¹ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 245.

⁴² Idem, p. 45. Según KELSEN, H., Idem, p. 240 las normas generales aplicables por los órganos judiciales y administrativos pueden asumir una función doble, de un lado, “determinar esos órganos y los procedimientos que deben observar”, y, de otro, “determinar el contenido de las normas individuales producidas en esos procedimientos judiciales o administrativos”. También la producción de normas de generales puede estar determinada “por las normas de la Constitución, es decir, por normas de una grada superior, tanto formalmente ... como materialmente”, Idem, p. 242. Existe entre estos niveles normativos tan sólo una diferencia de grado en cuanto la Constitución determina materialmente la creación de normas generales (y, por tanto, la actuación del legislador) “en extensión mucho menor que aquélla en la cual tales normas determinan materialmente las reglas individualizadas expedidas por el poder judicial y por la administración”, KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 154.

⁴³ Y ello porque señala KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 245 que la determinación de una norma inferior por la norma superior “nunca puede ser completa”.

⁴⁴ KELSEN, H., *Teoria Generale delle Norme*, cit., p. 440, hay también traducción castellana.

nivel- confirma la importancia que adquiere el respeto de los contenidos materiales de las normas superiores a la hora de determinar la validez de las normas inferiores⁴⁵.

De todo lo anterior se desprende que en la construcción kelseniana, el poder se presenta en el interior de la pirámide jurídica como un *poder para producir normas*; pero también como un “*poder de normas*” (conferido, autorizado o legitimado por normas) y como “*un poder sujeto a normas*” (vinculado, controlado o limitado por normas) ⁴⁶. El Derecho es, para Kelsen, “un orden (u organización) del poder”⁴⁷, que racionaliza y limita su origen, sus modos de manifestación y el contenido de sus decisiones. Y es, en este sentido, en el que debe entenderse la tesis kelseniana de que todo Estado es un Estado de Derecho⁴⁸.

Así, como señala Bobbio, en la teoría de Kelsen el Derecho y el poder son las dos caras de la misma moneda⁴⁹. Ahora bien, como trataré de poner de relieve en lo que sigue, y a diferencia de lo que

⁴⁵ Es cierto que la posición de Kelsen en torno a la naturaleza de las contradicciones entre normas atraviesa diversas etapas que coinciden con los planteamientos que va defendiendo a lo largo de su obra en torno a la aplicación de la lógica al Derecho que evolucionan progresivamente hacia el escepticismo o irracionalismo. LOSANO, M., “La última fase de la teoría pura del derecho: ¿del logicismo al irracionalismo?” en LOSANO, M., *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, cit., pp. 47-85. En una primera fase, KELSEN, H., “Natural Law Doctrine and Legal Positivism”, cit., pp. 400 y ss. considera el principio lógico de no contradicción directamente aplicable a la esfera normativa. En una segunda fase, representada por la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, cit., p. 215, afirma KELSEN, H., que este principio se aplica directamente a los enunciados jurídicos que describen normas e indirectamente a las normas por lo que “el que A sea debido y que A no lo sea” le parece “tan sinsentido” como “afirmar que A es, y que simultáneamente A no es”. En la última fase no logicista Kelsen rechaza la anterior analogía y parece admitir la validez simultánea de dos normas contradictorias, KELSEN, H., *Derecho y Lógica*, trad. de U. Schmill Ordóñez y J. Castro Valle, UNAM, México, 1978, p. 9 y KELSEN, H., *Teoria Generale delle norme*, cit., pp. 352 y ss. Pero incluso en esta última etapa, a pesar de negar su carácter de contradicciones de tipo lógico, Kelsen sigue considerando los conflictos entre normas de diferente nivel como defectos que se enfrentan con la estructura jerárquica del ordenamiento y continua recurriendo a la doctrina de las habilitaciones supuestas para convertirlos en meramente aparentes.

⁴⁶ CELANO, B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen, Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1999p. 305, pp. 370 y 371.

⁴⁷ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 225. De nuevo, en palabras de KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 226 y 227 “el poder estatal es el poder organizado por el derecho positivo, el poder del derecho”.

⁴⁸ En palabras de Kelsen, “ya sean las normas jurídicas creadas autocráticamente o surgidas por la vía democrática las que determinen el uso del poder, el Estado será siempre autoritario porque en todo Estado ha de haber una autoridad y será, al propio tiempo Estado de Derecho, porque es el orden jurídico el que determina el titular de la autoridad y la forma de ejercerla; quién debe mandar y quién debe obedecer”, KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, trad. de L. Legaz y Lacambra, Editora Nacional de México, 1979 p. 142.

