

Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo

Patricia Cuenca Gómez

Universidad Carlos III de Madrid

I. Introducción

La consideración de que la evolución de los Ordenamientos constitucionales contemporáneos supone la necesidad de abandonar, o al menos, de revisar la concepción kelseniana del sistema jurídico se ha convertido en un lugar recurrente entre los teóricos del Derecho. En este punto conviene tener presente que el cuestionamiento de la visión kelseniana proviene de diversos frentes. En efecto, la noción de sistema jurídico que Kelsen maneja es rechazada por quienes interpretan el constitucionalismo en clave antipositivista, pero también aquéllos que defienden la capacidad del positivismo para explicar el funcionamiento de los Estados Constitucionales entienden claramente insuficiente a estos efectos la aproximación kelseniana.

Importa precisar que, como cabía esperar, en este caso la crítica es menos demoledora pues la mayor parte de los autores inscritos en este segundo frente no reniegan absolutamente de la herencia kelseniana – y en concreto, de la tesis de la construcción gradual o jerárquica del orden jurídico y del concepto de validez como conformidad con las normas de superior grado – pero estiman imprescindible corregir algunos aspectos nucleares de su aportación en aras de adaptarla a las nuevas coordenadas que definen el Derecho del constitucionalismo.

En este orden de cosas el principal déficit que se imputa a la concepción de Kelsen radica en manejar una visión estrictamente formal de la validez jurídica plasmada en su caracterización del orden jurídico como un sistema normativo de tipo dinámico por oposición a los sistemas normativos de tipo estático. Desde este enfoque, se afirma que para Kelsen la validez de las normas jurídicas, en tanto componentes de un sistema de carácter dinámico, depende en exclusiva de criterios formales, esto es, de su creación por una voluntad autorizada a través del procedimiento establecido en una norma superior.

Visto así el asunto, el modelo dinámico de Kelsen resultaría difícilmente compatible con la característica más significativa del constitucionalismo: la

incorporación a los textos constitucionales de todo un elenco de normas materiales – valores, principios, derechos – que expresan opciones eminentemente morales y que se reclaman jurídicamente vinculantes. En el escenario del Estado Constitucional el ejercicio válido del poder normativo está condicionado de un modo esencial por la presencia de esos contenidos materiales constitucionales de manera que el esquema formal kelseniano se vería claramente desbordado¹. Los órdenes constitucionales no se configurarían como sistemas puramente dinámicos, al estilo de Kelsen, incorporando rasgos propios del denominado sistema estático². Esta reflexión se vincula, además, con la necesidad de sustituir el (paleo) positivismo kelseniano – calificado en este punto de formalista, voluntarista, cerrado, dogmático – por un nuevo positivismo capaz de dar cuenta de la repercusión que las dimensiones materiales adquieren en el funcionamiento de los sistemas jurídicos constitucionales y de responder a los problemas que la misma plantea³.

Pues bien, a mi modo de ver, la crítica a Kelsen hasta aquí esbozada incurre en dos errores. El primero consiste en una cierta exageración a la hora de valorar la novedad que supone el constitucionalismo por lo que respecta a la incorporación de dimensiones materiales en el Derecho. La diferencia entre los sistemas jurídicos del constitucionalismo y otros sistemas jurídicos no radica “en que se incluyan contenidos”, sino que la diferencia estriba “en que se incluyan unos y no otros”⁴, y si el término de comparación es el Estado de Derecho legislativo, en que tal incorporación acontece en los planos superiores del Ordenamiento lo que, sin duda, torna más evidente el hecho de que todo Derecho expresa un punto de vista sobre la moral⁵ y, ciertamente, confiere a estos contenidos un singular impacto en la actuación de todos los poderes jurídicos⁶. El

¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, R. Cantareno y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 1995, p. 355.

² Vid. por ejemplo, PECES BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 43, FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, p.22, LLAMAS CASCÓN, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1993, p. 191 y ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Poder, Ordenamiento jurídico y derechos*, Cuadernos del Instituto Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 84 y 85,

³ Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, Epílogo a la obra de ZAGREBELSKI, G., *El derecho dúctil*, 1ª Edición, Trotta, Madrid, 1995, pp. 157-173, FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 20 y FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 872.

⁴ ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Positivismo jurídico y sistemas mixtos” en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 601-622, p. 622.

⁵ PRIETO SANCHIS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 62.

⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, cit., p. 615.

segundo error radica en que esta crítica se basa en una interpretación cuestionable de la teoría del sistema jurídico de Kelsen.

Precisamente, en el presente trabajo pretendo poner en tela de juicio esta lectura tratando de demostrar que la concepción del orden jurídico como sistema dinámico que Kelsen maneja exponente, en efecto, del carácter positivista de su aproximación puede asumir, y de hecho asume, la presencia de contenidos materiales en el Derecho y su relevancia en la determinación de la validez jurídica. Desde esta óptica, aun reconociendo que Kelsen no es un teórico del Estado Constitucional en la configuración que éste adquiere tras la Segunda Guerra Mundial y que por tal razón su construcción presenta en este marco ciertas deficiencias, considero posible sostener que su visión sistemática del Derecho permite explicar en términos compatibles con el positivismo jurídico el papel que desempeñan los contenidos constitucionales como criterios de validez material, contribuye a definir de manera convincente su alcance en la limitación de la voluntad jurídica, e intenta resolver el problema central que se plantea cuando la praxis efectiva del poder vulnera esta limitación sustantiva.

II. El carácter dinámico del sistema jurídico como paradigma del positivismo jurídico.

Como antes he señalado, es usual considerar la caracterización dinámica del sistema jurídico presente en la teoría de Kelsen como exponente de una concepción del Derecho exclusivamente formal negadora de cualquier incidencia de los contenidos materiales en la determinación de la validez jurídica. Esta lectura de la tesis de la dinamicidad se basa en una interpretación de la distinción sistemas normativos/sistemas normativos dinámicos que, de manera quizá no del todo exenta de polémica, puede calificarse de “canónica” en aras de poner de manifiesto su estatus de versión más difundida de la dicotomía kelseniana.

La visión canónica de la tipología kelseniana sistemas normativos estáticos/sistemas normativos dinámicos se apoya en dos elementos esenciales: 1) su consideración como una oposición que trata de dar cuenta, exclusivamente, de la diferencia estructural existente entre los órdenes normativos jurídicos y morales y 2) la existencia de una relación directa entre los dos elementos que operan como criterios distintivos de esta tipología.

En efecto, al menos en los textos a los que la literatura secundaria suele acudir para determinar el sentido de la distinción objeto de análisis Kelsen considera el concepto de sistema dinámico aplicable a los órdenes jurídicos mientras que la categoría sistema estático se entiende exponente de los órdenes morales⁷. Y de la lectura de estos textos, y de otros, en los que Kelsen alude a la oposición sistemas estáticos/sistemas dinámicos se desprende que son dos los criterios en los que se sustenta: la diferente “naturaleza” de la norma fundamental y la distinta configuración de las relaciones internormativas⁸.

La interpretación “canónica” afirma la prioridad lógica del primero de estos criterios que condiciona de un modo esencial la comprensión del segundo. Se establece, así, una vinculación necesaria entre la estructura de la norma fundamental (y, consecuentemente, entre el modo de derivación de la norma suprema del sistema respecto de la norma fundamental) y la fisonomía de las relaciones entre el resto de las normas del sistema. De esta forma, con el calificativo “estático” se hace referencia a un sistema normativo cuya norma fundamental es un precepto con un contenido sustantivo autoevidente y en el cual las conexiones entre las normas consisten en relaciones deductivas de carácter estrictamente material. Y, con el adjetivo dinámico se alude a un sistema cuya norma fundamental se configura como una norma de pura delegación que autoriza al máximo órgano competente para producir normas y en el cual las conexiones entre las normas consisten también en habilitaciones formales, igualmente incondicionadas desde un punto de vista material, para crear normas.

Introduciendo en la argumentación la idea de validez, puede afirmarse que según la visión canónica en un sistema de tipo estático— al existir solamente conexiones de contenido entre las normas que lo integran— la validez de sus componentes está en función de criterios de naturaleza estrictamente material de tal forma que una norma será válida si puede presentarse como una inferencia correctamente derivada del contenido de las normas superiores. Por el contrario, un sistema de tipo dinámico — en el que las conexiones entre las normas consisten en autorizaciones formales — se define

⁷ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, Porruá, Buenos Aires, 7ª ed., 1993, pp. 201 y ss. y KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1995, pp. 129 y ss.

⁸ Vid. además de las obras anteriormente citadas el escrito de Kelsen de 1928 “Die philosophischen Grundlagen und des Rechtspositivismus” incluido como apéndice en las traducciones italiana e inglesa de la *Teoría General del Derecho y del Estado* que resulta esencial para entender el auténtico sentido de esta distinción. Utilizaré en este trabajo la traducción inglesa, “Natural Law Doctrine and Legal Positivism” en KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, trad. de A. Wedberg, Harvard University Press, Cambridge, 1949, pp. 389-446.

por la operatividad de criterios de validez meramente formales de manera que una norma será válida si ha sido creada por un órgano competente a través del procedimiento establecido al efecto en una norma superior.

