

## CAPÍTULO DECIMOSEXTO

### HANS Kelsen Y SU APORTACIÓN A LA TEORÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

#### I. BIOGRAFÍA INTELECTUAL DE Kelsen

##### 1. *¿Unidad en la obra kelseniana?*

Hans Kelsen es un autor cuya obra ha sido especialmente fecunda.<sup>406</sup> Así, de su dilatada vida, desde su primera publicación, *La teoría del*

<sup>406</sup> Podemos destacar, entre otras obras de Kelsen, Hans, las siguientes: “Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze”, Mohr, J. C. B. (Paul Siebeck), Tübingen, 1910. “Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgesellschaft”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 31, 1913, pp. 53-98 y 190-249. “Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischen Verfassung”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32, 1914, pp. 202-245 y 390-438. “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, 1946. “Quel est le fondement de la validité du droit?”, *op. cit.*, nota 353, pp. 161-169. “Il fondamento della validità del diritto”, *Rivista di Diritto Internazionale*, XL, 1957, pp. 497-511, trad. al italiano de Gaetano Arangio-Ruiz, hay trad. castellana en *Revista de Ciencias Sociales*, 1974. “On the basic norm”, *California Law Review*, 47, 1, 1959, pp. 107-110. “Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie? Antwort auf Dr. Albert Volanthen, Zu Hans Kelsen Anschauung über die Rechtsnorm”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XVI, 1966, pp. 3 y 4. “Una teoría ‘realista’ y la teoría pura del derecho (Observaciones a Alf Ross, Sobre el derecho y la justicia)”, trad. de E. A. Vázquez en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, pp. 121-137. *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, trad. cast. (*La teoría pura del derecho*) de la 2a. ed. en lengua alemana de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1980. Hay trad. italiano de Mario G. Losano, Turín, Einaudi, 1966. “Recht und logik”, *Neues Forum*, 1965, 12 Jahr, trad. it. de C. Mauceri, en *Problemi di teoria del diritto*, a cargo de R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1980. “On the basis of legal validity”, *The American Journal of Jurisprudence*, 26, 1981, pp. 178-189, trad. al inglés por Stanley L. Paulson. “The concept of the legal order”, *The American Journal of Jurisprudence*, 27, 1982, pp. 64-85. *Teoría general del derecho y del Estado*, *op. cit.*, nota 348. Hay trad. al italiano por Sergio Cotta y Giuseppino Treves, Milán, Comunità, 1952, reimpr. en Etas Libri, Milán, 1966, y trad. al

*Estado en Dante Alligieri* (1905), hasta su obra publicada póstumamente, *La teoría general de las normas* (1973), se pueden apreciar dos interpretaciones fundamentales. Por un lado, la de los autores italianos —Losano, Fassó, entre otros— o españoles —Legaz y Lacambra, Elías de Tejada, entre otros—, que ponen el acento en la existencia de un cambio sustancial en torno a 1940, al tomar contacto con la cultura norteamericana. La aproximación al pensamiento anglosajón se aprecia básicamente en sus obras *Sociedad y naturaleza* (1943) y *La teoría general del derecho y del Estado* (1945). Por otro lado, la posición acogida generalmente por los autores intérpretes de Kelsen en lengua alemana, entre ellos Engisch o Kunz, que destacan la unidad sustancial en lo fundamental, en las ideas fuerza —como la identidad Estado-derecho o el contenido formalista del derecho—, que permanecen constantes en su obra y que sólo serán desarrolladas y matizadas en su última etapa.

## 2. Factores condicionantes de la obra kelseniana

Son condicionantes en la vida y obra de Kelsen, de una parte, el marco cultural de la Viena de fines del siglo XIX, a la que se traslada a vivir a los tres años de edad y, de otra, el marco político de la vida de dicho autor hasta 1918, a saber, el Imperio Austro-Húngaro, al que pertenecía Praga, la ciudad en la que nació Kelsen el 11 de octubre de 1881. Vamos a desarrollar algo más ambos condicionantes.

Viena era la capital del Imperio Austro-Húngaro, con una intensa vida social y una gran producción cultural, que la situaba en la “vanguardia” —la Viena de Wittgenstein—, pudiendo muy bien calificarse de la Atenas del siglo XX en lo “cultural”, en contraste con la decadencia “económica y social” —dibujada de una forma magistral en *El hombre sin atributos*—. En ella surgió el psicoanálisis de Freud, la música dodecafónica, el positivismo analítico, y movimientos pictóricos y arquitectónicos importantes.

En el Imperio Austro-Húngaro en aquel momento existían dos problemas básicos: los conflictos sociales en el ámbito del capitalismo, comunes, por lo demás, a toda Europa; y el tema de las nacionalidades en los Estados con una composición plurinacional y en el Imperio Austro-Húngaro en especial, dada la complejidad de su estructura, con multitud de

etnias —alemanes, checos, polacos, italianos, croatas, etcétera— con diferentes religiones, entre las cuales existían relaciones hostiles. El imperio austro-húngaro desaparece en 1918. El hecho de que el único elemento común de este Imperio fuera el derecho influyó en la idea fuerte de Kelsen de la identidad entre el Estado y el derecho.

### 3. *Etapas en la biografía intelectual de Kelsen*

#### A. *Años de formación, habilitación como profesor y primeras monografías —hasta 1914—*

Los padres de Kelsen eran de religión mosaica, pero muy tolerantes en temas religiosos. Enviaron a Kelsen a una escuela privada de gran prestigio, en la que establecería relaciones de compañerismo con los que serían luego ilustres profesores —Otto Bauer, con quien se licencia y junto al que se exilia posteriormente en Ginebra; los economistas Von Mises, emblemático representante del liberalismo económico, estudioso de los ciclos de producción, y Schumpeter, liberal y estudioso de Marx, al que acoge en la Universidad de Harvard cuando emigra—.

Las lecturas de esa época son de tipo literario y poético, imaginativas y románticas, aunque también lee a Schopenhauer, con su visión pesimista del mundo. De ahí evoluciona hacia lecturas científicas a través de libros filosóficos —pese a que él se considerara más científico que filósofo—. De Kant, por ejemplo, le interesó sobre todo la idea de que el conocimiento no es puramente pasivo, sino creativo, al crear el sujeto cognoscente su propio objeto de conocimiento —en relación con la subjetividad del conocimiento—.

En 1905 publicó un estudio: *La teoría del Estado en Dante Alighieri*, donde analiza el pensamiento de este autor en *De Monarquía*, poniéndolo en relación con el pensamiento político de la Baja Edad Media —El *Defensor Pacis* de Marsilio de Padua, Bartolo, entre otros—.

En 1907 se licencia en derecho y se dedica por su cuenta, sin vincularse a la cátedra de la Universidad de Viena, en la que había cursado la carrera, al estudio del derecho público. De esta época son dos monografías: *La protección jurídica del derecho de voto* (1906), que es una crítica, proponiendo alternativas, al sufragio universal, sistema que se inauguraba en la época, y *Los derechos políticos del ciudadano aus-*

*triac* (1907) —por estar el tema de los derechos políticos entonces en auge en las constituciones de la segunda mitad del siglo XVIII, aunque en la primera mitad del XIX y salvo en la Constitución austriaca perderían importancia—.

En 1911 publica su trabajo de habilitación, *Problemas capitales*, título abreviado. El completo es *Problemas capitales de la teoría del derecho estatal desarrollados a partir de la doctrina de la proposición jurídica —Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickeln aus der Lehre vom Rechtsatz—* que resulta más expresivo, pues refleja tanto el objeto material de estudio —el derecho como norma—, como el punto de vista, enfoque u objeto formal —el normativismo—, entre los cuales se da una necesaria adecuación. La redacción de este trabajo fue muy laboriosa. Estudió a la vez en Heidelberg con Jellinek, considerado el número uno del momento en el derecho público en lengua alemana —Con su *Teoría general del Estado*—,<sup>407</sup> quien se lo dirigió durante tres semestres, y con el que tuvo encontronazos, que quedan reflejados en la publicación, que pone el énfasis en las desavenencias más que en las concordancias entre ellos. Ambos se acercan en el modo de concebir el conocimiento del derecho, desde la perspectiva jurídica, en la línea también de Laband o Gerber, pero discrepan en que Kelsen se opone a la concepción del Estado en dos dimensiones: como persona jurídica —elemento jurídico— y como fenómeno de poder —elemento sociológico— y defiende una teoría general del Estado monista —en base sólo al elemento jurídico—, en la que se equiparan Estado y derecho. Posteriormente admitiría una sociología jurídica, pero sociología al fin y al cabo —sólo en el método—. El eco de esta obra fue escaso si tenemos en cuenta su importancia, quizás porque acentuó las diferencias entre él y Jellinek.<sup>408</sup>

Antes de la Primera Gran Guerra destacan una serie de estudios que desarrollan su pensamiento anterior: “Hacia una doctrina del negocio ju-

<sup>407</sup> Jellinek, *Teoría general del Estado*, trad. castellano de Fernando de los Ríos, Madrid, Suárez, 1924.

<sup>408</sup> Centrándonos en las críticas positivas, destacan las de su amigo Oscar Ewald, que en 1912 hace una reseña en la *Revista de Estudios Kantianos*, titulada, “La filosofía alemana en 1911”, que señala un cierto paralelismo entre los “Problemas Capitales” —y su tema de la voluntad del Estado— y Hermann Cohen, visible en el término “teoría pura del Estado”, que utilizará. También hay que señalar la crítica de F. Weyr, catedrático checo —de Bruenn—, que en “Una nueva teoría del derecho constitucional” llama la atención sobre la sincronía que aprecia entre su pensamiento y el de Kelsen, formándose un círculo de estudiosos de Kelsen a través de Weyr.

rídico público”,<sup>409</sup> “Hacia una doctrina de la ley en sentido formal y material” y “Sobre el ilícito estatal”.

### B. *Paréntesis del periodo de 1914 a 1918*

Durante este período se redujo considerablemente la producción bibliográfica de Kelsen como ocurriría en general con los demás teóricos del derecho.

Por lo que respecta a su ocupación profesional, se propone a Kelsen como titular de una cátedra de derecho militar en Viena, ya que era oficial de la Reserva. Al estallar el gran conflicto bélico desarrolla primero funciones administrativas como auditor o procurador militar, asesor personal, etcétera. Consciente de la necesidad de una reforma constitucional del Imperio Austro-Húngaro, realiza un trabajo, de gran calidad, en el que proponía una reforma militar, abordando el problema de la división del ejército en dos bloques, proponiendo su unidad, idea ya compartida por el Estado mayor.

Aparte de su ocupación profesional, en el domicilio privado de Kelsen hay seminarios sobre cuestiones de derecho público, primero de carácter abierto y después más institucional, con ponencias periódicas. Inicialmente acudieron alumnos de Kelsen de los años 1911 a 1914, como Leonidas Pitamic —yugoslavo centrado sobre todo en temas de derecho penal y derecho procesal—, Adolf Merkl —catedrático de derecho administrativo en Viena y cofundador con Kelsen de su teoría de la pirámide normativa—,<sup>410</sup> Alfred Verdross —de gran relevancia en el derecho internacional, magistrado del Tribunal de Justicia de La Haya—. Todos ellos tenían intereses y actitudes filosóficas y políticas diferentes —así, por ejemplo, Verdross era iusnaturalista—,<sup>411</sup> pero constituyen las primeras manifestaciones de la Escuela de Viena.

Un tercer aspecto importante de esta etapa es la polémica mantenida en diversas revistas entre Kelsen y Ehrlich, entre 1914 y 1915, en la for-

<sup>409</sup> Kelsen, Hans, “Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft”, *Archiv öff. Recht*, 31, 1913.

<sup>410</sup> Merkl, A., “Hans Kelsens System einer reinen Rechtslehre”, *Archiv öffentliches Rechts*, Neue Folge, 2, 1921.