⁴⁹ BOBBIO, N., “Kelsen e il problema del potere”, cit., p. 114.

sucede en la teoría tradicional del Derecho público, en la teoría kelseniana la cara, el anverso, “il recto” es el Derecho⁵⁰.

En efecto, Kelsen sitúa en el vértice de la pirámide jurídica no un poder supremo “del cual derivan su validez todas las normas del sistema”, sino una norma suprema que “legitima” a todos los poderes del sistema, incluido el máximo poder o poder originario, permitiendo su consideración como autoridades jurídicas⁵¹. De nuevo en el punto de vista externo, el neokantismo y el principio de pureza metódica impiden a Kelsen situar el fundamento de la validez del Derecho globalmente considerado en un elemento de carácter fáctico. Expresamente descarta Kelsen la consideración de que existe un poder “detrás del Derecho”, como hecho real y eficiente que fundamenta su validez, identificando el Estado -el poder político- y el orden jurídico⁵². El elemento que dota de unidad y de validez al sistema jurídico en su conjunto ha de ser, por tanto, de naturaleza normativa: la denominada norma fundamental⁵³. Ahora bien, esta norma “no puede ser una norma impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior”, la norma fundamental, como norma suprema, “tiene que ser presupuesta”⁵⁴ por aquel que pretende conocer el orden jurídico no como un conjunto de hechos, sino como un conjunto de normas válidas y que rechaza al mismo tiempo la existencia de un Derecho natural⁵⁵. En este sentido, la presuposición de la norma fundamental implica dos tomas de postura extrajurídicas: la primera consiste en el juicio de valor que antepone una metodología iuositivista a todas las demás metodologías jurídicas posibles, la segunda consiste en la elección de la metodología neokantiana como instrumento para construir una teoría jurídica positivista⁵⁶.

⁵⁰ Idem, p. 115.

⁵¹ Ibídem. Conviene aclarar que el término legitimidad no hace referencia en Kelsen a la calidad moral del poder sino simplemente a su actuación conforme a las normas jurídicas.

⁵² Vid. KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, cit., pp. 19 y ss. y KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 226 y 227.

⁵³ Vid. sobre los problemas intrasistemáticos que plantea la norma fundamental LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, vol.II, Capítulo II, donde el autor analiza la norma fundamental, que considera el auténtico caballo de Troya de la teoría kelseniana, desde una perspectiva crítica.

⁵⁴ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 202.

⁵⁵ Así, Kelsen introduce la “norma fundamental” en su construcción “tanto para formular un normativismo sin derecho natural como un positivismo sin reduccionismo”, PAULSON, S., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, cit., p. 137.

⁵⁶ LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, vol.II, cit., p. 45. Idem, p. 79. En este sentido, KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 137 sostiene que la norma fundamental es “el presupuesto necesario de toda interpretación positivista del material jurídico”, afirmando que con su formulación la teoría pura tan sólo hace explícito “lo 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”.

El carácter positivista de la doctrina pura se plasma en este contexto en la caracterización de la norma fundamental del orden jurídico, en tanto sistema normativo dinámico, como una norma exclusivamente formal que, a diferencia del Derecho natural, no condiciona los contenidos de las normas positivas que integran el sistema jurídico⁵⁷. La norma fundamental de un sistema jurídico no es, como sucede en un sistema estático, una norma con un contenido moral autoevidente del que pueda deducirse el contenido de las demás normas del sistema⁵⁸. Se trata, por el contrario, de una norma de pura delegación que se limita a otorgar competencia a la suprema autoridad normativa, con independencia del contenido de las normas creadas por esa autoridad y por los sucesivos poderes inferiores y con independencia del título de legitimidad que ostenten⁵⁹. La norma fundamental no se pronuncia, por tanto, sobre la calidad moral de los contenidos del sistema - ni de las formas de producción jurídica- “es la razón de validez de un derecho tanto democrático como autocrático, de un derecho tanto capitalista como socialista, de cualquier derecho positivo, ya se considere justo o injusto”⁶⁰. De este modo, la norma básica convierte también al poder supremo, al constituyente primero, en un poder para producir normas y en un poder de normas, si bien, a diferencia de lo que sucede en el punto de vista interno con los poderes inferiores, le otorga competencia para elegir con plena discrecionalidad los contenidos de las disposiciones normativas por él creadas⁶¹.

⁵⁷ Ya en su escrito de 1928 afirmaba KELSEN, H., “Natural Law Doctrine and Legal Positivism”, cit., p. 401 “el derecho positivo cuya norma básica consiste en una delegación de poder a una autoridad creadora de derecho es un sistema dinámico. La positividad actualmente consiste en este principio dinámico”.