La aplicación de esta visión al Derecho, definido como sistema dinámico, supone su comprensión como un sistema puramente formal en el que, o bien no están presentes contenidos materiales o bien tal presencia se considera irrelevante. Desde este enfoque, “las normas jurídicas serían el producto de una voluntad no sometida a exigencia racional alguna respecto del contenido de lo mandado” y el sistema jurídico se articularía como un entramado de delegaciones de poder “en el que cada autoridad queda libre para decidir el contenido de las normas que impone”⁹. La falta de adecuación de esta imagen del Derecho a la realidad jurídica del constitucionalismo resulta, ciertamente, evidente. Pero, más aún, la comprensión del Derecho en términos puramente dinámicos supone una descripción deficiente del funcionamiento de cualquier sistema jurídico y de la propia teoría de Kelsen.

Así, frente a esta visión considero posible plantear una interpretación alternativa del significado que la dinamicidad del sistema jurídico ostenta en la construcción kelseniana basada en una lectura distinta del sentido de la oposición sistemas normativos estáticos/sistemas normativos dinámicos. Según esta lectura la dicotomía kelseniana no serviría tanto para diferenciar estructuralmente el Derecho y la Moral sino para distinguir dos concepciones de lo jurídico enfrentadas el positivismo y el iusnaturalismo. La preferencia kelseniana por el sistema dinámico expresaría así su opción por el positivismo y su rechazo radical al iusnaturalismo¹⁰.

⁹ DELGADO PINTO, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, 1977, pp. 175-208, p. 201. Estima PÉREZ BERMEJO, J.M. (*Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 62) que la “autorización” dinámica “significa que las normas superiores facultan o declaran competente al poder para crear nuevas normas” sin imponerle límites sustantivos.

¹⁰ En su escrito de 1928, Kelsen expresamente afirma que “la distinción entre el principio estático y el principio dinámico da cuenta de la diferencia entre el Derecho natural y el Derecho positivo”, KELSEN, H., “Natural Law Doctrine and Legal Positivism”, cit., p. 400. De cualquier forma, este significado de la dicotomía sistemas normativos estáticos/dinámicos y, por lo que ahora interesa especialmente, la vinculación del concepto de sistema estático con el modelo del Derecho natural, está implícita tanto en la *Teoría General del Derecho y el Estado* como en la *Teoría pura del Derecho*. Puede afirmarse, por tanto, que en 1928 el ataque al iusnaturalismo es directo mientras que en sus obras posteriores “se prefirió atenuar la polémica adoptando un punto de vista más frío y mediato”, LUZZATI, C., “Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen” en GIAFORMAGGIO, L. (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici, Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 165-202, p. 171. Finalmente interesa señalar que entendida en estos términos, la distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos está también presente, aunque no se aluda a ella expresamente, en la *Teoría General de las Normas*.

A tenor de esta interpretación alternativa el carácter dinámico del sistema jurídico se identifica con tres rasgos que traducen a los términos específicos del discurso kelseniano otras tantas tesis básicas del positivismo jurídico¹¹. Me ocuparé de analizar estas manifestaciones de la tesis de la dinamicidad poniendo de relieve que ninguna de ellas resulta incompatible con la presencia de contenidos materiales en el Derecho ni con la consideración de que tal presencia adquiere importancia en la determinación de la validez jurídica.

Pues bien, en primer lugar, el positivismo jurídico y la condición dinámica del sistema jurídico se vinculan en el discurso de Kelsen a través de la caracterización de la norma fundamental como una norma meramente formal delegante de competencias a una suprema autoridad normadora¹². Concretamente, la configuración de la norma fundamental como una autorización exclusivamente formal se relaciona en la argumentación kelseniana con la idea de que el Derecho puede tener cualquier contenido, esto es, con la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral¹³. En efecto, la configuración formal de la norma fundamental kelseniana permite su formulación en relación con cualquier orden jurídico eficaz independientemente de la calidad moral de sus contenidos¹⁴ y en esta indiferencia hacia los contenidos radica su principal divergencia con el Derecho Natural como fundamento de validez de un orden jurídico positivo¹⁵.

¹¹ La identificación de estas tres tesis responde a un análisis de los textos de Kelsen pero también a la consideración de que su visión del sistema jurídico y, por tanto, la tipología sistemas normativos estáticos/sistemas normativos dinámicos presenta una doble proyección ontológica/gnoseológica, donde da cuenta de diferentes modelos acerca de la existencia y el conocimiento de las normas (esto es, de diversas comprensiones de la validez entendida como la existencia específica de las normas en el ámbito del deber ser) y metodológica en la que expresa diferentes teorías de la validez normativa entendida ahora como pertenencia, Vid. sobre esta distinción DICIOTTI, E., "Sistema statico e sistema dinamico. Ontologia e metodologia" en GIAFORMAGGIO, L. (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici, Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 97-141.

¹² Ya en un escrito de 1928 afirmaba Kelsen "el derecho positivo cuya norma fundamental consiste en una delegación de poder a una autoridad creadora de derecho es un sistema dinámico. La positividad actualmente consiste en este principio dinámico", KELSEN, H., "Natural Law Doctrine and Legal Positivism", cit., p. 401.

¹³ En palabras, de Kelsen "no se puede negar validez a un orden jurídico por el contenido de sus normas. Éste es un elemento esencial del positivismo jurídico; y justamente en su teoría de la norma fundante básica demuestra la teoría pura ser una doctrina positivista", KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 228.

¹⁴ *Ibidem*. De este modo, "la conexión con la eficacia es la otra cara de la moneda de la tesis de que la norma fundamental no aporta condicionamientos valorativos o elementos de justificación o de crítica al orden positivo", GARCÍA AMADO, J.A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 64 y 65.

¹⁵ Según la doctrina del Derecho natural "el fundamento del derecho positivo está ... esencialmente ligado a su contenido. El derecho positivo es válido cuando posee un determinado contenido que es, por esta razón, justo; no es válido por poseer un contenido opuesto que es, por esta razón, injusto", KELSEN,

Pues bien, la naturaleza formal de la norma fundamental implica la inexistencia de una vinculación necesaria entre el Derecho y unos determinados contenidos materiales expresión de la moral correcta pero no impide admitir la evidencia, explícitamente reconocida por Kelsen, de que todo Derecho recoge unos principios de moralidad, y por tanto, establece unos contenidos, los que sean¹⁶. Aunque en las reflexiones de Kelsen a propósito de esta cuestión pesa su relativismo moral, importa señalar el profesor austriaco “repudia” la vinculación del Derecho con una moral correcta “por otras razones” entre las que destaca la consideración de que “en sus aplicaciones de hecho” esta conexión puede conducir a la ciencia jurídica a una “legitimación acrítica” del orden jurídico¹⁷. Como es sabido, este es uno de los problemas que plantean las doctrinas que ven en el constitucionalismo un fenómeno superador de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral¹⁸.

Desde estas coordenadas, el positivismo jurídico de Kelsen exige afirmar el carácter puramente formal de la norma fundamental, lo que imposibilita la identificación general y previa de unos contenidos concretos que necesariamente tengan que integrar los Ordenamientos jurídicos para afirmar su validez¹⁹. Ahora bien, no implica desconocer que todo Ordenamiento recoge unos contenidos, cuya validez descansa no en su supuesto carácter moral sino en su incorporación en normas superiores, ni supone rechazar que tales contenidos puedan resultar relevantes para la validez de las normas inferiores. Literalmente afirma Kelsen “yo no niego que un orden jurídico no pueda ser estático” y aclara que su construcción requiere tan sólo el carácter

H., “Justicia y Derecho natural” en *Crítica al Derecho Natural*, trad. de Elías Díaz, Taurus, Madrid, 1966, pp. 29-163, p. 162.

¹⁶ En este sentido Kelsen afirma, “la exigencia de distinguir el derecho de la moral, el derecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta exclusivamente válida, de esa moral de las morales, de la moral por excelencia”, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 79. Y admite sin vacilaciones que “todo orden jurídico positivo puede estar conforme con alguna de las muchas normas de justicia...sin que tal conformidad pueda ser considerada como el fundamento de su validez. Una doctrina positivista, es decir, realista ... no niega que la formación de un orden jurídico positivo puede estar, y como regla de hecho lo está determinada por la representación de alguna de las muchas posibles normas de justicia”. Desde esta óptica, la teoría kelseniana parece ser compatible con la afirmación de que todo Derecho expresa un punto de vista sobre la justicia o sobre la moralidad (Vid. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 295) con la consideración de que el Derecho “aparece siempre... como realización de una cierta idea de justicia una u otra la que sea, como materialización de un cierto sistema de valores”(DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1982, p.52). Vid. también FERNÁNDEZ, Eusebio, *Filosofía política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 23 y ss. y ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Postivismo jurídico y sistemas mixtos”, cit., pp. 612 y 613.

¹⁷ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 81 y 82

¹⁸ Vid. por ejemplo, PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, cit., en especial, pp.83 y ss.

¹⁹ ASÍS ROIG, R.de, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 50.

enteramente dinámico de la norma fundamental pero no el de las demás normas del sistema y, tampoco, el de la norma constitucional²⁰.