<sup>411</sup> Véase de Verdross, “Die Rechtstheorie Hans Kelsens”, *Juristische Blätter*, octubre de 1930.

ma de concebir la ciencia jurídica. En 1913 Ehrlich publicó sus *Fundamentos de sociología del derecho*, obra en la que concebía la sociología del derecho como la auténtica ciencia del derecho, frente a la dogmática jurídica. En 1915 hay una recensión amplia de Kelsen, con su réplica y contrarréplica correspondientes. Como balance de esta polémica se señala que el derecho puede ser contemplado al menos desde dos puntos de vista: como norma, en su dimensión normativa, con métodos deductivos; como fenómeno, en su dimensión fenomenológica, a través de métodos inductivos, similares a los de las ciencias naturales.

### C. Etapa de gran proyección pública —1919-1930—

Como catedrático ordinario de derecho internacional en Viena, Kelsen comienza su apertura hacia temas hasta entonces secundarios en su obra, como la teoría política o la historia de las ideas. Kelsen realizaba tertulias con pensadores de muy distintos espectros, manteniéndose al margen de una toma de posición clara. Esto y el ser considerado el mejor experto en técnica jurídica institucional —especialmente en materia de conflictos de competencias, representación proporcional, reforma electoral, constitucionalidad de la ley o la figura del canciller— hicieron que el canciller Karl Renner le designase para redactar la Constitución de Viena, una de las constituciones “de los profesores” (como la de Weimar —con Hugo Preuss y Max Weber—, o la de Checoslovaquia —por Franz Weiss entre otros—), de carácter republicano federal. La “Ley constitucional de la República Federal Austro-Alemana” era provisional, había estado poco meditada y tenía contradicciones jurídico-técnicas. De ahí que se decidiese nombrar una comisión para la redacción del texto definitivo, en la que figuraba Kelsen. El texto que debía salir de allí tenía que organizar Austria como una República federal —en la que existiese un equilibrio entre los poderes federales y los de los Länder— y parlamentaria —no presidencialista—. Además debía de parecerse lo más posible a la Constitución de Weimar, aunque en la práctica, en parte por circunstancias coyunturales, no fue mucho así.<sup>412</sup> Se buscaba esa similitud porque había

<sup>412</sup> Por ejemplo, en Alemania existía una República parlamentaria, pero también en parte presidencialista; el Tribunal de Justicia Constitucional tenía competencias, más limitadas, sólo en asuntos de uno de los “Länder”; los derechos fundamentales son incorporados al texto, a diferencia de la de Austria, y frente a la opinión de Kelsen.

un proyecto de unificación de Austria y Alemania. Dicha Constitución entró en vigor en octubre de 1920.

Kelsen fue también magistrado del Tribunal Constitucional, que él contribuyó a crear a través de la Constitución en cuya redacción participó, en un título de la misma, cuyo desarrollo a través de una ley federal, aprobada por el Parlamento en 1921,<sup>413</sup> se encargó también a Kelsen. Fue miembro del Tribunal Constitucional austriaco de 1921-1929, y en su condición de relator permanente del mismo ejerció a menudo una considerable influencia en la práctica jurisdiccional de éste. Aun cuando los fallos y resoluciones de este órgano no contengan —en contra de la práctica más común— el nombre del magistrado ponente, existe el testimonio de Kelsen y por fuentes periodísticas se conoce su participación determinante en las decisiones sobre conflictos de competencia, sea en las cuestiones de derecho de paso, como en las de dispensa del matrimonio católico.<sup>414</sup> Tales resolu-

<sup>413</sup> En ella se atribuían a dicho Tribunal muy amplias competencias en la defensa de la constitucionalidad de las leyes, y en la regulación de los conflictos de competencias de los “Länder” —entre sí o con el poder federal—, entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, etcétera. El Tribunal estaba formado, a influencia del modelo de los EEUU, por doce magistrados, que inicialmente eran vitalicios, elegidos por las dos Cámaras, de entre los cuales algunos eran nombrados relatores —uno de los cuales fue Kelsen—.

<sup>414</sup> Para comprender el problema de las dispensas en materia matrimonial, hay que situarse en la Austria de aquel momento. En Austria estaba entonces en vigor el Código de 1811, uno de los primeros de Europa, en el que se establecía —artículo 111— un régimen matrimonial en el cual el matrimonio entre católicos era indisoluble salvo por la muerte de uno de los cónyuges, en un momento en que el imperio austro-húngaro era confesional —situación análoga a nuestro Código Civil en el sistema anterior a la reforma, consecuencia de lo dispuesto en la Constitución Española de 1978—. Pero, en otras disposiciones —artículos 83 a 88— se producía una contradicción, al darse la posibilidad discrecional al monarca de proporcionar dispensas, como prerrogativa del emperador, en la medida en que el imperio austro-húngaro se incardinaba en un sistema de monarquía absoluta. Cabían dos posibles interpretaciones: o el acto de dispensa disolvía el vínculo anterior, o bien no lo disolvía y entonces estaríamos ante situaciones de posible bigamia si se volvía a contraer matrimonio. En la época de los hasburgo se prefirió la primera solución. Cuando cayó esta dinastía y del Imperio se pasó a la República, la mayoría del Parlamento estaba constituido por partidos laicos, hecho que propiciaba la reforma y la adopción del régimen del Código alemán de 1900 —es decir, un matrimonio civil y la disolución en cualquier caso—. Los tres partidos austríacos, sin embargo, se comprometieron a posponerlo —por estimar que eran más urgentes otros problemas, como la consolidación del nuevo régimen, y porque podría quebrarse el sistema de partidos de coalición, al ser uno de ellos el Partido Social Cristiano—, pero a condición de que las autoridades administrativas hicieran un uso más amplio de su facultad de dispensa del que se había hecho con anterioridad, y así fue de 1919 a 1929, posibilitándose incluso que en situacio-

ciones condujeron a la “reforma” del Tribunal Constitucional en 1929, en la cual los jueces electos con carácter vitalicio fueron destituidos al perder tal condición. En 1929 se recortan las facultades del Tribunal Constitucional. Las Cámaras ya no eligen a sus miembros, sino el presidente, y los miembros ya no son vitalicios. Los argumentos dados a favor de la reforma fueron la necesidad de despolitizarlo. Kelsen, profundamente insatisfecho, toma en cuenta la oferta de la Facultad de Derecho de Colonia para ocupar una cátedra de derecho internacional.

Aparte de dicha actividad, en esta etapa la “Escuela de Viena”, cuyas bases —primera generación— fueron puestas, como vimos, en el periodo de 1914 a 1918, experimenta un gran desarrollo, con nuevos discípulos, que formarán la segunda generación, entre los que destacan Kunz —en el derecho internacional público—, Kaufmann, Schreier o Guggenheim. Las características de esta escuela no fueron las de las escuelas científicas, es decir, una ortodoxia dogmática y cerrada, sino que, en contraste, por ejemplo, con el psicoanálisis de Freud, no lanzó nunca anatemas contra los que se apartaban de ella, propiciando un ambiente abierto, de discusión libre, en el que se reunían autores de pensamientos muy dispares. Existe incluso una tercera generación de esta escuela, formada por los asistentes de Kelsen en Viena —así Vögelin o Eisenmann—. Además se produce una estrecha colaboración con la Escuela de Bruenn. Por otra parte, la Escuela de Viena experimenta una expansión internacional, con posgraduados que acudieron a que Kelsen les dirigiera sus tesis. Entre ellos cabe destacar a Alf Ross, Renato Treves —traductor de Kelsen—, Luis Recaséns Siches, Luis Legaz y Lacambra —que tiene el primer estudio monográfico sobre Kelsen en España en su tesis doctoral—. La expansión internacional se reduce cuando Kelsen abandona Viena.

nes de denegación de la dispensa por éstas se pudiese recurrir en alzada al canciller, que en caso de ser social—cristiano era sustituido por el vicecanciller.

Este sistema entró en crisis en 1929, cuando las bases del acuerdo de partidos se quebraron y hubo personas que acudieron a los tribunales alegando el artículo 111. El problema, en un principio limitado, se convirtió en nacional cuando algunos tribunales hicieron uso de la segunda interpretación constitucional vista, declarándose unos 60.000 matrimonios nulos, si bien sin llegar al extremo de que los hijos habidos dentro de ellos fuesen considerados ilegítimos o que se persiguiese a los cónyuges por bigamia.

Los tribunales ordinarios carecían de competencia para juzgar sobre la ilegalidad de un acto administrativo, incluso en vía incidental. El Tribunal Constitucional decidió resolver este conflicto de competencias entre los tribunales y la administración, aunque no entró en la cuestión de fondo de si procedía la dispensa o no.

La aportación bibliográfica de Kelsen en esta época se concreta en tres estudios: *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional* —*Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*— (1920), *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico* (1928) y su *Teoría general del Estado* —*Allgemeine Staatslehre*— (1925), su primera exposición sistemática y académica.

Kelsen comenzó la preparación de *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional* en la época de la Gran Guerra. Es la primera obra en la que encara el problema del derecho internacional público, que generalmente resulta muy difícil de integrar en una concepción global, razón por la que muchos niegan su carácter jurídico, por ejemplo por su falta de coactividad, considerándose una especie de Cabo de las Tormentas o prueba de fuego de las concepciones generales del derecho. Las razones que mueven a Kelsen a abordar el tema son básicamente dos: por un lado, la búsqueda de coherencia sistemática, y, por otro, razones coyunturales más vinculadas a su época, como el estímulo de sus discípulos —Verdross, por ejemplo— y el coincidir con los más importantes trabajos sobre la soberanía —de Heller, Laski, Duguit o Hans Triepel—.

Las características esenciales de la aportación de esta obra para la interpretación posterior son las siguientes: 1. En el subtítulo apareció por primera vez en la obra de Kelsen la expresión “Teoría pura del derecho”. Habla de un intento de aproximación a ella. 2. Por vez primera también, habla de la doctrina del escalonamiento jerárquico, piramidal, del ordenamiento jurídico, noción a la que daría gran difusión su discípulo Adolf Merkl. 3. Se consagra la idea de la unidad e identificación absoluta entre el Estado y el Derecho. 4. Plantea la necesidad de la contemplación sistemática del derecho, en cuanto éste es un todo jerárquico en el que cada parte cobra sentido referida al todo. Algunos de estos puntos fueron desarrollados en trabajos posteriores, de entidad comparativamente menor, en los que se matizaron determinados aspectos como consecuencia de la polémica surgida a raíz de esta obra.

La importancia de su obra de 1928, *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico* radica, además de en la contraposición entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, en la que se decanta por el segundo, en la introducción de la distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos. Baste aquí señalar que un ordenamiento jurídico es sistemático cuando deriva su validez de una norma hipotética fundamental, que le

da unidad. Aquí Kelsen da un paso más, al comprobar que también los ordenamientos morales son sistemáticos. Sin embargo se trata de sistemas estáticos, porque las normas morales derivan su validez de la norma fundamental al igual que se va en el contenido de lo general a lo particular, a diferencia de los sistemas jurídicos, dinámicos, en los que la norma fundamental fija el procedimiento de elaboración de las normas y ya no el contenido.