⁵⁸ Señala KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 203 que “la norma de cuyo contenido se derivan las restantes normas, como lo particular de lo universal, tanto en cuanto a su fundamento de validez, como también en cuanto a su contenido válido, sólo puede ser considerada norma fundante básica cuando su contenido es aceptado como inmediatamente evidente”. Pues bien, aunque no puedo detenerme en el análisis de esta cuestión, como es sabido, para Kelsen – influido en este punto por el relativismo moral que profesa – la razón no puede conocer valores evidentes y, más aún, carece de capacidad para ofrecer una fundamentación objetiva a las elecciones en materia de valores. En palabras de KELSEN, H., “¿Qué es justicia?” en KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, trad. y edición a cargo de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 2.^a ed., 1992, pp. 35-63, p. 39, “el problema de los valores es, en primer lugar, un problema de conflicto de valores y este problema no puede solucionarse mediante el conocimiento racional. La respuesta a estas preguntas es un juicio de valor determinado por factores emocionales, y por tanto, subjetivo, de por sí válido únicamente para el sujeto que juzga, y en consecuencia, relativo”.

⁵⁹ En los sistemas dinámicos la norma fundamental “no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica”, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 204. Vid., en términos similares, KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 132.

⁶⁰ KELSEN, H., “Acerca de la norma básica”, cit., p. 423.

⁶¹ Conviene insistir en que el carácter dinámico del orden jurídico expresión del estatus positivista de la teoría pura supone contemplar el acto primario de producción de Derecho autorizado por la norma básica como absolutamente discrecional desde el

En definitiva, la comprensión kelseniana de la relación entre el Derecho y el poder se caracteriza por intentar encerrar al poder en el Derecho. Desde esta visión, no caben manifestaciones del poder al margen de las normas jurídicas. Como señala Peces-Barba, en la construcción de Kelsen “la relación Derecho y poder se difumina con el sistema de integrar e identificar el poder con el Derecho”⁶².

2. La Gorgona del Poder tras el conjunto del Ordenamiento jurídico.

Según se acaba de indicar, la teoría kelseniana sitúa el fundamento de la validez del Derecho globalmente considerado no en el hecho del poder, sino en la norma fundamental. Sin embargo, como se tratará de demostrar a continuación, Kelsen reconoce que el poder “asoma” peligrosamente por el vértice del sistema jurídico, operando como dimensión fáctica condicionante de la validez del conjunto de sus normas.

Es, ciertamente, en la cúspide del Ordenamiento, donde las relaciones entre el Derecho y el poder se hacen más “directas y evidentes”⁶³ y donde el poder político se manifiesta “como la piedra angular de un edificio, en el que la norma fundamental constituye un audaz pero discutible pináculo”⁶⁴.

La importancia de la eficacia garantizada por el poder para la determinación de la validez del sistema jurídico se hace especialmente patente cuando Kelsen analiza el fenómeno de la revolución, entendido como un cambio no legítimo de la norma constitucional -es decir, no

punto de vista de los contenidos, pero no exige que los demás actos derivados de creación jurídica tengan que contemplarse también como decisiones materialmente incondicionadas. En este sentido indica KELSEN, H., «The function of a Constitution», cit., pp. 118 y 119 y KELSEN, H., *Teoria Generale delle Norme*, cit., p. 436 que, si bien desde el punto de vista de la norma básica el orden jurídico constituye un «marco generativo» (*a generative framework*) desde el cual pueden establecerse con cualquier contenido, ello no significa que, desde la perspectiva de la norma positiva suprema creada por la autoridad habilitada por la norma básica, o desde la óptica de otras normas inferiores, «la estructura» de las normas positivas que forman un orden jurídico sea necesariamente un simple marco generativo Y, señala, además, que lo habitual, es que no lo sea, puesto que, tanto la Constitución como las normas generales, pueden determinar no sólo la autoridad habilitada para crear normas inferiores sino también su contenido.

⁶² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 4.^a reimp., 1993, p. 42. Este autor ha sintetizado las concepciones de la relación entre el Derecho y el Poder en una serie de modelos situando a Kelsen como el exponente del denominado “modelo de identificación” que se caracteriza por la consideración exclusiva del poder como una realidad jurídica, Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 326.

⁶³ LOSANO, M., “Validez y eficacia en la teoría pura del derecho”, cit., p. 143 afirma que si bien “en la teoría general del derecho la norma fundamental puede, en parte, ocultar la Gorgona del poder que se esconde tras el derecho... en la realidad (y en particular en el ámbito de la Constitución, ya en sentido jurídico, ya en sentido gnoseológico) el derecho se manifiesta en su concreción, en su eficacia”.