La caracterización dinámica del sistema jurídico tiene como segunda implicación, estrechamente relacionada con la anterior, la afirmación, de nuevo típicamente positivista, de que el Derecho se compone en exclusiva por normas positivas. La tesis de la exclusividad del Derecho positivo se plasma en el discurso de Kelsen en la necesaria concurrencia de un acto de voluntad humano en la derivación dinámica de las normas²¹. Por esta razón Kelsen califica como una limitación al positivismo jurídico el que la norma básica no descansa en el “principio dinámico” al no ser una norma puesta sino una norma presupuesta²². Ahora bien, la dinamicidad del sistema jurídico no admite más excepciones: las normas jurídicas “tienen que ser creadas por un acto volitivo concreto, no inferidas –como sucede en un sistema estático – de una premisa en virtud de una operación intelectual”²³.

La calificación dinámica del sistema jurídico expresaría en este punto la primacía que el positivismo jurídico concede a la voluntad sobre la razón: *autorictas non veritas facit legem*²⁴, o, como prefiere Kelsen, “*no hay imperativo sin imperator*”²⁵. La afirmación absoluta esta máxima entraría en contradicción con la razón de ser del constitucionalismo que radica, precisamente, en la limitación del poder político. En este sentido, se ha considerado que el éxito del constitucionalismo implica una nueva inversión de los términos: “*veritas non autorictas facit legem*”²⁶.

A mi modo de ver ambos lemas tomados al pie de la letra suponen sendas exageraciones. De un lado, el Derecho del constitucionalismo “sigue siendo ... más el

²⁰ KELSEN, H., “El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho” trad. de I. W. de Ortiz y J. A. Bacqué en KELSEN, H., *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Fontamara, México, 1992, pp. 45-90, pp. 73 y 74. Vid. también KELSEN, H., “The Function of a Constitution” en TUR, R., y TWINING, W. (eds.), *Essays on Kelsen*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 111-119.

²¹ Cuando Kelsen expone las características definitorias de los sistemas dinámicos afirma “las normas de un orden jurídico tienen que ser producidas por un acto particular de imposición. Son normas impuestas, normas positivas, elementos de un orden positivo”, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 206.

²² KELSEN, H., “Natural Law Doctrine and Legal Positivism”, cit., p. 401.

²³ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 134.

²⁴ LUZZATI, C., “Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen”, cit., p. 199 y BOBBIO, N., *Diritto e potere. Saggi sui Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, p. 92. Apunta R. de Asís, “tradicionalmente uno de los puntos que sirvió para diferenciar el positivismo del iusnaturalismo consistía en considerar que el primero concedía prevalencia a la voluntad sobre la razón, mientras que el segundo hacía lo contrario”, ASÍS ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 48.

²⁵ KELSEN, H., *Derecho y Lógica*, trad. de U. Schmill Ordóñez y J. Castro Valle, UNAM, México, 1978, p. 19

²⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, cit., p. 95.

fruto de la voluntad que de la razón, más del poder que de la verdad”²⁷ en tanto los contenidos constitucionales valen por ser el producto de una voluntad histórica, la del poder constituyente²⁸, y carecen de virtualidad para suprimir totalmente la discrecionalidad de los poderes constituidos en la conformación material del sistema. De otro lado, el positivismo – tampoco el kelseniano interpretado otra vez en este ámbito como una versión radical o extrema²⁹ –no concibe el Derecho en términos puramente voluntaristas incorporando ciertas dosis de racionalidad que implican la presencia de límites formales y materiales al ejercicio de la voluntad jurídica³⁰.

Finalmente, la naturaleza dinámica del sistema jurídico se identifica con la capacidad que Kelsen atribuye al Derecho para regular su propia producción³¹. Como es sabido, Kelsen reconstruye la unidad del orden jurídico sobre la base de la existencia de una relación de regulación de la producción entre sus normas exponente del carácter institucionalizado que singulariza al Derecho frente a otros fenómenos normativos³². En todo caso, de nuevo en este contexto el rasgo dinámico se considera expresión de la visión del sistema jurídico específicamente asumida por el positivismo jurídico frente a la comprensión de la idea de sistema propia del iusnaturalismo. Así, se afirma que ambas teorías conciben en términos diferentes la unidad del sistema de manera que para el iusnaturalismo “se trata de una unidad *sustancial* o *material* que afecta al *contenido* de las normas” mientras que, para positivismo “se trata de una unidad *formal* que afecta al *modo* en el que las normas han sido establecidas”³³. Desde este enfoque, la

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Idem*, p. 74.

²⁹ DELGADO PINTO, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, cit., p. 184

³⁰ ASÍS ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 48.

³¹ Vid. por ejemplo KELSEN, H., “El derecho como técnica social específica”, en KELSEN, H., *¿Qué es Justicia?*, trad. y edición a cargo de A. Casamiglia, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1992, pp. 152-182, p. 169. La vinculación de este rasgo con la caracterización dinámica del orden jurídico ha sido subrayada especialmente por la literatura secundaria, EBENSTEIN, W., *Teoría pura del derecho*, trad. de J. Malagón y A. Pereña, Fondo de Cultura Económica, México, 1947, pp. 144 y ss.; NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 9ª ed., 1999, p. 107; WRÓBLEWSKI, J., “Dilemmas of the Normativistic Concept of Legal System”, *Rechtstheorie*, Beiheft 5, 1984, p. 326. En todo caso, posiblemente sea Bobbio, el autor que más ha incidido en esta vinculación, “la característica de un ordenamiento jurídico en cuanto ordenamiento dinámico es la de producir normas que tienen la función de regular la misma producción de normas”, BOBBIO, N., *Diritto e potere. Saggi sui Kelsen*, cit., p. 99.

³² Esta manifestación de la tesis de la dinamicidad, a diferencia de las anteriores, sí serviría para diferenciar al Derecho de otros órdenes normativos. De cualquier forma, como enseguida se comprobará, la oposición iusnaturalismo/positivismo sigue teniendo importancia en este ámbito.

³³ BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y A. Greppi, Madrid, 1993:203. Pues bien, considera Bobbio que la teoría del Ordenamiento jurídico, que implica esta concepción “formal” de la unidad, es “particularmente relevante para la caracterización del positivismo jurídico y entiende “que la teoría del Ordenamiento jurídico encuentra su más coherente expresión en el pensamiento de Kelsen”,

comprensión del sistema jurídico en clave dinámica parece enfrentarse, otra vez, con el constitucionalismo. En el Estado Constitucional la unidad del orden jurídico no se construye sólo “con la perspectiva formal” de unas normas que proceden formalmente de la Constitución, sino también con la “perspectiva material” de unas “normas conformes, o al menos no incompatibles con los contenidos materiales incluidos en la norma constitucional”³⁴.

Ciertamente, la tesis kelseniana de la “autorregulación del Derecho” tiene como primera consecuencia directa la operatividad en el sistema jurídico de criterios de validez de carácter formal. En efecto, la vinculación regulativa-productiva que conecta a las normas en un sistema dinámico implica la necesaria presencia en el Derecho de normas de competencia que atribuyen y distribuyen poderes normativos y de normas procedimentales que señalan los cauces adecuados para su ejercicio. En este sentido, todo sistema jurídico incluye una dimensión dinámica puesto que la validez de sus normas depende ineludiblemente de su procedencia de los individuos autorizados para emitirlos y de la adecuación de su actuación a los procedimientos arbitrados al efecto. Ello supone ya una limitación de carácter formal al poder de crear Derecho³⁵.

Ahora bien, los criterios formales imprescindibles en la determinación de la validez jurídica no son considerados por Kelsen, ni exclusivos ni excluyentes. La caracterización dinámica del orden jurídico supone que “la determinación del órgano es el mínimo de aquello que tiene determinarse en la relación entre una norma superior y otra inferior”³⁶ y, consecuentemente, implica que ningún tipo de justificación material o sustancial puede operar como condición suficiente de validez jurídica. En todo caso, lo anterior no impide que también el contenido de las normas inferiores pueda estar predeterminado por las normas superiores ni que esa relación material pueda adquirir relevancia a la hora de dilucidar la validez de las primeras.

III. La dimensión estática en el sistema dinámico.

(Idem, pp. 201 y 202). Vid. sobre la concepción de la unidad del sistema manejada por el iusnaturalismo y el positivismo y su relación con la dicotomía sistemas normativos estáticos y dinámicos, PÉREZ BERMEJO, J.M., *Coherencia y sistema jurídico*, cit., pp. 56 y ss.

³⁴ Vid. PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, cit., p. 94 y ASÍS ROIG, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p.26.

³⁵ DELGADO PINTO, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como sistema normativo dinámico”, cit., p. 201

³⁶ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 245.

Como ha señalado García Amado, “entender el sistema jurídico como puramente dinámico conduciría al absurdo de pensar en un sistema en el que para cada caso o conflicto se limitara a prescribir el órgano y el procedimiento de resolución, pero que nada dijera del contenido de esa resolución, o que lo que diga en cuanto a los contenidos sea irrelevante para la validez o no de la inferior”³⁷. Pues bien, intentaré demostrar en lo que sigue que la visión kelseniana no asume ninguno de estos dos presupuestos.

En efecto, Kelsen reconoce que el sistema jurídico no está compuesto exclusivamente por normas de pura delegación sino que cuenta también con normas sustantivas que disciplinan el contenido de las normas inferiores. En opinión de Kelsen, en cualquier nivel de la pirámide jurídica, “la producción de una norma inferior a través de otra superior puede estar determinada en dos direcciones. La norma superior puede determinar tanto el órgano que produzca la norma, como el procedimiento en que se produzca pudiendo determinar también el contenido de la misma”³⁸. Así, la relación regulativa productiva que conecta a las normas jurídicas, en tanto componentes de un sistema de tipo dinámico, no es contemplada por Kelsen como un nexo exclusivamente formal. En otros términos, en contra de lo suele señalarse, entre las normas que regulan la producción de otras normas Kelsen incluye no sólo normas formales sino también normas materiales³⁹.