En su *Teoría general del Estado*, que data de 1925, Kelsen realiza su primera exposición sistemática y académica. Según algunos autores, en ella se encuentra ya una elaboración de su Teoría pura del derecho. La finalidad inicial era la redacción de un curso sencillo y actualizado de Introducción al derecho público y a la Teoría del Estado, prescindiendo de la erudición, las referencias bibliográficas y los debates. Pero Kelsen renuncia a ello porque no podía dejar de exponer el pensamiento ajeno, aunque no por prurito de originalidad, sino para poner de relieve sus concordancias con el legado anterior, mostrándose, a diferencia de lo que hizo en sus *Problemas capitales*, deudor de sus predecesores: “Lo que me propongo es resumir y completar los trabajos de los formalistas anteriores en materia de derecho público —administrativo, constitucional, etcétera—”, dice. Chocó con algunos presupuestos anteriores, como las distinciones entre derecho público y privado, derecho objetivo y derecho subjetivo, creación y aplicación del derecho —a las que consideró como las dos caras de Jano, como dos momentos del derecho—. Además puso en relación la ciencia jurídica con las otras ciencias, porque para él aquella vivía incomunicada, lo que la había perjudicado impidiendo el conocimiento del derecho por los no juristas. Para Kelsen los problemas de la ciencia jurídica eran similares a los de las demás ciencias. Esta tarea se justifica especialmente entonces, en los años veinte, en los que se produce un movimiento de revisión crítica de las ciencias y cobra auge la idea de interdisciplinariedad.<sup>415</sup>

<sup>415</sup> No hay que confundir multidisciplinariedad con interdisciplinariedad. Esta distinción ha sido trazada con gran claridad por el profesor José Iturmendi Morales, en su más que presentación a la edición castellana del libro de Michel van de Kerchove y Ost, François, *El sistema jurídico entre orden y desorden*: “En atención al diferente grado de asociación que una y otra establecen entre las disciplinas relacionadas o al nivel de integración que cada una de ellas genera de las disciplinas participantes... Mientras el carácter multidisciplinar de una investigación únicamente exige recurrir, adicionándolas, a varias disciplinas en el tratamiento de un tema, bastando con una mera yuxtaposición de sus

Con el tiempo Kelsen realiza estudios filosóficos sobre temas políticos. Ya de 1912 data su Concepción del mundo y educación política, obra que ahora amplía y reedita. En ella intenta relacionar la distinta actitud que se adopte en política con la que se adopte en filosofía y en la teoría del conocimiento, siendo pionero de temas como la relación entre la concepción o postura demócrata y una teoría del conocimiento empírico relativista; y una concepción autoritaria y una teoría del conocimiento de tipo metafísico, dogmático y absoluto.<sup>416</sup> Trata también el tema de la crisis de la democracia y el socialismo en algunos escritos de esta época.

*D. Etapa como catedrático de derecho internacional  
en la Universidad de Colonia —1930-1933—*

Dada la importante contribución del alcalde de la ciudad de Colonia y la autonomía de las universidades prusianas, la Universidad de Colonia se convirtió en una importante institución dedicada a la docencia y la in-

respectivos resultados, sin que lleguen a establecerse vínculos entre las distintas investigaciones, cada una de las cuales se ocupa del mismo problema, pero en la línea de su formación y sensibilidad específica, garantizándose el carácter multidisciplinar por el simple hecho de concurrir en el estudio de un mismo objeto variadas aportaciones e ingredientes multidisciplinarios. Por el contrario, a fin de que una investigación pueda reclamar su reconocimiento como investigación interdisciplinar, se requiere una más desarrollada coordinación de esfuerzos que supone una cierta integración de los resultados alcanzados por varias disciplinas en una unidad peculiar, sirviéndose en todos los ámbitos de los instrumentos, técnicas, esquemas conceptuales y de análisis característicos de varios campos del saber, a fin de converger en el avance del conocimiento, aspirando en definitiva a una armónica integración de las conclusiones". Iturmendi Morales, José, "Presentación" a la edición castellana del libro de Michel van de Kerchove y Ost, François, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1997, traducido por Isabel Hojo Sierra, pp. 11-33, especialmente pp. 14 y 15.

<sup>416</sup> Sobre estos temas volvieron otros autores. Así, en 1941, según Russell, aunque dando una nueva interpretación e invirtiendo la relación, es la teoría del conocimiento la que influye en la ciencia política, tanto para quien adopte un relativismo epistemológico —según el cual, no hay verdades objetivas, y, si las hubiere, serían incognoscibles científicamente— como un pragmatismo cognoscitivo —que identifique lo bueno con lo útil— llegando a posiciones autoritarias. Y en 1960, Karl Popper, en su conferencia "Sobre las fuentes del conocimiento y la ignorancia", en la que expresa cómo, incluso un tema tan abstracto y puro como la epistemología no lo es tanto, en la medida en que puede estar determinado por sueños utópicos y expectativas políticas. Así, ciertas corrientes epistemológicas como el empirismo irían ligadas al liberalismo.

vestigación. En el ámbito del derecho destacan las figuras de Planitz —en el derecho germánico—, Niepperdey —en el derecho del trabajo—, Lehmann —en el derecho civil— o Carl Schmitt —en el derecho constitucional, en el que mantiene una teoría discrepante con la de Kelsen, también catedrático de la Universidad de Colonia, en el área de derecho internacional—. Hasta entonces Kelsen había realizado estudios de derecho internacional público —por ejemplo, sobre el tema de la soberanía—, pero se trataba de trabajos teóricos, sobre los fundamentos teóricos, y no de derecho positivo, como ahora.

En esta etapa comienza además un cierto homenaje oficial de valoración de la obra y el pensamiento de Kelsen, con estudios sobre su pensamiento y doctorados “honoris causa”. Además es decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia hasta abril de 1933, en que es víctima de la legislación de depuración racial, consecuencia de la subida de Hitler al poder, siendo también obligado a abandonar Alemania.

Comienza la redacción de su obra cumbre, la *Teoría pura del derecho*, la cual experimentó distintas fases: en 1933 se publicaron borradores en nueve lenguas. De 1934 data la primera edición, en Viena, en alemán, que recoge modificaciones y añadidos a lo anterior. Fue traducida al castellano en 1941, en Buenos Aires —país en el que tenía mucho arraigo el pensamiento de Kelsen—, por la editorial Losada, por Jorge Tejerina, muy defectuosamente, a través de la óptica egológica. Esta edición tuvo escasa difusión, y fue la que estuvo vigente fundamentalmente en la época de Perón. En 1960 se publica la segunda edición en lengua alemana de la *Teoría pura del derecho*, sin modificaciones sustanciales respecto a la anterior, de la que siguieron versiones al francés —debida a Charles Eisenmann—, al inglés —de Max Knight—, al italiano —realizada por Mario G. Losano— y al castellano —por Roberto J. Vernengo, en 1979, traducción de gran calidad—.

#### E. Periodo de 1933 a 1940

En este periodo Kelsen se encuentra vinculado a dos centros docentes: “Datos, Estudios Internacionales de Ginebra”, dependiente de la Sociedad de Naciones y hoy de la ONU, y la Universidad de Praga.

A Kelsen se le había cerrado el ámbito de habla alemana —Austria, Suiza, etcétera—, pero recibió tres ofertas: una, de la Universidad y

Escuela de Economistas de Londres, donde el personaje más importante era Harold Laski, catedrático de ciencia política, que sostuvo una polémica con Kelsen sobre la idea de soberanía. En dicho lugar estaba también Lauterpacht, antiguo discípulo de Kelsen, del que se distanciaría, convirtiéndose en uno de los principales tratadistas sobre derechos humanos. Allí Kelsen desarrolló un ciclo de conferencias de verano sobre derecho internacional. Dos, de la nueva Facultad de Investigaciones Sociales/ológicas de EEUU, fundada por A. Johnson, ayudado por la Fundación Rockefeller, que acogió a los emigrados de Alemania y otros países. Kelsen no acepta porque su conocimiento del inglés era meramente pasivo. Tres, del “Datos. Estudios Internacionales de Ginebra”. Kelsen aceptó y allí desarrolló un Curso de derecho internacional público. Pero el aspecto más importante fue el volver a realizar el seminario privado que llevaba a cabo en Viena, formando un círculo de posgraduados que, aunque temporalmente en estancias muy breves, espacialmente acogía a pensadores de muy variadas procedencias, algunos de los cuales a la larga se distanciarían de Kelsen: así Morgenthau —después profesor de la Universidad de Chicago—, Herz —que emigraría a los Estados Unidos— o Flechtheim —de la Universidad de Berlín—.

De 1936 a 1938, Kelsen está vinculado a la Universidad de Praga, aunque sin perder su relación con Ginebra, durante dos semestres, en los que apenas pudo impartir clases, dado el boicot a que le tenían sometido los estudiantes, pero que le resultaron muy útiles en el plano de la investigación. En 1938 no volvió a incorporarse a la Universidad de Praga porque los Sudetes, Bohemia, Moravia y Eslovaquia —es decir, toda Checoslovaquia— se habían incorporado a Alemania.

#### *F. Emigración a los EEUU*

Kelsen acepta la oferta recibida de la Universidad de Harvard, la más importante del momento en aquel país, cuyo decano era Roscoe Pound, y de la que Kelsen era doctor “honoris causa”. Durante dos cursos simultánea su actividad como conferenciante en la Fundación Holmes con la de adjunto de investigación de la Universidad de Harvard. Destaca la fecundidad de su producción de esta etapa, que además es en inglés. Lo primero que le preocupó fue dirigirse a un auditorio con una cultura y una teoría del derecho distintas, por lo que intentó mostrar, en la medida de lo posible, una conciliación entre su “Teoría pura del derecho” y la “Teoría

analítica”, de carácter casuístico, en la que la ley tenía una función secundaria respecto al precedente y la jurisprudencia, intentando incluso adaptar su léxico.

De este periodo son su obra *La teoría pura del derecho y la Jurisprudencia analítica* (1941) y tratados sistemáticos y elementales de exposición de su pensamiento en este nuevo medio —así *El derecho como técnica social específica*<sup>417</sup> y *Los juicios de valor en la ciencia jurídica*—.<sup>418</sup> Publica también antiguos trabajos de Praga y de Ginebra, sobre causalidad, retribución, imputación, etcétera; y estudios de derecho positivo sobre la posguerra y sus problemas.

De 1942 a 1953, año de su jubilación, se encuentra vinculado al Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Berkeley —California—, simultáneamente a su condición de asesor del gobierno federal en la Oficina para los Territorios Liberados (1944) y a la asistencia técnica en la Comisión de Crímenes de Guerra, con influencia en los Procesos de Nuremberg.

Kelsen continúa la labor de exposición de su pensamiento en sus obras: *Sociedad y naturaleza*,<sup>419</sup> *la teoría general del derecho y del Estado*<sup>420</sup> y una serie de estudios sobre los Estados Unidos.<sup>421</sup>

<sup>417</sup> Intento de conectar el derecho con el modo de concebirlo en los países anglosajones, es decir, como elemento homogeneizador, al igual que la religión, la costumbre y los usos sociales. En esta obra, a Kelsen le importa más la función del derecho en aquella sociedad compleja que el entrar en detalle en su contenido. Lo esencial del derecho es su carácter coactivo.

<sup>418</sup> En esta obra se trata el problema de si el científico debía ser axiológicamente neutro o si esto es imposible, por ser toda obra subjetiva, en cuanto proviene de un sujeto con un específico sistema de valores. La postura de Kelsen coincide con la de Max Weber: la neutralidad. Habría que imitar el método de los científicos respecto a las ciencias naturales en las ciencias sociales.

<sup>419</sup> Investigación sociológica, redactada en Praga y que iba a ser editada en Amsterdam, pero que se publicará ahora por la Universidad de Chicago. Es importante señalar que, pese a que algunos autores afirman que marca un giro en su pensamiento, esto no es posible, por haber sido redactada con anterioridad a su entrada en contacto con la cultura americana.

<sup>420</sup> Obra importante, publicada en la Universidad de Harvard.

<sup>421</sup> Destacan, “El derecho de las Naciones Unidas” (1950), de tanta difusión que en los debates de la ONU —de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad— fueron usadas tesis contenidas en la misma, incluso por personas de distintas y contradictorias concepciones. Y “principios de Derecho internacional público”, con finalidad docente, traducidos al castellano y usados como libro de texto en España y en Hispano-América.

De 1953 a 1954 Kelsen dio un curso en el “Naval War College” de Newport sobre “la seguridad colectiva en el derecho internacional público”.

Tras su jubilación impartió asimismo una serie de conferencias y realizó algunas publicaciones: de 1960 es la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*. En 1963, antes de morir, se hallaba redactando la *Teoría general de las normas*, publicada en 1979 por sus discípulos, póstumamente. En castellano hay una edición en México, por la editorial Trillas, en 1994.