⁶⁴ *Ibidem*.

efectuado de conformidad con las disposiciones constitucionales- o de “su reemplazo por otra”; situación que, según el profesor de Praga, hace “especialmente claro” el significado de la norma básica⁶⁵. Como apunta Calsamiglia, la fidelidad a la metodología kelseniana exigiría considerar que la juridicidad está del lado de la legitimidad, pero esto sería inaceptable para una teoría que se declara realista, pues implicaría contradecir “la realidad misma”⁶⁶. Por esta razón, Kelsen entiende que estos cambios producen, cuando triunfan –cuando las normas establecidas conforme a la nueva constitución “son aplicadas y acatadas en términos generales”– una modificación de la norma fundamental⁶⁷. De esta forma, “si, por caso, la vieja constitución revestía el carácter de una monarquía absoluta, mientras que la nueva es el de una república independiente” el enunciado que describe la norma fundamental, ya no rezaría que los “actos coactivos deben cumplirse bajo las condiciones y de la manera que determina la vieja constitución ya no vigente y también conforme a las normas generales e individuales que dictaron y aplicaron, conforme a aquella constitución, el monarca absoluto y los órganos por él delegados”, sino que establecería que “los actos coactivos deben cumplirse bajo las condiciones y de la manera que determina la nueva constitución. La nueva norma fundante no permitiría considerar, como hacia la antigua, a un determinado individuo como el monarca absoluto, sino al parlamento elegido por el pueblo como la autoridad jurídica”. Y es que, “de acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal, es el gobierno efectivo, que impone fundándose una constitución eficaz, normas generales e individuales, el gobierno legítimo del Estado”⁶⁸.

La revolución plantea grandes problemas teóricos a la teoría pura que se ve obligada a reconocer la realidad social –el fenómeno de hecho, extrajurídico– en el que se funda la validez del Derecho revolucionario, esto es, la *toma del poder*. En este sentido, Kelsen señala que la solución que plantea al caso de la revolución es aplicación del principio de efectividad, que limita en este punto al principio de legitimidad⁶⁹. Así, la doctrina pura “no tiene más remedio que acudir a un *Sein*, la efectividad, para que su *Sollen* no se aleje de la realidad”⁷⁰. Y aunque hábilmente intenta disfrazar este recurso en términos

⁶⁵ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 219.

⁶⁶ CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1977, p. 79.

⁶⁷ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 219.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 79.

normativos⁷¹, no hace más que colocar “la norma fundamental donde el poder lo exige”⁷².

La relación entre la norma fundamental y el poder efectivo 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 antes se señaló, 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”⁷³. 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”⁷⁴. Así, lo único que, finalmente, permite distinguir a un orden jurídico de una banda de ladrones “no es ni la “participación” en el ideal de justicia, como pretendía San Agustín, ni la validez de la norma fundamental”, la diferencia entre ambos órdenes “sólo se podrá explicar si se considera que tras el derecho existe un poder que lo sostiene. Este poder intenta monopolizar la coacción, es fuerza socialmente organizada. No hay más justificación jurídica de este poder que la fuerza que posee, es decir la posibilidad de imponerse a todo poder contrario”⁷⁵.

En todo caso, Kelsen introduce la eficacia como requisito esencial para la presuposición de la norma fundamental. Se trata de un hecho que permite referir la norma fundamental, única norma que no es producida por actos humanos de voluntad, a la realidad empírica. Al respecto considera 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. La función de la norma básica es hacer posible la interpretación normativa de ciertos hechos, esto es, la interpretación de los mismos como creación y aplicación de normas válidas. Las normas jurídicas, según dijimos, se consideran válidas solamente cuando pertenecen a un orden que en términos generales es eficaz. Por ello mismo, el contenido de la norma básica se encuentra determinado por los hechos a través de los cuales es creado y aplicado un orden al que corresponde, en la generalidad de los casos, la conducta de los individuos regidos por ese mismo orden.

⁷¹ Como indica PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 44 “así la norma fundamental aparece como el enmascaramiento de la realidad del poder para mantener el edificio de la teoría pura”.

⁷² CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1977, p. 79.

⁷³ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 60.

⁷⁴ Ídem, pp. 60 y 61.

⁷⁵ CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 79.

La norma básica de cualquier orden jurídico positivo únicamente confiere autoridad jurídica a aquellos hechos por los cuales es creado y nulificado un orden que en su totalidad tiene eficacia⁷⁶.