En este punto, es común afirmar que, a diferencia de lo que sucede con la determinación formal, la determinación material de las normas inferiores por las normas superiores no es considerada necesaria por Kelsen⁴⁰. Pues bien, a mi modo de ver, esta apreciación debe matizarse por lo que respecta al tránsito del escalón de las normas generales al eslabón de las normas individuales⁴¹. Ciertamente, Kelsen admite la posibilidad de un orden jurídico en el que las normas generales se limitaran a autorizar a los tribunales a resolver los casos individuales según su arbitrio⁴² pero contempla este

³⁷ GARCÍA AMADO, J.A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., pp. 24 y 25.

³⁸ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 45.

³⁹ En este sentido, por ejemplo, GUASTINI, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 310, apunta que Kelsen maneja una visión restringida de la idea autorización normativa al reducir injustificadamente las normas que regulan la producción jurídica a las normas formales que confieren poderes. Vid. en la misma línea, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 355.

⁴⁰ DELGADO PINTO, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, cit., p. 191.

⁴¹ Tiene razón CASAMIGLIA, A., (*Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1977, p. 180) en que el elemento material no es necesario según Kelsen “en todos los grados” pero “a medida que descendemos en la pirámide va adquiriendo importancia”.

⁴² Kelsen se refiere a estos sistemas como sistemas de “libre creación de Derecho” o de “libre decisión”, Vid. sobre estos sistemas, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 258 y ss. Creo que tiene razón

modelo como una hipótesis meramente teórica pragmáticamente inviable. Así, un Ordenamiento en el que los jueces están habilitados para resolver de manera plenamente discrecional los conflictos sociales sin que existan normas sustantivas previas que predeterminen el contenido de sus decisiones resulta incapaz de realizar eficazmente la función inherente que Kelsen atribuye al Derecho, esto es, la regulación de los comportamientos sociales⁴³.

Por esta razón, en el nivel de las normas generales, el profesor austriaco entiende el derecho formal y del derecho sustantivo como categorías “inescindiblemente entrelazadas” de manera que “sólo el enlace orgánico del derecho de fondo y de forma configuran el Derecho regulador de su propia creación y aplicación”⁴⁴. Y, expresamente, afirma: “las normas establecidas por el legislador *determinan siempre* no solamente el procedimiento de los órganos que deben aplicar las normas sino también su contenido, por lo que un ordenamiento jurídico positivo, no es, al menos desde el punto de vista de la ley, un simple nexo generativo”⁴⁵ (esto es, un sistema puramente dinámico). También el rasgo de la plenitud, sobre todo en la visión absoluta y, a mi juicio, cuestionable que Kelsen maneja, presupone la necesaria presencia en el sistema jurídico de normas sustantivas generales⁴⁶.

Por el contrario, la incorporación de normas materiales en el escalón constitucional no se estima necesaria. Ahora bien, la inclusión de contenidos sustantivos en la Constitución tiene como primera implicación directa y necesaria en las coordenadas de la construcción gradual la presencia de una determinación material en la producción de normas generales. En este contexto es posible mencionar, además, dos

Troper cuando señala que Kelsen se muestra hostil frente al modelo del libre descubrimiento porque se trata “de un sistema jurídico únicamente dinámico, cuando el sistema descrito en la *Teoría pura* es a la vez estático y dinámico”, TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau, Dykinson, Madrid, 2001 pp. 51-62, cit. p. 59.

⁴³ Importa en este punto advertir que a pesar de la primacía que su aproximación concede al enfoque estructural, Kelsen no deja de considerar que el Derecho “sirve para algo... para hacer que se observen efectivamente determinados comportamientos en la sociedad”, Vid. PATTARO, E., *Elementos para una Teoría del Derecho*, trad. de I. Ara Pinilla, Debate, Madrid, 1986, p. 58. Vid. también BOBBIO, N., “Hacia una teoría funcional del Derecho” en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976, pp. 9-30, p. 12.

⁴⁴ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 241 y KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y el Estado*, cit., p. 152. Por esta razón, en opinión de Kelsen, una norma general “completa” integra necesariamente prescripciones de derecho adjetivo y de derecho sustantivo.

⁴⁵ KELSEN, H., *Teoria Generale delle Norme*, a cura de M. Losano, trad. de M. La Torre, Einaudi, Milano, 1985. La cursiva es mía.

⁴⁶ Como es sabido, Kelsen se adhiere a la doctrina de la norma general excluyente, Vid. por ejemplo KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 252 y ss. Resulta obvio que la operatividad de esta norma carece de sentido en ausencia de normas generales materiales que regulen positivamente los comportamientos sociales.

argumentos específicos que apoyan esta interpretación. El primero de ellos alude al hecho de que tales contenidos constitucionales sustantivos formarían parte, según Kelsen, del concepto de Constitución material⁴⁷. El segundo argumento radica en la calificación de los derechos fundamentales, ejemplo típico de incorporación de contenidos a la norma constitucional al que Kelsen se refiere de forma recurrente, como prohibiciones que recaen directamente sobre el legislador⁴⁸.

Desde este enfoque, la presencia de contenidos materiales en la norma constitucional supone, para Kelsen, la asimilación de la vinculación del legislador a la Constitución y la del juez a la ley. En palabras de Kelsen, “la relación que se da entre las normas jurídicas generales ... y su aplicación por los tribunales o por órganos administrativos” y “la que se da entre la constitución y la producción por ella determinada” es “esencialmente la misma”⁴⁹. Existe entre ambos niveles tan sólo una diferencia de grado dado que la limitación impuesta al legislador por la norma constitucional es cuantitativamente menor: “la constitución determina materialmente las normas generales creadas de acuerdo con la constitución misma, en extensión mucho menor que aquélla en la cual tales normas determinan materialmente las reglas individualizadas expedidas por el poder judicial y por la administración”⁵⁰.

La segunda implicación que Kelsen deriva de la presencia de contenidos materiales constitucionales radica en su operatividad como un derecho material regulador de la producción susceptible de afectar en alguna medida a todos los niveles

⁴⁷ En la construcción kelseniana la Constitución material - que tiene como función principal y directa la regulación de la creación de normas generales - “puede determinar no solamente los órganos del proceso legislativo, sino también hasta cierto grado, el contenido de las leyes futuras” KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado* p. 148. Vid. también KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 234.

⁴⁸ Kelsen insiste en que “los denominados derechos o libertades fundamentales ... no constituyen de por sí derechos subjetivos ... Por cierto, aparecen como prohibiciones de violar por ley (o por disposiciones con fuerza legal) la igualdad o la libertad garantizadas, es decir de suprimirlas o limitarlas”, KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 152 y 153. Dejando a un lado la valoración del concepto de derecho subjetivo que maneja Kelsen, coincido en este punto con la reflexión de A. Pintore, “la reducción kelseniana de los derechos y libertades a sus garantías primarias (obligaciones y prohibiciones) es ... necesaria y hasta imprescindible, ya que sin ella no se entendería en qué puedan consistir los derechos”, Vid. PINTORE, A., “Democracia sin derechos en torno al Kelsen democrático”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 119-144, p. 139. Por último, interesa señalar que Kelsen también alude a la posibilidad de que la Constitución trate de imponer positivamente al legislador la creación de leyes con determinados contenidos pero considera que en este caso “sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico jurídicas, sería difícil enlazar una sanción, a la falta de leyes con el contenido prescrito”, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 23.

⁴⁹ De esta forma, “así como las normas jurídicas generales ... están determinadas por las normas de la Constitución, es decir por normas de una grada superior, tanto formalmente, como de ser posible materialmente, también las normas individuales producidas en los actos judiciales y administrativos, se encuentran determinadas por las normas generales ... , es decir, por normas de una grada superior, formal y materialmente”, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 242.

⁵⁰ Vid. KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 154.

del proceso de creación normativa⁵¹. Aunque Kelsen está muy lejos de referirse a algo así como el “efecto irradiación” de los contenidos materiales constitucionales⁵², el papel que en su construcción se atribuye a la norma constitucional como fundamento positivo común de la validez de todas las normas del sistema⁵³ permite explicar la capacidad de esos contenidos para condicionar materialmente la actuación de todas las autoridades implicadas en la tarea la producción normativa.