Como vimos al principio de este capítulo, la doctrina se encuentra dividida a la hora de señalar cuál ha sido la influencia en Kelsen de la jurisprudencia analítica y el sistema jurídico anglosajón. No obstante, se suele estar de acuerdo en un punto, en la idea de que cuando Kelsen conoció la jurisprudencia analítica —basada en la experiencia y en la extracción de conceptos por elevación— tuvo la oportunidad de superar su rígido formalismo neokantiano. Su estancia en Estados Unidos le hizo reelaborar su doctrina, para adaptarla al lector americano, hecho patente en su *Teoría general del derecho y del Estado*. Las facultades de derecho norteamericanas realizaron en los años veinte y en 1939 traducciones al inglés de las teorías del derecho centroeuropeas y, cómo no, de la de Kelsen, comunicándole su deseo de que debía elegir su obra más representativa. Pero Kelsen contestó que era mejor realizar una nueva obra que fuese un resumen unitario de su *Teoría general del Estado* y su *Teoría general del derecho y del Estado*, labor que realizó de 1940 a 1944.

Los rasgos esenciales son los mismos, pero hay algunas modificaciones. En el estilo, se aprecia una reducción de las referencias teóricas y doctrinales. Kant, por ejemplo, es citado sólo una vez. Se observa un debilitamiento del nexo existente entre la Teoría pura del derecho y el pensamiento neokantiano.<sup>422</sup> La idea del principio de causalidad —“si es A es B”— propio de las leyes científicas, se sustituye por el de im-

<sup>422</sup> Pese a que Kelsen lo niegue —“Mi propósito es el de un neokantiano. Me propongo determinar no tanto qué es el derecho como en qué medida es posible un conocimiento científico del mismo”—, en la Introducción manifiesta que va a usar un método experimental —deductivo y comparativo—: “Toda afirmación sustentada por la ciencia jurídica debe estar fundada en un ordenamiento jurídico positivo o en la comparación entre varios ordenamientos”.

putación —“si es A debe ser B”—, típico del derecho. La necesidad del vínculo del ser —*Sein*— se sustituye por la probabilidad y arbitrariedad del vínculo de deber ser —*Sollen*—. Pero se da un menor relieve al principio de imputación y se admite que la causalidad y la normatividad tienen una cierta relación de carácter histórico —frente a Ross que las concibe como conceptos heterogéneos—. Se afirma que el principio de causalidad no es una forma de pensamiento innata, que ha habido periodos en los que no se ha seguido este principio, y que sólo aparece en un determinado nivel de civilización. Primitivamente regía más bien el principio retributivo, de imputación. Además abandona el concepto del carácter hipotético de la norma jurídica —según el cual a un hecho ilícito va unida una sanción coactiva—, como se ve claramente en el derecho penal, pero que es difícilmente extensible al resto del derecho y que Kelsen hizo valer en un principio para el derecho civil. Con el tiempo tomó conciencia de que no siempre las normas tenían dicho carácter coactivo. Las había categóricas o imperativas, pero también permisivas, derogatorias, etcétera. Introduce la distinción entre norma jurídica y regla de derecho. Las primeras son prescripciones de conducta, dadas por la autoridad y que deben ser obedecidas por sus destinatarios. De ellas no cabe conocimiento científico, sino sólo acerca de su eficacia o ineficacia. Las segundas son proposiciones a través de las que se describen las normas jurídicas. Son las únicas con carácter hipotético, y las únicas que pueden ser objeto de conocimiento científico, acerca de su verdad o falsedad. Por último, en torno a la relación entre validez y eficacia, frente a la postura propia de sus obras de juventud —teoría idealista— que niega toda relación (la ineficacia de una norma no supone su pérdida de validez), y frente a la postura contraria, que identifica ambos conceptos, Kelsen modifica este modo de venir entendiendo el tema y afirma que para que una norma sea válida, además de reunir los requisitos formales, ha de pertenecer a un ordenamiento que en su conjunto sea eficaz. La eficacia es condición *sine qua non*, más que razón *per quam*, de validez. La norma aislada cuya ineficacia se reitera en el tiempo termina por perder su validez. La eficacia del derecho se mueve en una posición intermedia entre su total observancia y su total incumplimiento. Si hubiera una norma cumplida de un modo ineludible, indefectible, dejaría de ser regla de conducta y se convertiría en ley de la naturaleza. Pero, por el contrario, un precepto que llegara al límite inferior de incumpli-

miento dejaría de ser válido. La afirmación de que una norma es válida y eficaz son cosas distintas pero relacionadas. Al igual que se adquiere la validez por *consuetudo*, puede perderse por *desuetudo*. Una norma es válida si ha sido creada por el órgano competente y en la forma prevista, y no ha sido derogada, bien en la forma prevista por el ordenamiento jurídico, bien por desuso, bien porque el ordenamiento al que pertenecía ha pasado como un todo a ser ineficaz. Enlazamos así con la segunda parte de este capítulo y la aportación más importante de Kelsen a la teoría del derecho contemporánea: su teoría de la validez.

## II. PENSAMIENTO DE KELSEN

### 1. *Concepción del derecho en forma de Stufenbau*

Hans Kelsen en su obra,<sup>423</sup> como es bien sabido, parte de una concepción del ordenamiento jurídico gradual, escalonada o piramidal, en forma de lo que en alemán, así en Merkl,<sup>424</sup> se denomina *Stufenbau* y lo que los italianos llaman construcción *a gradini*. El ordenamiento jurídico se concibe no como un simple agregado de normas que regulan el comportamiento humano, sino como un conjunto sistemático de ellas. En la cúspi-

<sup>423</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. cast. de la 2a. ed. en lengua alemana de Vernengo, R. J., México, UNAM, 1980. *Teoría general del derecho y del Estado*, op. cit., pp. 129-135. "Quel est le fondement de la validité...", cit., nota 344, pp. 161-169. "On the Basic Norm", cit., nota 348, pp. 107-110. "On the Basis of Legal Validity", cit., nota 348, pp. 178-189. "The Purity of the Legal Order", cit., nota 423, pp. 64-85. Y en los estudios sobre su obra, como los de Joseph Raz, "The purity of the pure theory", en *Revue Internationale de philosophie*, 138, 1981, pp. 441-459. Giovannelli, A., "Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen", Milán, Giuffrè, 1979. Gentile, F., "Il problema del rapporto tra operatività e fondamento delle norme nel pensiero kelseniano", *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, Florencia, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983, pp. 93-108.

<sup>424</sup> Merkl, Adolf desarrolla su teoría gradual del derecho principalmente en las siguientes obras, "Das Recht im Lichte seiner Anwendung", Sonderabdruck ans der "Deutschen Richterzeitung", Hannover, 1917, 9, Jahrgang, Heft 78, pp. 3-42. "Die Lehre von der Rechtskraft", *Wiener Staatswissenschaftliche Studien*, 152, 1923. "Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts", en *Juristische Blätter*, 47, 1918, pp. 425-427, 444-447 y 463-465. "Hans Kelsen System einer reinen Rechtstheorie", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 41, 1921, pp. 171-201. "Die Rechtseinheit des österreichischen Staates", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 37, 1918, pp. 56-121.

de se encontraría la Constitución,<sup>425</sup> a modo de “súper ley”<sup>426</sup> y a medida que vamos descendiendo, por ejemplo en el ordenamiento jurídico español, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, los decretos-ley y decretos legislativos, los reglamentos y así hasta llegar a la base de la pirámide normativa<sup>427</sup> en la cual se encontrarían las normas “individuales” y las “concretas”.<sup>428</sup> Es precisamente mérito de Kelsen la aceptación de los mandatos o normas individuales, frente a la opinión tradicional de autores como Suárez que consideraban la generalidad como carácter de todo precepto jurídico.<sup>429</sup>

Más abajo incluso de las normas individuales y concretas se encontrarían aquellos comportamientos constitutivos de “actos de ejecución”, espontánea o coactiva, por ejemplo el cumplimiento de la pena. Y más arriba incluso de la primera Constitución histórica se situaría, ya fuera de esta pirámide normativa, como norma presupuesta e hipótesis instrumental lógico-trascendental<sup>430</sup> más que como norma puesta positivamente, la

<sup>425</sup> Sobre el tema, Owe, S., “Hvorfor er grunnloven gjeldende rett?” (¿Por qué es la Constitución una norma válida?), *Institutt for Offentlig Rett*, Oslo, Skriftserie, 283, 1983.

<sup>426</sup> Así la califica Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, Madrid, Editoral Nacional, 1979, p. 330. Hay 7a. ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1990.

<sup>427</sup> Sobre el tema de las distintas normas integrantes de la pirámide normativa, Santiago Nino, Carlos, “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*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 131-144, prólogo de Genaro Ruben Carrió.

<sup>428</sup> En torno a la distinción entre normas generales e individuales, por un lado, y normas abstractas y concretas, por otro, Lumia, Giuseppe, *Principios de teoría e ideología del derecho*, Madrid, Debate, 1985, trad. cast. de Ruiz Miguel, pp. 38 y ss.

<sup>429</sup> Albaladejo, Manuel, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, vol. I, 11a. ed., Barcelona, Bosch, 1989, p. 23.

<sup>430</sup> Walter, R., “Su alcuni problemi di teoria del diritto alla luce della «allgemeine theorie der normen» di Kelsen”, *Hans Kelsen nella cultura filosoficogiuridica del novecento*, Firenze, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983, p. 156; y en “Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischen Diskussion in Osterreich”, en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XVIII, 1968, p. 339, propone calificar la norma fundamental como “adopción”, en vez de como “ficción”, por ser aquél un término que reflejaría mejor la idea de que se trata de una proposición que se considera válida con fines exclusivamente teóricos. Zampetti, *Metafisica e scienza del diritto nel Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 14. Señala que la norma básica “tiene la función de hallar una solución al problema de la posibilidad del derecho positivo como objeto de conocimiento y como objeto de la ciencia jurídica”. En cuanto a la caracterización de una norma fundamental como suposición de la ciencia jurídica informa Kelsen que le fueron de gran utili-

llamada norma básica o fundamental, la *Grundnorm* kelseniana. Se trataría de una norma supuesta (no puesta), pensada (no querida), del contenido de un acto intelectual (no de un acto de voluntad).<sup>431</sup>

## 2. Teoría de la validez: la “Grundnorm”

Todas las normas de esta pirámide están unidas entre sí por el concepto de validez,<sup>432</sup> que cada una recibe de la superior. Se trata de una vali-

dad las contribuciones de L. Pitamic en su obra “Deonkōkonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft”, *Östereichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1918, pp. 339 y ss. Hans Kelsen, prólogo a la 2a. ed. de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1910, p. XV. La norma fundamental solucionaba el entonces problema de la identidad del Estado austriaco, unificando la ley imperial (*Reichgesetz*) y las de los diversos *Länder* (*Landesgesetz*), “Reichgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32, 1914, pp. 202-245 y 390-438. Véase también Kelsen, Hans, “El fundamento de la validez del derecho. Sobre la norma básica”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, diciembre 1974.

<sup>431</sup> Por su parte, Peczenik, Aleksander, “On the nature and function of the «Grundnorm»”, *Rechtstheorie*, Beiheft 2, 1981, p. 279. En relación con el tema, Paulson, Stanley L., “Material and formal authorisation in the ‘Teoría pura del derecho’ de Kelsen”, *Cambridge Law Journal*, 1980, pp. 172-193.