De este modo, en la doctrina kelseniana la eficacia condiciona en un sentido esencial la validez del conjunto del Ordenamiento jurídico, lo que implica una evidente contradicción con las premisas metodológicas de las que parte la teoría pura, pues un problema relativo al *Sollen*, un problema “típico de deber ser”, es, finalmente, explicado recurriendo al *Sein*, al mundo del ser⁷⁷. Como antes se anunció, esta infidelidad metodológica permite a Kelsen hacer coherente la doctrina pura con la realidad jurídica que pretende describir. En efecto, si la eficacia no condicionara la validez jurídica tendría que entenderse que no hubo Derecho en Francia desde la revolución de 1789 o podrían considerarse órdenes jurídicos sistemas normativos *inventados* carentes de implantación real, con tal de presuponer una norma fundamental⁷⁸. Eso sí, el precio que la teoría pura tiene que pagar consiste en volverse incoherente con ella misma⁷⁹.

En definitiva, de las anteriores reflexiones se desprende que 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 Derecho⁸⁰. 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 Derecho⁸¹, que recubre de un halo normativo, lo que no es más que una “situación de hecho”⁸². En este sentido, parece necesario sustituir la base ficticia que la norma fundamental ofrece a la validez del orden jurídico, por la base empírica o real que ofrece el poder⁸³.

Suele afirmarse que al final de su vida Kelsen abandonó su teoría de la norma fundamental al asumir que se trata de una norma

⁷⁶ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 141.

⁷⁷ LOSANO, M., “Validez y eficacia en la teoría pura del derecho”, cit., p. 138 y 145.

⁷⁸ CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 135.

⁷⁹ LOSANO, N., *Sistema e struttura nel diritto*, cit., p. 84. Y es que, en efecto, “cuando el vínculo del sistema se vuelve tan antinatural, que le impone la elección entre el respeto a la realidad y la coherencia de la construcción, a veces Kelsen renuncia a esta coherencia por respeto a la realidad”, LOSANO, M., “La teoría pura del derecho y la justicia”, cit., p. 210.

⁸⁰ *Idem*, p. 136.

⁸¹ BOBBIO, N., “Kelsen e il problema del potere”, cit., p. 120. Expresamente señala KELSEN, H., en su escrito de 1928 antes citado que “en cierto sentido la norma fundamental significa la *transformación del poder en Derecho*”.

⁸² LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, cit., p. 76.

⁸³ PRIETO SANCHÍS, L., “La sombra del poder tras el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la teoría de N. Bobbio” en LLAMAS GASCÓN, A., (ed.), *La figura y el pensamiento de N. Bobbio*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994, pp. 97-112, p. 101. En este sentido, y en clara alusión a la concepción kelseniana, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 333 y ss. sitúa en el poder como el “hecho fundante básico” que fundamenta la validez del Derecho.

“ficticia”⁸⁴. Ahora bien, conviene tener presente que Kelsen siempre fue plenamente consciente del papel del poder en la determinación de la validez del Derecho⁸⁵. Así, ya en un escrito de 1917 señalaba, “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*”⁸⁶. Pues bien, ciertamente, Kelsen levanta el velo pero luego cierra los ojos⁸⁷. Tras la norma fundamental, emerge, igualmente, la realidad efectiva de la Gorgona del poder.

A mi modo de ver, el empeño de Kelsen por mantener la norma fundamental como fundamento de la validez del Derecho, a pesar de admitir la incidencia determinante de la eficacia garantizada por el poder en esta cuestión⁸⁸, obedece a dos razones. En primer lugar, al intento de no traicionar del todo los axiomas básicos de su construcción en virtud de los cuales la norma fundamental es un elemento esencial para la interpretación normativa de lo fáctico, de tal manera que su eliminación supondría contemplar la realidad jurídica como un orden puramente de hecho, como un mero ejercicio de la fuerza y del poder desnudo⁸⁹ y no como un conjunto de normas objetivamente válidas. En segundo lugar, y, sobre todo, la opción por mantener la norma fundamental como fundamento de validez del orden jurídico responde al intento de transmitir la imagen de la primacía del “Derecho sobre el Poder ... el ideal del Estado de Derecho, esto es, el Estado en el que ... *“lex facit regem”* y no *“rex facit legem”*⁹⁰.

⁸⁴ En palabras de KELSEN, H., “Die gundlage der Naturrechtslehre” en *Das Naturrechts in der politischen theorie*, Springer, Viena, 1963, pp. 119 y ss.: “debo confesar que no puedo seguir manteniendo esta doctrina, que tengo que abandonarla ... la he abandonado al comprobar que una norma (sollen) debe ser el correlativo de una voluntad. Mi norma básica es una norma ficticia basada en un acto de voluntad ficticio. En la norma básica se concibe un acto de voluntad ficticio que realmente no existe”.

⁸⁵ LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, cit., p. 100.