No obstante, es posible detectar en el discurso de Kelsen ciertas incoherencias a la hora de diseñar el papel de las disposiciones materiales constitucionales. Si bien en algunos pasajes Kelsen parece concebir la presencia en la Constitución de contenidos materiales como un fenómeno, aunque contingente, generalizado y de amplia proyección⁵⁴ en otros fragmentos su virtualidad se recorta drásticamente. En este último sentido, Kelsen caracteriza el escalón constitucional como Derecho predominantemente procedimental o formal⁵⁵ afirmando que “sólo excepcionalmente determina ... el contenido de la ley”⁵⁶. A mi modo de ver, las razones que están detrás de las contradicciones kelsenianas ni son estrictamente teóricas ni responden exclusivamente al momento histórico en el que se sitúa su reflexión. En este punto la teoría kelseniana se “contamina” expresando una preferencia por una Constitución sin contenidos, o más bien, con contenidos suficientemente precisos, vinculada con su relativismo moral y sustentada en la defensa de la democracia como modelo político. Aunque Kelsen no se plantea de manera explícita la tensión entre el constitucionalismo y la democracia, contempla con desconfianza la incorporación de cláusulas sustantivas a la norma constitucional en tanto conllevan, sobre todo cuando la Constitución remite a conceptos especialmente vagos y valorativos, el peligro inherente del desplazamiento del poder del

⁵¹ En palabras de Kelsen, “no solamente el contenido de las leyes sino el de todos los demás preceptos de un orden jurídico, así como las decisiones judiciales y administrativas, pueden hallarse determinados por la Constitución” KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 148. En otros términos, “los denominados derechos y libertades fundamentales pueden ser lesionados no sólo por leyes (y disposiciones con fuerza legal) sino también por reglamentos de aplicación, actos administrativos y sentencias judiciales, es decir, también normas distintas de aquellas que aparecen con forma de ley (o disposiciones con fuerza legal) pueden tener contenidos contrarios a la constitución y ser derogadas por esa razón”, Idem, p. 153.

⁵² Vid. sobre esta cuestión PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 110, 112, 115.

⁵³ Vid., por ejemplo, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 232.

⁵⁴ “la constitución usualmente no se limita a determinar el contenido de las leyes- de la llamada legislación-sino que muy a menudo, al menos negativamente, determina el contenido de las futuras leyes precluyendo ciertos contenidos”, KELSEN, H., “The fuction of a Constitution”, cit., p.119. En el mismo sentido KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., 234.

⁵⁵ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 154. También KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 242.

⁵⁶ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 310 y 311.

legislativo al judicial⁵⁷. La propuesta kelseniana a favor de un constitucionalismo escueto – y preciso – resulta contrafáctica, pero sus reflexiones vaticinan una de las discusiones centrales que la articulación efectiva del Estado Constitucional de posguerra plantea, a saber, la legitimidad del papel preeminente que en este modelo adquieren los jueces⁵⁸.

De cualquier forma, lo cierto es que Kelsen admite la presencia de una determinación material en todos los niveles del Ordenamiento – en el caso del nivel constitucional, si se quiere, con cierto recelo – lo que supone la existencia de un “vínculo de contenido que limita la discrecionalidad de la autoridad inferior”⁵⁹. De este modo, las autoridades jurídicas (tampoco el legislador en presencia de Constituciones “rematerializadas”) no gozan de una libertad total en la elección de los contenidos de las normas que imponen. En este sentido, cabe afirmar la existencia de “un momento *estático* también en los *sistemas normativos dinámicos*”⁶⁰.

Tiene razón Delgado Pinto en que sostener que “normalmente las normas de un determinado nivel predeterminan el contenido de las normas de otro nivel” no basta “para poder afirmar que entra en juego el principio estático de validez ... para que esto pueda afirmarse es necesario que la validez de las normas se funde en su contenido, es decir, que la relación entre el contenido de la norma superior y el de la inferior sea relevante para la validez de ésta”⁶¹. En esta línea, algunos autores entienden que Kelsen sólo considera relevantes para la validez jurídica los aspectos formales del nexo de producción sin otorgar importancia en este ámbito a los aspectos materiales.

⁵⁷ PINTORE, A., “Democracia sin derechos en torno al Kelsen democrático”, cit., p. 136. Vid. también RUBIO LLORENTE, F., “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, pp. 35-67. Señala en este punto Kelsen que la inclusión en la Constitución de conceptos tales como la “equidad”, “justicia”, “libertad”, “igualdad”, “moralidad” etc... “sin precisar al menos la forma en que deben entenderse” y tales cláusulas se interpretan” convertiría en “insoportable” el poder del tribunal encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes, KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, en KELSEN, H., *Escritos sobre democracia y socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 109-155, p. 143.

⁵⁸ En este sentido PINTORE, A., (“Democracia sin derechos en torno al Kelsen democrático” ya citado) considera recuperables algunos aspectos de la propuesta de Kelsen en torno a la relación entre el Parlamento y el Tribunal Constitucional. Vid. sobre esta cuestión BARRANCO AVILÉS, M.C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 136 y 137,

⁵⁹ LUZZATI, C., “Discretion and “Indeterminacy” in Kelsen’s Theory of Legal Interpretation” en GIANFORMAGGIO, L. (ed.) *Hans Kelsen legal theory: a diachronic point of view*, Giappichelli, Torino, 1990, 124-137, p.131.

⁶⁰ LUZZATI, C., “Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen”, cit., p. 181

⁶¹ DELGADO PINTO, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, cit., p. 191.

Ciertamente, pueden encontrarse en el discurso kelseniano algunos pronunciamientos que parecen apoyar la tesis de que Kelsen considera requisitos suficientes en la determinación de la validez jurídica el elemento personal y, en su caso la dimensión procedimental. No obstante, la adecuada contextualización de estas afirmaciones pone en cuestión esta interpretación. En efecto, Kelsen señala en reiteradas ocasiones que la validez de las normas jurídicas depende de su creación por un órgano competente, pero resulta esencial precisar que la noción de órgano competente es dependiente en la teoría kelseniana de su actuación conforme con las normas superiores⁶². Tampoco la insistencia en que la validez de las normas jurídicas está en función “de la forma de su creación” puede considerarse expresión de la irrelevancia a estos efectos de los contenidos materiales. El respeto a las determinaciones materiales prefijadas en las normas superiores integra también esa “forma” esa “manera específica” en la que deben ser creadas las normas del orden jurídico (conforme a las normas superiores). Los contenidos relevantes para la validez son requisitos materiales *formalmente* delimitados. Lo que la aproximación kelseniana al fenómeno jurídico rechaza es la importancia en la determinación de la validez jurídica de los contenidos materiales externos.

A partir de lo anterior, cabe afirmar que Kelsen emplea en un sentido riguroso la noción de validez sistemática extendiendo la exigencia de conformidad a todos los aspectos regulados en las normas superiores incluidas las determinaciones atinentes a su contenido⁶³. De manera rotunda expresa esta idea incluso en su *Teoría general de las normas*: “en el caso de que no sólo el órgano sino también el contenido de la norma inferior esté determinado por la norma superior la validez de la norma inferior *se funda* sobre la validez de la norma superior, o sea, la norma inferior es conforme a la norma superior, si ha sido establecida no solamente por el órgano autorizado por la norma superior, *sino también si su contenido es conforme* a lo establecido en la norma superior”⁶⁴. Ni siquiera el último Kelsen parece adherirse a un dinamismo radical.

En este orden de cosas, posiblemente el argumento central que cabe esgrimir para rebatir la adscripción del modelo sistemático de Kelsen al tipo puramente dinámico

⁶² KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y el Estado*, cit., p. 116. Para Kelsen, “la misma noción de órgano competente depende de la validez objetiva, desde que un individuo sólo actúa como órgano cuando sigue las prescripciones de normas válidas”, WEYLAND, I., “Idealism and Realism in Kelsen’s treatment of Law conflicts” en TUR, R. y TWINING, W. (eds.), *Essays on Kelsen*, cit., pp. 249-269, p. 253.

⁶³ Vid. contra BARBERIS, M., “La norma senza qualità. Appunti su “validità” in Hans Kelsen”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 11, 1981, pp. 405-438, p. 417.

⁶⁴ KELSEN, H., *Teoria Generale delle Norme*, cit., p. 440.

radica en el papel que en su construcción desempeña el rasgo de la coherencia⁶⁵ desde su vinculación con el principio de jerarquía normativa. De entrada conviene señalar que un sistema dinámico puro admite constitutivamente las incoherencias. En efecto, su articulación sobre la base de conexiones exclusivamente formales determina que las autoridades jurídicas puedan dictar cualquier norma de manera que la existencia de dos normas contradictorias se considera perfectamente legítima y no es identificada como una patología en el funcionamiento del sistema. En un sistema puramente dinámico “el problema de la adaptabilidad de las decisiones con el conjunto de los materiales normativos no es relevante” de modo que “la fidelidad al Derecho preexistente, de la que depende el grado de coherencia que la decisión expresa ... no encuentra ningún espacio”⁶⁶.

A mi juicio, resulta evidente que no es esta la posición que Kelsen asume frente a las contradicciones normativas. En todas las etapas de su pensamiento Kelsen considera las posibles vulneraciones de los contenidos de las normas superiores, sino como conflictos estrictamente lógicos⁶⁷, sí como defectos que se enfrentan con el sentido (con la lógica) de la estructura jerárquica del Ordenamiento. Precisamente, por esta razón, incluso en aquellos momentos en los que no considera aplicable a la esfera normativa el principio lógico de no contradicción y parece asumir la validez simultánea de normas incompatibles⁶⁸, recurre al expediente de la cláusula alternativa tácita para

⁶⁵ Entiendo por coherencia la exigencia de compatibilidad, de no contradicción, o de consistencia. Existen otras nociones de coherencia que exigen una concordancia material más fuerte entre las normas como la que manejan MACCORMICK, N., (Vid. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978) o DWORKIN, R., *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1986. En mi opinión estas nociones de coherencia no repercuten en la validez de las normas jurídicas sino en su corrección o justificación.