<sup>432</sup> Eisenmann, Charles, “Sur la theorie kelsenienne du domaine de validité des normes juridiques”, *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, The University of Tennessee Press, 1964, pp. 59-69. Eisenmann parte de la idea doctrinal de la existencia en Kelsen de cuatro dominios de validez (*Geltungsbereich*): el espacial, el temporal, el personal y el material. A su vez, cada uno de ellos podría desdoblarse, al menos, en dos, según nos refiramos al supuesto de hecho o a la consecuencia jurídica de la norma, y en más en las normas más complejas. Kelsen habla de validez para el espacio, el tiempo, las personas y la materia. La doctrina clásica considera que es más adecuado hablar de mera “aplicación” de las leyes y sólo “en” el espacio y en el tiempo. Eisenmann piensa, por el contrario, que “las normas no tienen más que un sólo y único dominio de validez, que es el ‘humano’... La apariencia, la ilusión de una pluralidad de tipos de dominios de validez reposa sobre una doble confusión, la confusión entre objeto a medir y procedimientos de medición, o mejor, entre objeto a delimitar y medios de delimitación; por otra parte, una cierta confusión entre dominio de validez y contenido de las normas... La tesis de la unidad del dominio de la validez es así totalmente defendible desde su punto de vista, tanto en el marco de la concepción ‘objetivista’, ‘actualista’, ‘fenomenista’ de Kelsen, como en el marco de la concepción humanista y personalista de la que Eisenmann es partidario”. En el mismo sentido Iturmendi Morales, José, notas al libro de Enrico Pattaro, *Filosofía del derecho. derecho...*, op. cit., nota 104, distingue entre “ámbito de vigencia” (como algo distinto de la validez) espacial, temporal y personal.

dez “formal”.<sup>433</sup> La validez será la pertenencia de una norma jurídica al ordenamiento jurídico porque se ajusta a los criterios formales de producción jurídica de ese ordenamiento. Se trata de que cada norma haya sido creada por el sujeto u órgano competente y en virtud del procedimiento establecido por la norma inmediatamente superior y así de escalón en escalón hasta llegar a la norma básica, no histórica, sino presu- puesta. A esta validez formal propia del positivismo corresponde, como hemos visto, una concepción del derecho<sup>434</sup> como sistema dinámico,<sup>435</sup> frente a la concepción iusnaturalista de la validez, no ya formal, sino ma- terial, conectada con el paso del contenido particular al general, propia

<sup>433</sup> Castignone, Silvana, “Il problema della validità nelle dottrine giusnaturalistiche e giuspositivistiche”, en Castignone, S., *et al.*, *Introduzione teoriche allo studio del diritto. Lezioni*, Genova, Ezig, 1979, p. 170: “El temor de la sanción no crea una ‘obligación’, crea sólo una coerción... si puede estar vinculado por una norma incluso si no se la conoce (pues la ignorancia del derecho no excusa de su cumplimiento) y una norma es considerada válida y, por tanto, existe incluso si no es observada y también en el caso de que el violador logre escapar de la sanción”. Iturmendi Morales, José, nota 104 al libro de Enrico Pattaro, *Filosofía del derecho. Derecho..., op. cit.*, nota 356, afirma: “Desde un punto de vista formal es posible distinguir entre la validez y la vigencia. Para que una norma pueda ser considerada como vigente es preciso que cumpla una serie de requisitos formales, como la «promulgación», la «publicación» y que transcurra un período de tiempo determinado... El concepto de validez queda reducido a la ‘legalidad’ de la edición de la norma. Una norma es válida si ha sido edictada legalmente”.

<sup>434</sup> Sobre el tema Pastore, A., “Critica del fondamento logico della dottrina pura del diritto di Kelsen”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 29, 1952, pp. 198-212.

<sup>435</sup> Esta concepción dinámica del derecho es acogida por vez primera dentro de la obra de Kelsen en un artículo de 1913, “Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 31, pp. 53-98, 190-249. Castignone, Silvana, *op. cit.*, nota 433, p. 172: “El primer ajustamiento consiste en introducir junto a la nomostática, que considera la norma en ‘estado de reposo’, la nomodinámica, que considera en vez de ello el proceso a través del cual el ordenamiento es creado y seguido”. Delgado Pinto, José, “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del ordenamiento jurídico como un sistema normativo dinámico”, en *Filosofía y derecho. Estudios en homenaje al profesor Corts Grau*, Universidad de Valencia, 1977, pp. 175-208. Sobre la dinamicidad del derecho en Kelsen destacan recientemente Gianformaggio, Letizia (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, Giappichelli, 1991, con artículos entre otros de Ferrari, G., “Spunti per un analisi praxeologica della dinamica kelseniana”, pp. 231-244. Gianformaggio, Letizia, “Cosa resta nella allgemeine theorie der normen dei sistemi normativi statici e dinamici”, pp. 449-470. Luzzati, C., “Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen”, pp. 165-202. Opalek, Kazimierz, “Riesame della distinzione tra sistemi normativi statici e dinamici”, pp. 19-39. Paulson, Stanley L., “Per una interpretazione soddisfacente di statico e dinamico nella teoria pura di Kelsen”, pp. 69-96. Wróblewski, Jerzy, “Validità e struttura del sistema giuridico. Meta-teoria e teoria pura del diritto”, pp. 303-318.

de sistemas normativos estáticos. No obstante, incluso en la validez formal kelseniana hay que respetar unos límites materiales mínimos dados por la norma jurídica superior. Se trata de cumplir el requisito de cohesión o coherencia propio de todo ordenamiento jurídico, evitando en lo posible las antinomias.

La validez de todas las normas jurídicas es derivativa.<sup>436</sup> La determinación de los elementos de la norma inferior por parte de la superior no ocurre exactamente de igual manera en los distintos niveles del ordenamiento jurídico. La Constitución, por ejemplo, determina, por lo general, solamente el órgano y el procedimiento para dictar las leyes; el contenido queda libre a la voluntad del legislador, salvo ciertas prohibiciones a los órganos. En cambio, el legislador no se limita a precisar el órgano y el procedimiento para dictar sentencias, sino que también impone a los órganos un contenido determinado. Esto quiere decir que la determinación de la norma inferior por la superior crece a medida que descendemos peldaños en el ordenamiento jurídico.<sup>437</sup> Matiza Esquivel Pérez que la determinación puede incluir el contenido de la norma inferior, pero nunca será tal que esta norma se deduzca lógicamente por completo del contenido de la norma superior —en cuyo caso no podría hablarse de dos normas—, existiendo siempre una determinación mínimamente discrecional por parte del órgano aplicador de la norma superior al crear la norma inferior.<sup>438</sup>

Así pues, la validez de cada norma jurídica se apoya en la validez de la norma jurídica superior. Pero, ¿en qué se apoya a su vez la validez de la norma fundamental? Y aquí está la incursión en el plano fáctico. Se apoya no en otra norma, sino en un hecho, aquél de que el ordenamiento jurídico que deriva su validez de cierta norma fundamental sea eficaz “en su conjunto”, es decir efectivamente observado y obedecido por la generalidad de los destinatarios tanto primarios (jueces y funcionarios) como secundarios (ciudadanos, la colectividad). Un ordenamiento jurí-

<sup>436</sup> La idea de derivación aquí indica una relación que es transitiva y asimétrica. Peczenik, Alexander, “On the nature and function of the «Grundnorm»”, *Rechtstheorie*, 2, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, p. 280.

<sup>437</sup> Martín Diego Farrell, “Hacia un criterio empírico de validez”, Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 48, nota 47 y p. 56.

<sup>438</sup> Esquivel Pérez, Javier, “Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho”, México, UNAM, 1980, p. 132.

dico, como género, es válido en la medida en que es eficaz, aunque cada una de sus normas, como especie, no haya de ser a su vez eficaz. La validez se reconduce a la eficacia no de cada norma jurídica concreta, como ocurre en el fundamento realista, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto.<sup>439</sup>

La eficacia del orden jurídico total es así condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integran.<sup>440</sup> Se trata<sup>441</sup> de una *conditio sine qua non*, no de una *conditio per quam*. Es decir, que la eficacia del ordenamiento jurídico total es una “condición”, pero no la “razón” de la validez de las normas que lo constituyen. La razón de validez no es que el sistema en su conjunto sea eficaz sino la recursividad o regreso de escalón en escalón, el hecho de que la norma sea constitucionalmente creada.

La relación entre la validez y la eficacia en Kelsen se podría equiparar a la relación paralela que existe entre el derecho y el poder, pues si bien el derecho (la validez) no puede existir sin el poder (la eficacia), derecho y poder no son lo mismo, aunque el poder, que es un hecho, se legaliza y confunde parcialmente con el derecho, que son normas. Y nunca se encontraron tan escindidos como en Kelsen el plano del “ser” y el del “deber ser”.<sup>442</sup> Aunque el acto de producción de una norma sea un hecho, és-

<sup>439</sup> Sobre el tema, Kelsen, Hans, “Una teoría ‘realista’ y la teoría pura del derecho (Observaciones a Ross, Alf, sobre el derecho y la justicia)”, trad. de E. A. Vázquez, en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, pp. 121-137. Losano, “Il rapporto tra validità ed efficacia nella dottrina pura del diritto”, en *Sociologia del diritto*, 2, 1981, pp. 5-23.

<sup>440</sup> Lumia, Giuseppe, *op. cit.*, nota 378, pp. 65-69. Dice José Iturmendi Morales que en Kelsen el concepto de eficacia tiene un doble sentido: “el directo, atribuido a los comportamientos conforme a derecho, y el análogo o traslaticio, refiriéndose a los sistemas normativos” (en Pattaro, Enrico, *Filosofía del derecho. Derecho...*, *op. cit.*, nota 356, nota del traductor, p. 216).

<sup>441</sup> Pattaro, Enrico, *Filosofía del derecho. Derecho...*, *op. cit.*, nota 356, p. 199. Pattaro, Enrico, *Introduzione al corso di Filosofia del diritto*, *op. cit.*, nota 340, pp. 171-180. Pattaro, Enrico, *Lineamenti per una teoria del diritto*, *op. cit.*, nota 340, pp. 47-75, especialmente pp. 51 y ss.

<sup>442</sup> Macía Manso, Ramón, *Reflexiones sobre la validez jurídica*, *op. cit.*, p. 25: “El postulado de la pureza del método le lleva a aislar el mundo de las normas, el mundo del deber ser, del mundo metajurídico, tanto del nivel que podemos denominar infrajurídico —el mundo real, el mundo natural o mundo del ser—, como del suprajurídico, que en realidad —según Kelsen— es un mundo que no existe, que se reduce a puras teorías de la filosofía y de la metafísica. Es un mundo fantasmagórico”.

ta adquiere, como ya vimos, una existencia autónoma o *sui generis*, en el plano del derecho como “deber ser”. Esta relación entre derecho y poderes de tipo dialéctico y tiene la forma de un proceso sucesivo de ambos conceptos, que se reemplazan en un Estado de derecho de modo normal y pacífico a través de las que Hart denominó “reglas de cambio”, pero que incidentalmente pueden sucederse como una ruptura en forma de proceso revolucionario.<sup>443</sup> Así, la relación entre la validez (“deber ser”) y la eficacia (“ser”) de un ordenamiento jurídico de modo análogo se expresa como una concordancia en virtud de un límite superior y un límite inferior, entre un *maximum* y un *minimum*.<sup>444</sup> Representa el primero la situación de absoluta y total concordancia de la conducta de los individuos con el ordenamiento jurídico. Entonces la norma básica adquiriría una estructura en la forma “debes hacer lo que realmente haces”. El límite inferior se daría por su parte cuando hay una absoluta y total inobservancia del sistema. Entonces su ineficacia conlleva la invalidez de la norma básica y con ella del sistema. Esta es a grandes rasgos la teoría de la validez de Kelsen.<sup>445</sup>

La norma básica en Kelsen, cuya consagración máxima se encuentra en su libro *La teoría pura del derecho*,<sup>446</sup> precedente de la regla de reco-

<sup>443</sup> Sobre el tema Sabo, S., “The Validity of a Constitution Stablished Through a Revolution, the Case of Japan”, en Attwooll, E. (ed), *Shapping Revolution*, Aberdeen, AUP, 1991, pp. 85-93. Tuori, K., “Validity, Legitimacy and Revolution”, en Attwooll, E. (ed), *Shapping...*, *op. cit.*, en esta nota, pp. 32-46. Fernández Escalante, Manuel, “Justicia, derecho, derecho natural, opción revolucionaria”, *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, VII, 1978, pp. 185-225.