⁸⁶ KELSEN, H., *Gleichheit vor dem Gesetz*, “Veroffentlichung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, Heft 3, Walther de Gruyter, Berlin-Leipzig 1927, p. 55. La cursiva es de Losano. 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.

⁸⁷ LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, cit., 100.

⁸⁸ En este punto KELSEN, H., Vid. por ejemplo, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 219 y ss. recurre a la distinción entre condición de validez y fundamento de validez según la cual la eficacia es condición de validez, pero el fundamento de la validez se encuentra en la norma fundamental.

⁸⁹ GARCÍA AMADO, J.A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 63.

⁹⁰ BOBBIO, N., “Kelsen e il problema del potere”, cit., pp. 121 y 122. Precisamente uno de los motivos por los que Kelsen rechaza el dualismo entre Derecho y Estado radica en que contribuye a reforzar y justificar la autoridad del Estado, por encima del Derecho, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 320 y 321. Considera Bobbio

3. La Gorgona del poder tras cada norma jurídica.

En todo caso, el poder efectivo no sólo penetra en la teoría pura por el vértice de la pirámide jurídica, sino que se introduce además, “por los entresijos del sistema” manifestándose en decisiones irregulares que consiguen obtener eficacia⁹¹.

Como antes se indicó, en la construcción teórica kelseniana el poder aparece en el interior de la estructura jerárquica del orden jurídico reglamentado por normas que establecen quiénes pueden actuar como poderes creadores de normas, cómo deben actuar y qué contenidos deben respetar en tal actuación. Cuando el poder se mantiene dentro de las determinaciones normativas, opera como autoridad jurídica de manera que sus decisiones darán lugar a normas jurídicas válidas. El problema que se plantea en este punto, al que Kelsen dedica una especial atención en sus escritos, consiste en dilucidar “qué vale” como Derecho cuando el poder vulnera la regulación jurídica⁹².

Kelsen, contemplando la posibilidad de que el poder no cumpla 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 Ordenamiento⁹³.

Idem, p. 120 que se trata de una opción o preferencia práctica o política, pero como trataré de justificar al final, también puede entenderse en clave funcional.

⁹¹ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., “La sombra del poder tras el Derecho”, cit., pp. 101 y ss. y CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 137. Conviene aclarar que en las siguientes reflexiones me ocuparé no de examinar el problema de si, al igual que el sistema considerado en su conjunto, también una norma jurídica individualmente considerada pierde su validez cuando es ineficaz, sino de un problema en cierto sentido inverso, esto es, de la cuestión de si una norma eficaz puede ser considerada válida a pesar de violar las prescripciones de las normas superiores. En relación con la primera de estas cuestiones, que dejaré al margen del análisis, Kelsen mantiene dos posiciones. En un primer momento Kelsen considera que la pérdida de eficacia o desuso no afecta a la validez de cada norma jurídica. Sin embargo en un segundo momento sostiene que “la norma jurídica al ser duraderamente inaplicada o no acatada puede perder su validez”, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 224. Se ha ocupado de analizar este primer problema LOSANO, M., “Validez y eficacia en la teoría pura del derecho”, cit., pp. 145 y ss.

⁹² En palabras de KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 273 y 274, “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”.

⁹³ Como nos recuerda LOSANO, M., “Hans Kelsen: una biografía cultural mínima”, cit., pp. 115-117 Kelsen pone especial énfasis en la necesidad de establecer un control de constitucionalidad de las leyes como condición para que la Constitución pueda considerarse una norma plenamente obligatoria, Vid. KELSEN, H., “La garantía

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 irregular⁹⁴. 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 legalidad 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”⁹⁵. 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 aquella ... no quedan jamás excluidas”⁹⁶.

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 superiores⁹⁷. En palabras de Kelsen “¿qué significa el hecho de que el orden jurídico otorgue fuerza de cosa juzgada a la sentencia

jurisdiccional de la Constitución” en KELSEN, H., *Escritos sobre democracia y socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-155.

⁹⁴ 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”.

⁹⁵ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 184.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ 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.

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 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”.

Así, en 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 a lo prescrito en la alternativa tácita cuya determinación depende en exclusiva de la voluntad del propio poder.

En este punto conviene tener presente que, aunque Kelsen se centra en el caso de la vulneración de los contenidos de las normas superiores, expresamente reconoce que la alternatividad se proyecta también sobre el procedimiento⁹⁸, y, más aún, de su doctrina se deriva que el carácter alternativo afecta también a la dimensión personal, esto es, al elemento del órgano. De este modo, la teoría de la cláusula alternativa tácita conduce a la conclusión de que las normas jurídicas autorizan a cualquiera, a dictar normas con cualquier contenido y mediante cualquier procedimiento⁹⁹. 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.