⁶⁶ PASTORE, B., “Sistemi normativi e coerenza”, en GIANFORMAGGIO, L. (ed.) *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 367-396, p. 396.

⁶⁷ En lo que respecta a la consideración de los conflictos normativos como conflictos lógicos es posible dividir el pensamiento kelseniano en varias etapas que coinciden, como era de esperar, con las posiciones que Kelsen va defendiendo a lo largo de su obra en torno a la aplicación de la lógica al Derecho. Así, como en una primera fase, en la que Kelsen considera el principio de no contradicción – como principio lógico – directamente aplicable a la esfera normativa la coherencia se contempla como un rasgo necesario para el conocimiento del Derecho formando parte, por tal razón, de la propia norma fundamental, Vid. KELSEN, H., “Natural Law Doctrine and Legal Positivism”, cit., pp. 400 y ss. En una segunda fase representada por la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* Kelsen afirma que este principio se aplica directamente a los enunciados jurídicos que describen normas y, consecuentemente, indirectamente a las normas por lo que “el que A sea debido y que A no lo sea” le parece “tan sinsentido” como “afirmar que A es, y que simultáneamente A no es”, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 215. Finalmente en la fase no logicista Kelsen rechaza la anterior analogía y parece sostener la posible validez simultánea de dos normas incompatibles, KELSEN, H., *Derecho y Lógica*, cit., p. 9 y KELSEN, H., *Teoria Generale delle norme*, cit., pp. 352 y ss.

⁶⁸ Vid. KELSEN, H., *Teoria Generale delle norme*, cit., p. 405.

terminar negando los conflictos normativos entre normas de distinto nivel⁶⁹ salvando así, aunque como se comprobará sólo aparentemente, la coherencia y la jerarquía del Ordenamiento⁷⁰.

Dejando para un momento posterior el análisis crítico de esta doctrina, resulta esencial aclarar que la pirámide kelseniana no expresa sólo, como en ocasiones se afirma, una jerarquía lógico-estructural sino que presupone, además, una ordenación jerárquica formal que implica el diferente nivel, fuerza, o valor de las normas reguladoras de la producción (superiores) y las normas cuya producción se regula (inferiores)⁷¹. Pues bien, aunque existen diferentes comprensiones del sentido y de las consecuencias que se derivan de la instauración de una jerarquía formal su principal efecto radica, precisamente, en el “deber de los órganos creadores de normas inferiores de acatar lo dispuesto en las normas superiores”⁷². Dicho de otro modo, la inferioridad de una norma lleva aparejada “su incapacidad de establecer una reglamentación contraria a la reglamentación de la norma jerárquicamente superior”⁷³. En esta línea Kelsen afirma tajantemente la existencia de una obligación por parte de las autoridades inferiores de respetar las determinaciones materiales impuestas por las normas

⁶⁹ A través “de esta concepción de las alternativas normativas, la posibilidad de un conflicto entre las normas superiores e inferiores es eliminada desde que el comportamiento de un órgano será siempre conforme con uno u otro término de la alternativa”, WEYLAND, I., “Idealism and Realism in Kelsen’s treatment of Law conflicts”, cit., p. 254. Vid. también MORESO, J.J., *Normas jurídicas y Estructura del Derecho*, Fontamara, México, 1997, p.69 y DELGADO PINTO, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, cit., p. 200.

⁷⁰ GARCÍA AMADO, J.A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., p. 232. Aunque pueda resultar paradójico, la proyección del expediente sobre las prescripciones materiales de las normas superiores, también sobre las prescripciones materiales constitucionales, pone de manifiesto que su respeto es relevante para la validez de las normas inferiores.

⁷¹ Guastini define la jerarquía estructural como la relación que se establece “entre dos poderes normativos cuando uno deriva su existencia, su fundamento de legitimidad de otro”, GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 37. Indica este autor que las jerarquías estructurales están estrechamente vinculadas con las jerarquías denominadas “lógicas”, esto es, las que se establecen entre dos normas cuando una versa “metalingüísticamente” sobre la otra, al ser un claro ejemplo de este tipo de relación la conexión existente entre “una norma sobre la producción jurídica” y “las normas cuya producción disciplina”, Idem, pp. 40 y 41. A tenor de este criterio de ordenación, “las normas provenientes de la fuente inferior no son necesariamente inválidas en caso de que contrasten con las normas superiores”, Idem, p. 38. La jerarquía normativa consiste, precisamente, “en otorgar a algunos tipos” de normas “un valor o fuerza de obligar superior a otras: esto es, clasificar las normas en una escala de rangos en la que cada norma puede disponer sobre las de nivel inferior, en tanto que estas han de respetar estrictamente el contenido de las de nivel superior” SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 3ª ed., 1ª reimp., 2001, p. 174. Vid. en apoyo de la consideración de la jerarquía kelseniana como una jerarquía formal RUIZ SANZ, M., *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2002, p. 79 e ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y Sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 101 y 102

⁷² Vid. RUIZ MIGUEL, A., “El principio de jerarquía normativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, núm. 24, 1988, pp. 135-154, p. 149.

⁷³ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991, p. 205

superiores subrayando, además, la necesidad de articular medios técnicos que aseguren el respeto de esta obligación⁷⁴. Otra cosa es, que esa obligación no pueda ser garantizada en todos los supuestos y que, por tal razón, Kelsen tenga que articularla, finalmente, como una obligación alternativa.

De lo anterior se desprende que en la construcción de Kelsen la coherencia opera en su proyección vertical – al ser exigida estructuralmente por la noción de sistema ordenado jerárquicamente – como un criterio de validez de carácter material. De este modo, el sistema dinámico de Kelsen integra una dimensión estática que condiciona la validez de las normas inferiores a su compatibilidad o no contradicción con los contenidos de las normas superiores.

Cabe precisar que esta dimensión estática afecta en todo sistema jurídico a la validez de las normas individuales puesto que, como señaló, la presencia de normas sustantivas en el nivel de las normas generales se considera imprescindible. Ningún sistema jurídico puede ser considerado como un sistema puramente dinámico. En el marco de aquellos sistemas jurídicos que cuentan con una Constitución rígida y jurisdiccionalmente garantizada⁷⁵ la dimensión estática adquiere una especial virtualidad puesto que la validez del conjunto de las normas jurídicas depende entonces de su adecuación a las exigencias materiales constitucionales. Desde este enfoque, la teoría kelseniana, puede dar cuenta de la proyección formal y material que – como antes se apuntó – adquiere la unidad del sistema jurídico en los Estados Constitucionales⁷⁶. La comprensión del sistema jurídico en términos puramente dinámicos se ve radicalmente desmentida por el constitucionalismo.

⁷⁴ Vid, por ejemplo KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 349 y KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, trad. de L. Legaz y Lacambra, Editora Nacional de México, 1979, p. 373.

⁷⁵ En opinión de Kelsen, únicamente cuando la Constitución “no puede ser enmendada mediante legislación ordinaria” sino “mediante un procedimiento especial” que impone “condiciones más severas” “la regulación del contenido de la legislación futura por la Constitución ... tiene significación jurídica”. KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 311. En ausencia de esta rigidez Kelsen señala que no existiría una auténtica superioridad jerárquica de la Constitución, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 154 y 155. Kelsen insiste, además, en que la garantía eficaz de esa superioridad exige que se atribuya a un órgano distinto del legislativo la tarea de “comprobar si una ley es inconstitucional”, KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., 186.

⁷⁶ En efecto, puede decirse que el sistema de Kelsen aspira a la unidad de autoridades por vía de la delegación y a la unidad de contenidos normativos a través de la jerarquía normativa. Vid. sobre estos sentidos de la unidad y la visión de la jerarquía que llevan aparejada AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, pp.76 y ss. Se refiere también Aguiló, a la jerarquía axiológica, que se construye desde la contemplación del Derecho “como sistema de valores”, Idem, p. 162. Este tipo de jerarquía no es tenido en cuenta en la teoría kelseniana. En todo caso, a mi modo de ver, las jerarquías axiológicas, salvo que se articulen como jerarquías formales, no inciden en la validez de las decisiones jurídicas sino en su corrección o justificación relacionándose con el sentido más fuerte de coherencia al que antes me referí.

La presencia de esta dimensión estática en el sistema dinámico pone de relieve que para Kelsen el poder jurídico no sólo es “un poder de normas (conferido, autorizado, legitimado por normas)” sino también “un poder sujeto a (vinculado, controlado, limitado) normas”⁷⁷. Interpretada en estos términos su construcción integraría tanto el sentido “débil, lato o formal” del principio de legalidad (que condiciona las formas de manifestación de la voluntad jurídica) como su sentido “fuerte, material, o sustancial” (que condiciona sus contenidos)⁷⁸. Esta vertiente material del principio de legalidad alcanzaría en cualquier sistema jurídico al poder judicial y se extendería en el ámbito de los órdenes constitucionales a todos los poderes jurídicos incluido en legislador. Con todo, y cualquiera que sea su alcance, la operatividad de la dimensión material del principio de legalidad no depende según Kelsen de la calidad de los contenidos que exige respetar⁷⁹.