<sup>444</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

<sup>445</sup> El esquema mental de la pirámide normativa kelseniana y la validez formal de unas normas derivada de otras constituye, en metáfora del profesor Pattaro, una especie de “nobleza”, un criterio que podríamos llamar genealógico. No se trata de una cualidad empírica, como la eficacia, “no es cuestión de latidos del corazón, se trata más bien de cuarteles de nobleza”. Pattaro, Enrico, *Filosofía del derecho. Derecho...*, *op. cit.*, p. 203: “Es sobradamente conocido que la sangre azul no es en realidad azul desde el punto de vista empírico y natural. La sangre no es azul en el terreno de los hechos, y la expresión es siempre una expresión en sentido figurado. Una persona es noble si, cuando y porque, es noble su padre, el cual a su vez lo será por serlo el abuelo, y así podríamos seguir remontándonos a lo largo del árbol genealógico hasta que topáramos como fuente primaria del título nobiliario o con una divinidad, fundadora de la nobleza de la estirpe, o con un manifiesto acto de bandolerismo (dependiendo la elección en cierto modo de quien sea el historiador de la familia y cual sea su situación de simpatía o no hacia ésta)”.

<sup>446</sup> Para comenzar, vamos a recapitular brevemente sobre el origen, precedentes y evolución del concepto de norma fundamental. Concebida ésta como *Grundnorm*, ya en Ale-

nocimiento de Hart, que alcanza su consagración definitiva en la obra clave de este autor *El concepto de derecho*,<sup>447</sup> ha venido siendo llamada de muy diversas formas.

Las denominaciones de la norma fundamental de Kelsen han sido, en efecto, muchas.<sup>448</sup> Así es terminología utilizada por el autor la de norma básica (*Grundnorm*), norma origen (*Ursprungsnorm*) o Constitución en sentido lógico-legal (*Verfassung im rechtlogischen Sinne*). Estas expresiones no son siempre adecuadas. Por ejemplo, el hablar de norma básica no parece indicado para designar lo que en la construcción de Kelsen se encuentra en el vértice de la pirámide. Por su parte, calificarla de norma origen no concuerda con el hecho de que la norma fundamental sea hipotética o presupuesta y se encuentre, por tanto, fuera del ordenamiento jurídico. Por otro lado, cuando Kelsen habla de Constitución olvida que di-

manía los iuspublicistas del S. XIX resolvían la cuestión de la identidad del Estado aludiendo a una Constitución no positiva, sino lógico-jurídica. W. Jellinek habló de una “proposición suprema de todo orden jurídico”. El problema de la norma básica, según Stone o Kunz, surgió en 1902, en la primera edición de la obra de Sir John Salmond, *Jurisprudence*. Por su parte, Kelsen considera ya intuida la noción en su obra de 1913 “Zur Lehre vom öffentliches Rechtsgeschäft”, en la distinción entre el ser y el devenir de la norma legal. Sin embargo, para Ramos Pascua hay que esperar a 1914, al artículo de Kelsen titulado “Reichsgesetz un Landsgesetz nach österreichischer Verfassung”. El progresivo desarrollo del concepto se da de 1914 a 1934, fecha ésta de publicación de la primera edición de la *Teoría pura del derecho*. La etapa de madurez de la idea se produce de 1934 a 1960, año en que se publica la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*. A partir de 1960 la noción sufre algunas modificaciones profundas. Son también importantes las contribuciones al respecto de A. Verdross, L. Pitamic y A. Merkl. J. A. Ramos Pascua, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configurar el derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 35 y ss. Stone, Julius, “Mystery and mystique in the basic norm”, *Modern Law Review*, 26, p. 34.

<sup>447</sup> En cuanto a la “regla de reconocimiento”, su origen se puede rastrear en la tesis de Salmond de la existencia de “principios últimos autoexistentes” dentro del derecho positivo, los cuales son reconocidos y aplicados por los tribunales. Asimismo, en la teoría de la “Constitución” de Hägerström, cuya obra *Inquiries into the nature of law and morals* fue recensionada por Hart en 1943, sólo un año antes de la aparición por primera vez del concepto en la introducción a dos obras de Austin, aún bajo la denominación de “regla constitucional fundamental”. La noción es desarrollada en escritos posteriores, surgiendo el término *rule of recognition* en 1959, en el artículo “Scandinavian realism”. El desarrollo definitivo del concepto se encuentra en la obra clave de Hart, *El concepto de derecho*: Ramos Pascua, J. A., *La regla de reconocimiento...*, op. cit., nota 446, pp. 135-144.

<sup>448</sup> Stone, Julius, op. cit., nota 446, pp. 34-36. Eckhoff, Torstein y Nils Kristian Sundby, “The notion of the basic norm(s) in jurisprudence”, *Scandinavian Studies in Law*, 19, 1975, p. 123.

cha palabra implica una pluralidad de normas y no una sola. Además, no es cierto que de la norma básica se deriven las demás a través de cauces lógicos, como parece desprenderse de la última denominación vista.<sup>449</sup> En terminología anglosajona funcionan, entre otras, las denominaciones *uppermost norm*, *most fundamental norm*, *top norm*, *apex norm*, *origin norm* o la más común, de *basic norm* para designar lo que en castellano se suele conocer como “norma básica o fundamental”.

La enunciación, no ya externa, sino interna, varía también en la *Grundnorm* de Kelsen y en la *rule of recognition* de Hart. La *Grundnorm* es expresa. Dice Hart que, del mismo modo que la regla de tanteo de un juego, la regla de reconocimiento en la mayor parte de los casos no es expresa: “En el curso del juego, la regla general que define las actividades que modifican el marcador (por ejemplo, lo que es un gol) rara vez es formulada; en lugar de ello es usada por las autoridades y por los jugadores al identificar las fases particulares que tienen relevancia para ganar”.<sup>450</sup> La *Grundnorm* tendría la forma: “debe aceptarse la primera Constitución histórica” y sus destinatarios serían sólo los científicos del derecho.

Vistos ya el tema del origen y enunciación de la norma básica, vamos a adentrarnos en el de su naturaleza. En este punto surge la cuestión de si la *Grundnorm* de Kelsen tiene o no naturaleza jurídica, es decir, si es o no una verdadera norma.<sup>451</sup> La *Grundnorm*, al limitarse a ordenar el seguimiento de la Constitución sin contemplar “sanción” alguna, carecería del elemento coactivo, esencial al derecho, siendo como mucho una norma incompleta y dependiente. Además, el no haber sido dictada por “órgano” competente alguno, como las demás normas, cuestiona asimismo su carácter de tal.

En la misma línea, se suele considerar la norma básica más que como una norma “de” derecho como una proposición “acerca del” derecho,<sup>452</sup> extra más que intrasistemática, lógico-trascendental más que legal, pensada más que querida, el contenido de un acto intelectual más que de un acto de voluntad, en manos del científico del derecho más que del jurista

<sup>449</sup> Stone, Julius, *op. cit.*, nota 446, p. 43.

<sup>450</sup> Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, 2a. ed., trad. cast. de Genaro Rubén Carrió, México, Editora Nacional, 1980, del original inglés, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 127.

<sup>451</sup> *Ibidem*, p. 138, “insistiendo en que en la base del sistema jurídico hay algo que es ‘no derecho’, que es ‘pre-jurídico’, ‘metajurídico’ o es simplemente un «hecho político»”.

<sup>452</sup> Hughes, Graham, “Validity and the Basic Norm”, *California Law Review*, 59, 3, 1971, pp. 703-705.

práctico, para comprender el derecho más que para identificarlo.<sup>453</sup> Sería más que una norma, un juicio normativo,<sup>454</sup> un mecanismo intelectual construido para facilitar la comprensión de lo jurídico.<sup>455</sup>

La pregunta ahora es cuál es la naturaleza de la norma básica para el propio Kelsen. La respuesta a esta cuestión ha evolucionado a lo largo de su obra. En un primer momento, en los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen manifiesta una inclinación empirista, al considerar su creación como un “hecho”, si bien trascendente al sistema jurídico. Más adelante, el autor califica la norma fundamental de “presuposición”. En la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* la considera como una presuposición posible, no obligatoria. También habla Kelsen de la norma básica como “hipótesis” o norma hipotética.<sup>456</sup> En realidad, el nombrarla indis-

<sup>453</sup> Por su parte, Nino considera que la norma básica de Kelsen existiría, pero no como tal norma, sino como un juicio normativo. “La norma básica no pertenece al campo de derivación de las normas, sino al campo de derivación de los juicios de validez” (Santiago Nino, Carlos, “Some Confusions Around Kelsen’s Concept of Validity”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LXIV, 3, 1978, p. 361). La noción de norma básica en Kelsen es utilizada por los teóricos del derecho más que por los juristas prácticos, siendo un enunciado de la ciencia del derecho más que una auténtica norma jurídica.

<sup>454</sup> En esta misma línea varios autores han distinguido en Kelsen entre el significado objetivo de las normas del tipo “los individuos deben comportarse en el modo A” y el significado objetivo de la proposición “los individuos se comportan en el modo A”. El significado objetivo de la primera radica en su carácter de norma obligatoria, el de la segunda en su correspondencia con ciertos hechos que son objeto de constatación. Para algunos como Graham Hughes, “Validity and the Basic Norm”, *op. cit.*, nota 452, p. 701: “La noción de efectividad (y, por tanto, esta relación con los hechos), no aparece simplemente como una condición de la validez del derecho, sino que la misma se convierte en parte del contenido prescriptivo de la norma básica que debe confirmarse con una Constitución efectiva”. Giorgianni, Virgilio, “Il fondamento della validità del diritto nella teoria generale del Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, fasc. I-III, 1962, p. 106. La norma fundamental sería así no una norma del primer tipo, sino una proposición normativa del segundo, en la medida en que su validez depende del hecho de la observancia efectiva del ordenamiento jurídico por sus destinatarios.

<sup>455</sup> Stone, Julius, *op. cit.*, nota 446, pp. 44-46.

<sup>456</sup> Por su parte, Catania, frente a los que consideran la *Grundnorm* con una importancia relativa, señala que la misma no es “una” posible hipótesis, sino “la” hipótesis del conocimiento jurídico, de valor, por tanto, absoluto. Por otro lado, afirma Stamatis, la hipótesis de la norma fundamental sería claramente *a posteriori*, pues presupone un orden jurídico “ya” establecido y eficaz. En este sentido, resultarían válidos los intentos de Robert Walter, defensor contemporáneo de la Teoría pura del derecho, de calificar la norma fundamental de suposición (*Annahme*) que reenvía a una aserción condicional *a priori*. Pero, permanecería la cuestión, formulada por Stamatis a modo de conclusión, de cuál es este *a priori*. “Se ha-

tintamente como ambas cosas no es correcto. Habría que distinguir entre hipótesis, que es una tentativa de tesis y, como tal, no una auténtica norma, e hipotético/a, como adjetivo, predicable también de las normas.<sup>457</sup>

Desde 1963, Kelsen tiende a considerar la norma básica ya no como hipótesis, sino como “ficción”. La distinción entre ficción e hipótesis es que aquélla va acompañada de la plena conciencia de que la misma no se armoniza con la realidad.<sup>458</sup>

Por otro lado, en lo que atañe al “contenido”, mientras el de la regla de reconocimiento kantiana es “material” y distinto para cada ordenamiento jurídico, el de la norma básica es de naturaleza “formal”, a modo de autorización o cheque en blanco, y, al menos en interpretación de Hart, no de Kelsen, unitario. Para Kelsen, la norma básica sería plural al menos en la medida en que fundamenta la validez de constituciones diferentes.<sup>459</sup> Sería como un cheque con distintas sumas de dinero según el destinatario.