⁹⁸ Explícitamente aclara KELSEN, H., *Idem*, 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”.

⁹⁹ 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.

En todo caso, en el supuesto del elemento personal Kelsen parece arbitrar en un pasaje de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* una solución distinta a la tesis de la alternatividad, que conduce, en todo caso, a una conclusión similar. En efecto, cuando Kelsen reflexiona acerca de la posibilidad de que las normas generales dictadas por un “usurpador” logren ser publicadas y aplicadas por los órganos competentes apunta que, si tales normas “se hacen efectivas”, se produce “una modificación revolucionaria de la constitución, y, por ende, una ley constitucional, correspondiente a la nueva constitución”¹⁰⁰. En el supuesto de que una sentencia dictada por individuos que han usurpado la posición del tribunal supremo logre ser ejecutada, “adquiriendo así eficacia”, señala Kelsen que “no tendremos como en el primer caso, una modificación revolucionaria total de la constitución, sino sólo una enmienda revolucionaria parcial de la misma, esto es, una sentencia judicial constitucional”¹⁰¹. Como señala Losano, “estos casos extremos de modificación total o parcial de ordenamientos jurídicos muestran claramente que la existencia de hecho de la eficacia prevalece netamente sobre el elemento jurídico formal de la correcta derivación de la validez en el interior de la estructura jerárquica propuesta por Kelsen”¹⁰².

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 efectividad¹⁰³. 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 superiores¹⁰⁴.

Igualmente, Kelsen reconoce la importancia del principio de efectividad cuando señala, “tiene que haber órganos supremos cuya competencia no tengan que resolver aún órganos superiores, órganos sobre cuyo carácter como órganos supremos legislativos, gubernamentales (administrativos) o judiciales ya no se pueda plantear discusión”, afirmando que “se revelan como órganos supremos porque

¹⁰⁰ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 281 y 282.

¹⁰¹ *Idem*, 282.

¹⁰² LOSANO, M., “Validez y eficacia en la teoría pura del derecho”, cit., p. 144.

¹⁰³ KELSEN, H., *Teoria Generale delle Norme*, cit., p. 405. Como apunta LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, vol.II, cit., p. 59 en la construcción kelseniana estas situaciones de carácter fáctico externas al Ordenamiento penetran en su interior mediante el principio de efectividad; principio que Kelsen no define ni explica, en tanto ello supondría afrontar temas políticos, económicos y filosóficos, que la doctrina pura pretende evitar, limitándose a ejemplificarlo.

¹⁰⁴ DELGADO PINTO, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, cit., p. 195.

las normas por ellos implantadas son eficaces en términos generales”. Ahora bien, acto seguido matiza “la norma, entonces, que les faculta a establecer esas normas, es presupuesta como constitución válida”¹⁰⁵.

En definitiva, no sólo en el vértice, sino también en los sucesivos escalones de la pirámide jurídica, Kelsen opta por ajustar su construcción a la realidad incurriendo en una infidelidad metodológica al tratar 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. Y, de nuevo, a través de la doctrina de las habilitaciones supuestas, intenta enmascarar la incidencia del poder efectivo en la validez de las normas jurídicas tras una cobertura normativa. La teoría de Kelsen no puede asumir la existencia de decisiones irregulares derivadas de interferencias externas del poder “que se producen al margen de la estructura de competencias consagradas”¹⁰⁶ y reconduce estas patologías, estos hechos reales y efectivos, al sistema jurídico empeñándose en explicarlas a través de la pirámide jurídica y de la jerarquía del Ordenamiento.

En la construcción kelseniana, la norma fundamental no sólo “juridiza el poder político en abstracto”, sino también todas las decisiones del poder “irregulares, firmes, efectivas que son normas jurídicas válidas. Es decir un *Sein* (el hecho de una decisión irregular firme) se transforma en un *Sollen* (norma jurídica válida)”¹⁰⁷. La doctrina de la norma fundamental y de la cláusula alternativa tacita constituyen 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*”¹⁰⁸.

En todo caso, al igual que sucede en relación con la validez del orden jurídico en su conjunto, también en el caso de la validez de las normas individualmente consideradas la posición asumida por Kelsen responde a la pretensión de dar primacía al Derecho sobre el poder. Primacía que sólo describiría fielmente la realidad jurídica en el supuesto de que el poder actuara siempre regularmente¹⁰⁹, esto es, si el

¹⁰⁵ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 283.

¹⁰⁶ DELGADO PINTO, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, cit., p. 202.

¹⁰⁷ CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., pp. 136 y 137.