Sintetizando las reflexiones hasta aquí realizadas es posible afirmar que en la teoría kelseniana la validez de las normas jurídicas está en función de criterios formales, que aluden al órgano competente y al procedimiento de producción, y de criterios materiales que se resumen en la exigencia de coherencia con los contenidos de las normas superiores. El modelo sistemático que Kelsen propone para dar cuenta de la estructura y funcionamiento del orden jurídico no es, por tanto, un modelo puramente dinámico sino un modelo mixto que combina dimensiones dinámicas y estáticas. Ahora bien, el modelo kelseniano no puede interpretarse “como si significara que el principio estático de validez en sentido estricto se aplica dentro del orden jurídico”⁸⁰. En la construcción kelseniana una norma jurídica no se considera válida porque su contenido pueda deducirse lógicamente del contenido de una norma superior sin necesidad de que intervenga un acto normativo de una autoridad competente⁸¹. Para Kelsen, “el paso de una a otra norma del orden jurídico supone un acto de autoridad que es aplicación pero

⁷⁷ CELANO, B., *La teoría del Derecho de Hans Kelsen. Una introduzione crítica*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 370 y 371

⁷⁸ FERRAJOLI, F., *Derecho y razón*, cit., p. 856.

⁷⁹ Vid. KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y el Estado*, cit., p. 16

⁸⁰ DELGADO PINTO, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, cit., p. 193

⁸¹ *Ibídem*. En esto se distingue el modelo de sistema mixto de Kelsen del modelo sistemático mixto que se articula a partir de la operatividad disyuntiva del criterio de legalidad y del criterio de deducibilidad. Este modelo que toma como base el sistema deductivista de Alchourrón y Bulygin, considera válidas tanto las normas que han sido emitidas por un órgano competente (criterio de legalidad) como las consecuencias lógicas derivadas de tales normas (criterio de deducibilidad) con independencia de quién sea el sujeto que opere la deducción. Vid. CARACCILO, R., *La noción de sistema jurídico en la Teoría del Derecho*, Fontamara, México, 1994, pp. 53 y ss. y MORESO, J.J. y NAVARRO, P., *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 37.

también creación de Derecho. Lo que se da en el orden jurídico es simplemente una aplicación de normas cuyo resultado ha de ser otras normas no contradictorias con las aplicadas”⁸².

Desde esta premisa, la cabal comprensión del alcance del que Kelsen dota a la dimensión estática del sistema jurídico requiere analizar su doctrina de la interpretación. Como es sabido, Kelsen concibe la interpretación como un “procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una grada inferior”⁸³. En su opinión, este procedimiento no conduce a descubrir el único sentido correcto de la norma sobre la base del cual proceder a efectuar la única aplicación posible. La determinación del contenido de la norma inferior por la norma superior nunca puede ser completa⁸⁴. En todo caso, Kelsen tampoco contempla las normas materiales superiores como meras formulaciones lingüísticas vacías a las que se puede atribuir cualquier significado y, por tanto, susceptibles de dar cobertura a cualquier decisión aplicativa. La determinación material no se estima superflua, es capaz de limitar “en alguna medida” la discrecionalidad de la autoridad inferior aunque no de erradicarla.

Así, en la construcción kelseniana la interpretación jurídica entendida como “*conocimiento* del sentido del objeto interpretado” arroja como resultado la determinación del “marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco”⁸⁵. Por ello, cuando la interpretación se realiza con la vista puesta en la aplicación la autoridad competente tiene que escoger una de las significaciones de la disposición jurídica en cuestión en aras de poder alcanzar una decisión que no es la única correcta pero sí una entre las posibles⁸⁶. Desde estos parámetros Kelsen afirma que en la interpretación auténtica – esto es, en la interpretación efectuada por un órgano jurídico en el proceso de aplicación de Derecho – “la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto

⁸² DELGADO PINTO, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, cit., p. 193.

⁸³ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 349.

⁸⁴ Idem, p. 350.

⁸⁵ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 351.

⁸⁶ A propósito de esta cuestión sostiene Kelsen, “así como no se puede obtener, partiendo de la constitución, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta”, Idem, p. 353. En esto se distingue el modelo “mixto” que Kelsen maneja de aquél que se define a partir de la operatividad conjuntiva de los criterios de legalidad y deducibilidad. Según este modelo las autoridades normativas son competentes exclusivamente para dictar normas que constituyan consecuencias lógicas de otras normas del sistema. En estas coordenadas las autoridades no podrían innovar el contenido del sistema Vid. sobre este modelo CARACCIOLO, R., *La noción de sistema jurídico en la teoría del derecho*, cit., pp. 55 y ss.

de voluntad en el cual el órgano de aplicación del derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra”⁸⁷.

Lo relevante de la imagen del marco es que supone que determinadas interpretaciones quedan fuera⁸⁸. De esta forma, es posible hablar de interpretaciones posibles e imposibles, válidas e inválidas. En palabras de Kelsen, “todo acto de aplicación es conforme a derecho” – esto es, válido – “si se mantiene dentro de ese marco colmándolo en algún sentido posible”⁸⁹. Aunque se trata de una cuestión que carece de un tratamiento suficiente en la teoría kelseniana, de algunos de sus pronunciamientos parece deducirse que los significados que el marco excluye son aquéllos que se enfrentan al significado literal de las normas aplicadas y a la idea de sistema⁹⁰. En este sentido los significados posibles serían todos aquéllos que respetan el significado mínimamente determinado de la norma aplicable⁹¹ y el del resto de las normas jerárquicamente superiores⁹².

En este punto interesa señalar que Kelsen contempla la interpretación de la Constitución como un caso de interpretación jurídica, y no política⁹³, y, conviene recordar que, a su juicio, la determinación material de las normas generales por la Constitución es sólo cuantitativamente distinta de la determinación de las normas individuales por las leyes y la elección que los jueces realizan en aplicación de las normas generales, cualitativamente idéntica a la que realiza el legislador en aplicación de la Constitución. Dicho de un modo más claro, tampoco en la atribución de significado a las normas materiales constitucionales el intérprete auténtico goza en el esquema kelseniano de una libertad absoluta. La ausencia de una discrecionalidad total explica que Kelsen extienda el expediente de la cláusula alternativa tácita a las

⁸⁷ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 354.

⁸⁸ ASÍS ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 60.

⁸⁹ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 351.

⁹⁰ Efectivamente, Kelsen se refiere a los significados susceptibles de ser atribuidos a una disposición jurídica como sentidos gramaticalmente posibles (KELSEN, H., *Teoría pura del derecho. Método y conceptos fundamentales*, trad. de L. Legaz y Lacambra, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 62) Por lo que respecta a la idea de sistema sostiene Kelsen que la “posibilidad” de las interpretaciones ha de ser enjuiciada “en conexión con las posibles interpretaciones de sentido de todas las otras normas de la ley y del orden jurídico”, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 352.

⁹¹ Creo que en este punto Kelsen podría estar de acuerdo con MERKL, A., cuando señala que aunque el lenguaje de las normas permite dotar a un enunciado “de significados más o menos oscilantes”, “es igualmente cierto que excluye del todo determinados significados”, MERKL, A., “Il duplice volto del diritto” en *Il duplice volto del diritto*, trad. de C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 99-128, p. 125.

⁹² La contemplación del sistema como un conjunto jerárquico y coherente de reglas implica que la interpretación de un enunciado no pueda dejar de tomar como referente las disposiciones de rango superior a las que no puede contradecir. La interpretación de la Constitución adquiere así una importancia esencial.

⁹³ KELSEN, H., “Ciencia y política”, en KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, cit., pp. 254-283, pp. 278-280.

prescripciones materiales constitucionales en aras dar cuenta de los supuestos en los que los órganos de aplicación no respetan el marco – limitado- de opciones que tales prescripciones les ofrecen.

En todo caso, la doctrina interpretativa kelseniana adolece de una importante insuficiencia, que comparte con otros planteamientos positivistas, y que se hace especialmente patente en el contexto de los sistemas constitucionales. Se trata de la despreocupación por la exigencia de justificación de las decisiones y, con ello, por la argumentación jurídica. A mi juicio, Kelsen acierta al entender el “espacio librado a la libre discrecionalidad del órgano” como un cauce abierto al juego de juicios de valor morales o políticos y cuando considera que tal apertura implica que el resultado de la interpretación esté siempre condicionado, en alguna medida, por las preferencias del intérprete. Ahora bien, se equivoca cuando considera que la discrecionalidad interpretativa no puede ser racionalizada⁹⁴. Pues bien, coincido con la apreciación de L. Prieto “si algo cambia en el panorama jurídico tras la Constitución de principios garantizada a través de mecanismos jurisdiccionales, es precisamente el papel que ha de asumir la argumentación o el razonamiento jurídico; y una teoría del Derecho no puede dejar de levantar acta de este fenómeno”⁹⁵. Posiblemente, la nula atención prestada a la argumentación jurídica tiene algo que ver con la reticencia de Kelsen a poner en manos de los jueces la interpretación de una Constitución repleta de valores materiales⁹⁶.

En definitiva, en la construcción de Kelsen la relación material o estática – de coherencia, de compatibilidad – que incide en la validez jurídica se circunscribe a la no trasgresión del marco de significados posibles de las normas sustantivas superiores⁹⁷. Más allá de este límite la validez de las opciones materiales que se expresan en la creación de normas inferiores dependen de la dimensión dinámica del sistema, esto es,

⁹⁴ Según Kelsen la elección del significado considerado “correcto” dentro del marco de significados semántica y sistemáticamente admisibles constituye exclusivamente “una interpretación que desde un punto subjetivo-político es más deseable que otra interpretación” (KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 356) y, más aún, se trata de un acto puramente volitivo “sobre el que la razón no tiene ya ninguna capacidad control y frente al que la ciencia jurídica no tiene nada que decir”, RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 29 y 30.