También respecto al contenido, dice Raz que la norma básica es “otorgadora de derechos”, aunque Kelsen parezca formularla más bien como “impositiva de deberes”. En realidad, señala Raz, no se trata sino de dos caras de la misma moneda, pues “es siempre posible describir toda ley otorgadora de facultades legislativas diciendo que impone el deber de obedecer las leyes hechas por el órgano autorizado”.<sup>460</sup> Por lo que se re-

ce referencia al antiguo mito según el cual el mundo es sostenido por las robustas espaldas del Atlas. La pregunta, aún sin respuesta, es ¿dónde pone su pie el Atlas?”. En el fondo se trata en Kelsen de la existencia de una evidente influencia de la filosofía kantiana de las formas, categorías o ideas *a priori*, acopladas al campo de la ciencia jurídica. Stamatidis, Constantin M., “La systématique du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale”, *Archives de Philosophie du Droit*, 31, pp. 44-55. Wilson, Alida, “Joseph Raz on Kelsen’s basic norm”, *The American Journal of Jurisprudence*, 27, 1982, pp. 49 y 53.

<sup>457</sup> Stone, Julius, *op. cit.*, nota 446, p. 47.

<sup>458</sup> Esto se encuentra en relación con la idea de Vaihinger en su filosofía del “como si” (*Als Ob*) de la existencia, no sólo de “semificciones”, es decir ficciones no correspondientes con la realidad externa, sino también de “ficciones totales”, aquellas que en sí mismas, internamente, son autocontradictorias. Wilson, Alida, *op. cit.*, nota 456, pp. 49-50. Sobre el tema también, Stewart, J., “The Basic Norm as Fiction”, *Juridical Review*, 1980, pp. 199-224.

<sup>459</sup> Cracogna, Dante, “Regla de reconocimiento y norma básica en H. L. A. Hart y el concepto de derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaiso, 28, 1986, p. 376.

<sup>460</sup> Raz, Joseph, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, *American Journal of Jurisprudence*, 19, 1974, p. 97. Raz, Joseph, “The Identity of Legal Systems”, *California Law*

fiere a la regla de reconocimiento, dice Ramos Pascua que más que conferir poderes, impone el deber de ser seguida por los tribunales, aunque esto sea cuestionable ante la falta de previsión de una sanción para el caso de incumplimiento.<sup>461</sup>

Lo que sí resulta claro es que la norma fundamental tiene, como en Hart, una “función” validificadora del ordenamiento jurídico, al que confiere unidad, coherencia y plenitud. Lo que ocurre es que lo hace con una intensidad diferente en Kelsen y en Hart.

El conferir unidad al ordenamiento jurídico se manifiesta, especialmente en Kelsen, en la consideración del mismo como un todo, como un auténtico “sistema”,<sup>462</sup> al cual pertenecen<sup>463</sup> todas las normas del mismo<sup>464</sup> de una manera global y ordenada. En Kelsen se trata de un sistema “dinámico”. Sin embargo, afirma Nino que aunque estrechamente conexas, validez y pertenencia al sistema<sup>465</sup> no son en Kelsen cuestiones idénticas: “(a) Una norma es válida cuando deriva de otra norma válida; (b) Una norma pertenece a un ordenamiento jurídico cuando deriva de otra norma que pertenece al mismo”. Ambas nociones están basadas en la misma idea de derivación. Sin embargo, son mutuamente independientes. Así, un ordenamiento jurídico puede reconocer la validez de normas de otros sistemas legales, sin que ello implique que dichas normas sean par-

*Review*, 59, 1971, p. 807. Hay traducción castellana de Rolando Tamayo y Salmorán, en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, 29, enero-abril, 1954.

<sup>461</sup> Ramos Pascua, J. A., *op. cit.*, nota 446, pp. 168 y ss.

<sup>462</sup> Raz, Joseph, “Kelsen’s Theory...”, *op. cit.*, nota 460, p. 95.

<sup>463</sup> Se habla así de membresía (“membership”), “validita-correlazione-appartenenza” o “conformità”. Barberis, Mauro, “La norma senza...”, *op. cit.*, pp. 426-432. Habla de tres acepciones del concepto de “positividad”: 1) la correspondencia con hechos reales; 2) el ser estatuido; 3) el ser puesta por el sujeto y en la forma prevista por una norma superior. En este tercer sentido hay que entenderla en Kelsen.

<sup>464</sup> Ramos Pascua, J. A., *op. cit.*, nota 446, p. 67: “Especialmente interesante es la crítica desplegada por H. L. A. Hart en su artículo «Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law», según la cual el hecho de que una norma fundamente la validez de otra no es razón suficiente para que esta última entre a formar parte del mismo sistema jurídico al que aquella pertenece. J. Raz desarrolla la idea señalando que no todas las normas que pertenecen a la misma cadena de validez son parte de uno y el mismo sistema jurídico. Pone el hipotético ejemplo de un Estado “A” que posee una colonia “B” a la que concede mediante una norma la facultad de dictarse una Constitución independiente. Resultaría que la nueva Constitución, cabeza de un orden jurídico nuevo, derivaría su validez de una norma perteneciente a otro sistema jurídico”.

<sup>465</sup> Sobre el tema Caracciolo, R., “Justificación normativa y pertenencia”, *Análisis Filosófico*, 1, 1988, pp. 37-67.

te de dicho ordenamiento jurídico. Lo mismo puede aplicarse a las normas “anulables”, las cuales pertenecen al sistema, aunque no sean válidas, al menos después de que sean anuladas.<sup>466</sup>

El carácter sistemático del derecho es también claro cuando nos referimos a las “normas jurídicas no independientes”, que son aquellas que “no pueden ser entendidas por sí solas, sino en conjunción con otras normas jurídicas del respectivo ordenamiento jurídico”. Así, por ejemplo, las normas sancionadoras, que sólo tienen sentido en relación con las normas cuya conducta sancionan; las normas de competencia, sólo significativas respecto de las normas creadas por el órgano competente; las normas convencionales, que se remiten en caso de incumplimiento a la legislación general; las normas permisivas, que sólo tienen sentido en relación con las normas prohibitivas más generales, cuya validez ellas limitan; o las normas derogatorias, que clausuran la validez de otras normas.<sup>467</sup>

Por otro lado, el tema de la unidad del derecho está en íntima relación con la cuestión de si la norma fundamental es única o plural. Dicen al respecto Eckhoff y Sundby que ésta es una cuestión “empírica”, que sólo puede resolverse en virtud de una investigación de los hechos y caso por caso. Añade Raz que, como los ordenamientos jurídicos “existen en diferentes sociedades, viviendo bajo diferentes condiciones, hay, por ello que adoptar diferentes soluciones al problema de la identidad”.<sup>468</sup> Ni Kelsen ni Hart son claros en el punto de la unidad o diversidad de la norma fundamental. Pero podría afirmarse que en Kelsen ésta es más bien unitaria, pues si no, dado su carácter formal, sería una reduplicación inútil de la Constitución. Por el contrario, en Hart se tiende a la pluralidad de reglas de reconocimiento.<sup>469</sup>

<sup>466</sup> Santiago Nino, Carlos, *op. cit.*, nota 453, pp. 362-365.

<sup>467</sup> Squella Narducci, Agustín, *Derecho y moral. ¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?*, Valparaíso, Edeval, 1989, pp. 18-20.

<sup>468</sup> Raz, Joseph, “The Identity...”, *op. cit.*, nota 460, pp. 800, 809-10 y 812. Eckhoff, T. y Sundby, N., *op. cit.*, nota 448, pp. 130-137. Hart comenta, sin embargo, que la norma básica tiene siempre el mismo contenido, Stone, Julius, *op. cit.*, nota 446, p. 46.

<sup>469</sup> Dice Raz, comentando la obra de Hart, que habría tantas normas de reconocimiento como tipos de “funcionarios” que sean sus destinatarios (tribunales civiles, tribunales penales, tribunales contencioso-administrativos, etcétera). Además existirían reglas de reconocimiento distintas para el caso de normas “contradictorias”. En tercer lugar, añade este autor, habría que diferenciar entre las reglas de reconocimiento que señalan a los tribunales las normas a aplicar y las que, en caso de silencio, les confieren potestad discrecional. Pese a todo, Hart prefiere hablar de complejidad que de pluralidad de normas de

Todo esto sin tener en cuenta la posibilidad de existencia de normas fundamentales diferentes en el “tiempo”. El problema aquí sería ver qué cambios son compatibles con la existencia continuada de la misma regla y cuáles implican la aparición de una nueva regla que reemplaza a la anterior.

Otra cuestión conexas con el carácter unificador y sistematizador de la norma fundamental, especialmente como norma básica en el sentido kelseniano, es si la misma es una norma de “apertura” o de “clausura” del ordenamiento jurídico. Se trata de ver qué es primero lógicamente, dicha norma o el sistema jurídico. En el primer caso se trataría de una norma constitutiva de la existencia jurídica de las demás; en el segundo, el intérprete se encontraría ante una serie de normas jurídicas ya existentes y su labor consistiría sólo en sistematizarlas formando un todo unitario. Allí se trata de abrir el sistema, aquí de cerrarlo evitando el regreso al infinito. Allí de transformar un evento histórico fundamental en derecho, aquí de pasar de la norma hipotético-fundamental al derecho. Ambas posibilidades revisten problemas. En el primer caso, si la validez no es otra cosa que la existencia de las normas, si éstas existen ya, serían por ellas mismas válidas, con independencia de la norma fundamental, que quedaría así vacía de contenido validificador, sin función alguna como norma de apertura. En el segundo supuesto, cabe preguntarse cómo es posible que una norma hipotética transmita validez positiva a las demás normas del sistema.<sup>470</sup> ¿Cómo es posible que una norma pensada, que ni siquiera pertenece a la ciencia legal, transmita validez a normas puestas por la voluntad? Nos encontraríamos en este caso ante dos tipos de validez, una hipotética y la otra positiva.<sup>471</sup> Para salvar este obstáculo del carácter hipotético de la validez conferida por la norma básica así concebida, podría afirmarse que lo hipotético es la “operación” de validificación de las normas, y no las normas “objeto” de la misma.<sup>472</sup>

También respecto del carácter unitario del ordenamiento jurídico, queremos destacar que éste generalmente se concibe al nivel del ordenamiento jurídico nacional, pese a que hoy en día se tienda cada vez más a

reconocimiento, pues, aunque comprensiva de diversos criterios de validez, los unifica jerárquicamente. Ramos Pascua, J. A., *op. cit.*, nota 446, pp. 154-156.

<sup>470</sup> Stone, Julius, *op. cit.*, nota 446, p. 39.

<sup>471</sup> Catania, Alfonso, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, pp. 61 y ss.

<sup>472</sup> *Ibidem*, p. 75.

la fusión de los sistemas legales en un derecho internacional común, del que los derechos nacionales quedarían como “subsistemas”.<sup>473</sup>

Una segunda función de la norma básica es la de conferir “coherencia”<sup>474</sup> al sistema, evitando las antinomias.<sup>475</sup> Este objetivo se ve claramente favorecido por el carácter jerárquico que, sobre todo en Kelsen, se confiere al ordenamiento jurídico, en forma de *Stufenbau*.<sup>476</sup> Se trata del principio de “no contradicción”<sup>477</sup> del que el criterio jerárquico (*lex superior derogat inferiori*) es una manifestación.

Respecto a la “plenitud” del derecho, Hart, contrariamente al ideal de ausencia de lagunas de Kelsen, considera la existencia en el ordenamiento jurídico de una cierta “porosidad” o “textura abierta”.

Sin embargo, ambos autores coinciden a la hora de señalar que la validez o existencia, según el caso, de la norma más importante supone la eficacia del ordenamiento jurídico en su conjunto. En Kelsen, como ya vimos y como Ramos Pascua llega incluso a afirmar, con una metáfora muy plástica, “la efectividad sería a la validez lo que el viento a la veleta: cosas distintas, pero en relación tal que la dirección de aquél determina siempre la posición de ésta”.<sup>478</sup>

Por otro lado, Kelsen insiste en la ausencia en sus teorías de un fundamento axiológico o valorativo, hablándose de normatividad “objetiva”,

<sup>473</sup> Eckhoff, T. y Sundby, N., *op. cit.*, nota 448, p. 136. Wilson, Alida, *op. cit.*, nota 456, p. 46. Scarpelli, Uberto, voz “validità”, *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torín, II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1985, p. 930.