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ Como señala LOSANO, M., “Validez y eficacia en la teoría pura del derecho”, cit., p. 153 “el derecho como fenómeno también real, escapa en parte a la descripción de una teoría rigurosamente positivista y dualista como la de Kelsen”. En efecto, según advierte CASAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 202, “la

mundo jurídico real fuese siempre el mundo que debería ser¹¹⁰, si fuese expresión del “ideal del Estado de Derecho ... de ser gobernados por leyes y no por hombres”¹¹¹. La actuación irregular del poder rebasa, en efecto, utilizando la expresión kelseniana “la linde del sistema jurídico”¹¹². La formulación de la doctrina de la cláusula alternativa tácita responde, así, a la toma de conciencia de que en la práctica jurídica existen límites insalvables que impiden que las normas puedan regular siempre de manera efectiva las decisiones del poder¹¹³, pues alguien ha de tener la última palabra no cuestionable; pero, a la vez, esta doctrina de alguna forma implica reconocer la importancia que para el funcionamiento eficaz del Derecho reviste el hecho de que tales decisiones se contemplen como decisiones vinculadas.

En definitiva, Kelsen intenta camuflar la Gorgona del poder que se esconde tras el conjunto del Derecho y tras cada norma o decisión jurídica, precisamente, con el objeto de evitar sus maleficios. De cualquier forma, “no se trata de un camuflaje del autoritarismo, sino de una opción entre poderes, pues el poder es inevitable: la opción ente el poder de las normas y el poder no sometido a límites, ni siquiera a los que él mismo haya sentado”¹¹⁴. La norma fundamental –y cabría añadir el expediente de la cláusula alternativa tácita– serían, “amén” de requisitos de la lógica interna de la teoría kelseniana, adornos decisivos “de ese ropaje con el que el poder se transforma al ocultarse”¹¹⁵.

Pues bien, del análisis de la posición kelseniana en torno a la relación entre el Derecho y el poder pueden extraerse varias conclusiones. La primera, y quizá más evidente, es que el positivismo de Kelsen, de carácter estrictamente normativista y prisionero del método neokantiano, resulta insuficiente para explicar sin velos ni ficciones la incidencia del poder efectivo en la cuestión de la validez jurídica. La segunda, estrechamente conectada con la anterior, radica en la necesidad de desarrollar un positivismo de impronta realista capaz de describir fielmente y sin tapujos los términos en los que se plantea esta

pirámide jurídica es una imagen correcta si suponemos que la actividad de los órganos estatales es siempre una actividad regular, pero este *supuesto no puede ser aceptado*”.

¹¹⁰ Conviene aclarar que este deber ser no es un deber ser moral, sino jurídico pues exige simplemente que el poder se ajuste a las normas jurídicas sin establecer exigencias adicionales relativas a la corrección moral de sus contenidos, ni a la legitimidad de quienes las crean.

¹¹¹ MORESO, J. J., *Normas Jurídicas y Estructura del Derecho*, Fontamara, México, 1997, p. 89.

¹¹² KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 191.

¹¹³ Como si reconoce PECES-BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 124, “El poder es un hecho irreductible, en todas sus dimensiones, a la ordenación jurídica”.

¹¹⁴ GARCÍA AMADO, J.A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., p. 240 y 241.

¹¹⁵ *Ibidem*.

relación¹¹⁶. Posiblemente ese positivismo arrojaría una imagen del funcionamiento del Derecho bastante más cruda de la que –al menos consciente y abiertamente– transmite la doctrina kelseniana, al poner de manifiesto como las decisiones efectivas del poder determinan –en última instancia– lo que *realmente* cuenta como jurídico. Ahora bien, a mi juicio, una imagen integral del fenómeno jurídico debería, además, dar cuenta de la importancia que reviste para la validez y funcionalidad del Derecho el sometimiento general del poder a la ordenación jurídica y la creencia y confianza en la legalidad de su actuación. Para abordar la difícil tarea de captar esta imagen en toda su complejidad, todavía, cuando se cumplen 50 años de la publicación de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, el pensamiento de Kelsen ofrece un buen punto de partida y algunas líneas de reflexión relevantes.

¹¹⁶ Por este tipo de planteamiento abogan, entre otros autores, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 13; PRIETO SANCHÍS, L., “Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, p. 606 y ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Poder, Ordenamiento jurídico y derechos*, Cuadernos del Instituto “Bartolomé de las Casas”, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 6 y 7. También PATTARO, E., alude, aunque en un sentido algo distinto, a un realismo normativista, *Elementos para una Teoría del Derecho*, trad. de I. Ara Pinilla, Madrid, Debate, 1986.