<sup>474</sup> Al respecto, señala agudamente Ramos Pascua, J. A., *op. cit.*, nota 446, p. 68: “Otro aspecto problemático y frecuente blanco de objeciones es la concepción kelseniana del sistema jurídico como coherente, es decir, como no contradictorio. Según el autor de la teoría pura del derecho, las contradicciones entre las normas son sólo aparentes y desaparecen haciendo uso de los correspondientes criterios interpretativos. La razón última de tal opinión radica en la aceptación del principio de que toda ciencia ha de ser capaz de describir su objeto como unidad exenta de contradicciones... Lo que sí parece cierto es que, presentando el orden jurídico como carente de antinomias, Kelsen se aparta, en cierto modo, del propósito básico del positivismo jurídico y describe no tanto el derecho como es, no la realidad desnuda del derecho, sino una reconstrucción idealizada del mismo”.

<sup>475</sup> Eckhoff, T. y Sundby, N., *op. cit.*, nota 448, pp. 124-127.

<sup>476</sup> Catania, Alfonso, *op. cit.*, nota 471, p. 83. Sobre el tema también, Vernengo, Roberto José, “La función sistemática de la norma fundamental”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, I- II, 1960, pp. 207-225.

<sup>477</sup> Wilson, Alida, *op. cit.*, nota 456, pp. 55-60.

<sup>478</sup> Ramos Pascua, J. A., *op. cit.*, nota 446, p. 62.

frente a la normatividad “justificada”,<sup>479</sup> pues se trata de una ciencia del derecho y no de una metafísica del mismo.<sup>480</sup> Es la teoría “pura” del derecho, sin contaminación valorativa.

A modo de conclusión de todo lo dicho respecto de la norma fundamental, nos gustaría presentar un ensayo personal de un concepto conciliador de las principales teorías de la misma, la kelseniana y la hartiana. Existirían varias posibilidades. Para la primera partiremos de las siguientes palabras de Alf Ross en su obra *Tû-tû*.<sup>481</sup>

el concepto de derecho subjetivo es un instrumento para la técnica de presentación que sirve exclusivamente a fines sistemáticos, y que en sí no significa ni más ni menos que ‘tû-tû’... Por otra parte, es imposible adscribir una referencia semántica independiente a la palabra ‘propiedad’ en los razonamientos que operan con ella. Cualquier intento de tomarla como la designación ya de un hecho jurídico (uso), ya de consecuencias jurídicas (‘*opinio iuris*’), ya de ambas cosas a la vez (norma jurídica) está destinado al fracaso.

Pues bien, añadimos nosotros, la misma naturaleza que “tû-tû”, “derecho subjetivo” o “propiedad” tendría la *Grundnorm* de Kelsen como enlace del silogismo  $Vc \rightarrow G.N., G.N. \rightarrow Rr.$  (Validez de una norma  $c \rightarrow Grundnorm, Grundnorm \rightarrow$  Regla de reconocimiento). La regla de reconocimiento sería el resultado de la “intersección” de algo “tû- tû”, es decir, algo sin referente empírico, común a todas las normas del sistema, su “*Grundnorm*”.

Una segunda posibilidad de conjugar las nociones de norma fundamental de Kelsen y regla de reconocimiento de Hart es considerar que el vínculo entre ambas es, en vez de la intersección, la “inclusión”. La *Grundnorm* formaría así parte de la regla de reconocimiento. Si ésta es una cuestión fáctica, de carácter consuetudinario, debe tener los dos elementos de la costumbre: el uso y la “*opinio iuris* —es decir, una práctica reiterada y constante y la convicción u opinión de que la misma es vinculante, como contenidos material y espiritual respectivamente—. El uso podría venir constituido por la práctica, verificable, de que los teóricos y

<sup>479</sup> Wilson, Alida, *op. cit.*, nota 456, p. 46.

<sup>480</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 344, p. 167.

<sup>481</sup> Ross, Alf Niels Christian, *Tû-tû*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Colección Nueva Teoría, trad. castellana de Genaro Rubén Carrió, pp. 24, 35 y 36.

juristas prácticos han venido estudiando y aplicando a menudo la norma básica. La *opinio iuris* sería la *Grundnorm* como hipótesis de trabajo o presupuesto mental, lógico o metodológico de que esa práctica es vinculante a nivel teórico y epistemológico. El resultado es una regla de reconocimiento como conjunción del plano del deber ser y el del ser.

En suma, o la *Grundnorm* es algo “tû-tû” o es el elemento espiritual de la regla de reconocimiento.

### 3. *La relación entre el mundo del valer, del ser y del deber ser: la pureza metódica y el rechazo de la falacia naturalista*

La obra cumbre de Kelsen, *La teoría pura del derecho*, nos dice ya en su propio título cuál era el objetivo de la teoría kelseniana: la pureza metódica, la condena de toda contaminación de la ciencia con los juicios de valor, el preservar la razón de la corrupción de los credos individuales, de los sentimientos, de las cosmovisiones no justificables científicamente. Se pretende así crear una ciencia avalorativa, en la que la ciudadela de la razón sea protegida frente a los asaltos de la sinrazón. Esta aspiración e ideal de exactitud y objetividad es común a otros pensadores del momento: así Vilfredo Pareto —en su *Tratado de sociología general*—, y Max Weber —en su obra emblemática, *Economía y sociedad*—. Se pretende crear una ciencia descriptiva, no prescriptiva, y avalorativa. Esto lo proyecta Kelsen sobre el valor más invocado en la ciencia jurídica: la justicia, que no se presta a control empírico o racional porque es un valor absoluto. Por ello Kelsen realiza una crítica cerrada al Iusnaturalismo al considerarlo de carácter ideológico, consagrándose como uno de los más claros exponentes del iuspositivismo.

Pero no sólo se diferencia del iusnaturalismo, sino también del realismo jurídico, por ejemplo del de su discípulo Alf Ross, al considerar que de un ser no puede derivarse positivamente un deber ser, en contra por tanto de la falacia naturalista. Es la distinción neokantiana entre el mundo del *Sein* y el del *Sollen*.

En efecto, tradicionalmente,<sup>482</sup> y muy especialmente en Kelsen, se ha venido insistiendo en materia de validez en la independencia entre dos

<sup>482</sup> Sobre la relación en general de estos dos planos, del ser y del deber ser, Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel, “Ser y deber ser, ¿dos mundos distintos?”, *Verbo*, 349-350,

mundos o esferas, el del ser (*Sein*) y el del deber ser (*Sollen*). La formulación originaria de este dualismo se atribuye a Kant y a su distinción entre la “razón práctica” y la “razón especulativa”.

Kelsen llega a un nuevo dualismo, el existente entre el “conocer”, atributo de la “razón”, y el “querer”, atributo de la “voluntad”. Se conoce la cosa tal como “es”. Se quiere la cosa tal como “debería ser”. Del mismo modo, distingue Kelsen entre la “ciencia del derecho”, que gira en torno a la razón, y el “derecho”, que lo hace alrededor de la voluntad y, paralelamente, entre la “ética”, como disciplina, y la “moral”, como objeto de ésta.

Lo que es innegable, y ni el propio Kelsen cuestiona,<sup>483</sup> es que pese a la imposibilidad de fundar un deber ser en un ser, la norma positiva (deber ser) se relaciona con los hechos (ser) al menos en un doble sentido: 1) como “causa”, la norma jurídica va destinada a la realización de actos. Aunque éstos “de hecho” no sucedan, “de derecho” deberían suceder; 2) como “efecto”, la norma jurídica es el resultado de un “acto de voluntad” que la crea, aunque la norma es el significado objetivo de ese acto, no el acto en sí.

1996, pp. 987-999. Baratta, Alessandro, *Ricerche su 'essere' e 'dover essere' nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1968. Lübtow, Ulrich, *Reflexionen über Sein und Werden in der Rechtsgeschichte*, Berlín, Duncker & Humblot von, 1954. Achermann, Franz, *Das Verhältnis von sein und sollen als ein Grundproblem des Rechts*, Winterthur, P. G. Keller, 1955. Bagolini, Luigi, “Tempo e ‘dover essere’ nell’ esperienza giuridica”, en *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, I, pp. 13-24. Bobbio, Norberto, “Scienza Giuridica tra essere e dover essere”, *Studi in onore di Francesco Santoro-Pasarelli*, VI, pp. 89-104. Varios autores, *Sein und Sollen im Erfahrungsbereich des Rechts*, Franz Steiner Verlag Wiesbaden. Carcatera, Gaetano, *Il problema della falacia naturalistica. La derivazione del dover essere dal'essere*, Milán, Giuffrè, 1969. Castignone, Silvana, “Il problema del rapporto tra ‘is and ‘ought’”, *Annuario Bibliográfico di Filosofia del Diritto*, III, pp. 229-262. Husson, Leon, “La dialectique de l’être e du devoir-être”, Husson, Leon, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, pp. 467-502. Varios autores, *The Is-Ought Question. A Collection of Papers on the Central Problem in Moral Philosophy*. Editado por W. D. Hudson, Londres, MacMillan, 1969. Tagle, Jorge R., “Afinidades ontológicas entre el ser y el deber ser del derecho”, *Actas del I Congreso Nacional de Filosofía*, III, pp. 1913-1919. Peschka, Vilmos, *Die Rechtsnorm im Beziehungssystem vom Sein und Sollen*, Wiesbaden, F. Steiner, 1970. Peschka, Vilmos, *Sein und Sollen in der modernen Rechtsphilosophie*, Budapest, Akademiai Kiao, 1969.

<sup>483</sup> Kelsen, Hans, “On the Basis of Legal Validity”, *The American Journal of Jurisprudence*, 26, 1981, pp. 180-183, trad. al inglés por Stanley L. Paulson.

#### 4. *La negación del derecho subjetivo*

Ya en su trabajo de habilitación —*Problemas capitales*, 1911—, Kelsen aborda la crítica de los derechos subjetivos. Para este autor el derecho subjetivo no es nada esencialmente distinto de la norma jurídica, sino tan sólo ésta “en una relación especial con un sujeto”. La idea de derecho subjetivo no sería para él otra cosa que la noción del derecho individual y concreto en oposición al general y abstracto. De ese modo, el derecho subjetivo es simplemente la norma jurídica individual, plenamente concretizada, en tanto que estatuye como debida una determinada conducta individual y concreta. La lengua inglesa favorece ese dualismo por el hecho de tener dos palabras diferentes —*law*: derecho objetivo, derecho como *norma agendi*, y *right*: derecho subjetivo, derecho como *facultas agendi*, o facultad de obrar amparada por la norma—. Por el contrario el alemán —*Recht*—, el francés —*droit*—, el italiano —*diritto*— y el castellano —“derecho”— tienen una sola palabra. De ahí que a veces se distinga entre el derecho —con mayúscula— y el derecho —con minúscula— para diferenciar las nociones de derecho objetivo y derecho subjetivo. Kelsen, al igual que harían los realistas —tanto el realismo jurídico escandinavo como el anglosajón—, niega realidad al derecho subjetivo, y lo califica de entequeia, de quimera, que no designa nada en realidad. Lo concibe como una función de la norma jurídica. Si Kelsen introduce en la definición el concepto de función es para enfatizar que no existe algo sustancial o esencial a lo que pudiera denominársele derecho subjetivo. No han faltado críticas a la tesis de Kelsen, por parte de autores que consideran el sofisma de Kelsen comparable al error en que incurriría quien dijera que existiendo entre las ideas de padre e hijo una relación necesaria, no hay diferencia ninguna entre ellas.