⁹⁵ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 133. En todo caso, aunque el positivismo tiene que dar cuenta de la importancia de la argumentación no puede proponer una teoría de la argumentación pues ello supone una reflexión sobre el Derecho justo.

⁹⁶ Tiene razón Kelsen en que “la aplicación de las normas sustantivas de la Constitución por parte de los jueces conduciría a un poder inaceptable” si no se contara “con algunas reglas del razonamiento generalmente compartidas”, PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*

⁹⁷ Desde esta visión, las normas sustantivas de la Constitución “admiten diversas posibilidades de desarrollo” “no necesariamente coincidentes entre sí y respetuosas con el contenido de la Constitución al mismo tiempo”, eso sí, no admiten cualquier desarrollo. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Positivismo jurídico y sistemas mixtos*, cit., p. 617.

de la competencia del órgano que escoge con independencia de que puedan considerarse más o menos correctas. Por ello, y aquí es donde la visión kelseniana necesita ser completada, su “eventual justificación requiere desarrollar una teoría de la argumentación jurídica cuya racionalidad compense el déficit de justificación que de tales normas o decisiones a la luz de un criterio estático de validez”⁹⁸.

IV. La vulneración de la dimensión estática: el problema de las normas materialmente irregulares.

Las consideraciones realizadas en los apartados precedentes permiten concluir que en la concepción kelseniana la validez de las normas jurídicas no depende sólo de que hayan sido creadas por un órgano competente a través del procedimiento adecuado sino también de su compatibilidad con el significado mínimamente determinado de las normas sustantivas superiores. En este sentido, su construcción puede dar cuenta del papel que desempeñan los contenidos constitucionales como criterios de validez material.

A partir de aquí, pero sólo a partir de aquí, tiene sentido plantearse qué consecuencias se derivan de la vulneración de esos contenidos por parte de las autoridades jurídicas. En palabras de Kelsen, “puesto que el orden jurídico representa una construcción escalonada de normas entre sí en relación de supra y subordinación y dado que una norma sólo pertenece a determinado orden jurídico porque y en tanto su producción corresponde a una norma superior determinante, surge el problema de un posible conflicto entre una norma de nivel superior y una norma inferior, es decir, la pregunta: *qué vale como derecho* cuando una norma no corresponde a la norma que determina su producción, y especialmente, a la norma que predetermina su contenido”⁹⁹.

La respuesta de Kelsen a esta cuestión consiste en entender que, finalmente, *vale como derecho* lo que establezca el órgano competente. De esta forma, los criterios formales de validez prevalecen sobre los criterios materiales y el sistema jurídico se configura, en última instancia, desde la óptica kelseniana, como un sistema normativo dinámico. Expondré a continuación los argumentos en los que Kelsen fundamenta esta visión.

⁹⁸ PRIETO SANCHÍS, L., “La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la teoría de N. Bobbio” en *La figura y el pensamiento de N. Bobbio*, A. LLAMAS (ed.), BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994, pp. 97-112, pp. 109 y 110.

⁹⁹ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 273 y 274.

El planteamiento de Kelsen parte de la consideración de que “la pregunta referente a si una norma producida por un órgano jurídico corresponde a la norma superior” no puede “separarse de la pregunta sobre quién está facultado por el orden jurídico para resolver la pregunta previa”¹⁰⁰. Vinculación que implica, en el contexto de un sistema dinámico caracterizado por la institución de poderes normativos, que la cuestión de la adecuación material de las normas inferiores a las normas superiores “sólo puede ser contestada por el órgano que determine el orden jurídico, conforme al procedimiento determinado por el orden jurídico”¹⁰¹. Desde esta premisa, la primacía que Kelsen concede a los criterios formales de validez se basa en dos presupuestos estrechamente relacionados en su construcción.

El primero de estos presupuestos consiste en la afirmación de la anulabilidad como regla exclusiva en el ámbito jurídico y en el rechazo radical a la categoría de la nulidad¹⁰². Kelsen confiere a la decisión que anula un precepto jurídico un carácter constitutivo de su invalidez, de manera que las normas que vulneran los contenidos de las normas superiores - y, por tanto, las normas materialmente inconstitucionales - tienen que considerarse válidas hasta que no se pronuncian los órganos competentes¹⁰³. Las razones que conducen a Kelsen a mantener esta tesis tienen que ver con la identificación que establece entre los conceptos de existencia, validez y obligatoriedad¹⁰⁴. Desde estos parámetros, invalidez material sólo opera a partir del pronunciamiento del órgano competente de manera que la repercusión efectiva de la dimensión estática en la validez de las decisiones jurídicas depende de la dimensión dinámica.

El segundo de los presupuestos que conducen a Kelsen a otorgar preponderancia a los criterios formales de validez radica en la consideración de que la invalidez material

¹⁰⁰ Idem, p. 274.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 191.

¹⁰³ Idem, pp. 189 y 190. Como apunta Moreso, “todas las leyes son válidas (están de acuerdo con la Constitución) hasta que no sean declaradas (constituidas como inválidas) por un órgano específico, MORESO, J.J, *Normas jurídicas y estructura del Derecho*, cit., p. 71.

¹⁰⁴ Así, señala Kelsen “una norma jurídica no válida es una no existente, es la nada jurídica”(KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p.185) la ley inválida “no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico”, KELSEN, H, *Teoría pura del derecho*, cit., p.277. Importa precisar que la existencia a la que Kelsen se refiere no es la mera existencia fáctica del acto, sino su existencia específica en el ámbito del deber ser que, como es sabido, implica que la norma es cuestión es una norma jurídicamente vinculante, precisamente, porque es válida, esto es, por razón de su conformidad con las normas superiores. Así, también el hecho de que la propiedad de ser válida y la de ser obligatoria “se den coextensivamente” obliga a Kelsen a calificar como válidas, esto es, como conformes a Derecho a las normas materialmente irregulares, RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, cit., p. 63.

sólo opera a partir del significado que los órganos competentes para enjuiciarla atribuyen discrecionalmente a los contenidos sustantivos de las normas superiores. En efecto, en opinión de Kelsen, las decisiones interpretativas del órgano que tiene atribuida la última la palabra acerca del significado de los contenidos materiales pueden salirse del marco de las opciones interpretativas posibles¹⁰⁵. El carácter plenamente libre que revisten las decisiones interpretativas últimas se proyecta ineludiblemente sobre los juicios de validez material.

Así, según Kelsen, la discusión acerca de si “una norma inferior corresponde o no a otra superior” “no puede continuar indefinidamente” sino que “debe tener un término” que viene dado por la presencia de un tribunal de última instancia que es el único “que tiene competencia para interpretar de manera definitiva y auténtica las normas generales que han de aplicarse al caso singular”¹⁰⁶. De esta forma, “es un hecho que el problema de si hay una norma general que deba ser aplicada por el tribunal y *cuál debe ser el contenido de tal norma*, sólo puede ser resuelto por dicho tribunal, (si se trata de un tribunal de última instancia)”¹⁰⁷. Es, por tanto, el órgano habilitado para emitir un pronunciamiento final sobre la conformidad material de las normas inferiores con las normas superiores el que establece de manera discrecional el significado de estas últimas y decide a partir de tal interpretación si las primeras lo contradicen. La respuesta autoritativa a la cuestión de la concordancia material es constitutiva descansando su validez, no en su contenido, “sino sólo en la competencia del órgano que contesta”¹⁰⁸.

Vistas así las cosas, la limitación material que la presencia de una dimensión estática proyecta sobre la actuación de los órganos competentes se torna ficticia y paradójica pues su sentido depende totalmente de las decisiones de las propias

¹⁰⁵En palabras de Kelsen, “por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no sólo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco de la norma aplicable”. Y ello porque “mediante una interpretación auténtica semejante puede crearse derecho ... tan pronto el acto del órgano de aplicación no puede ser dejado sin efecto, por haber adquirido fuerza de cosa juzgada. Que muchas veces se cree nuevo derecho por vía de semejante interpretación auténtica – especialmente por los tribunales de última instancia – es un hecho bien conocido” KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 355.

¹⁰⁶ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y el Estado*, cit., p. 184. En este pasaje Kelsen estaría reservando el calificativo “auténtica” para dar cuenta de las interpretaciones que tienen autoridad de cosa juzgada, esto es, que no pueden ser atacadas.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ DICIOTTI, E., “Operative Interpretation and Systemic Validity” en GIANFORMAGGIO, L., y PAULSON, S.(eds.), *Cognition and interpretation of law*, Giappichelli, Torino, 1995, pp.51-83 p. 63.

autoridades jurídicas, esto es, de la dimensión dinámica¹⁰⁹. Lo relevante, por tanto, a la hora de tratar con los contenidos materiales constitucionales, no serían en última instancia los contenidos sino la presencia de órganos competentes para determinarlos. Y de ahí que adquiriera todavía mayor importancia la cuestión de quién debe tener la última palabra a la hora de establecer su sentido.

Pues bien, la combinación de los dos presupuestos manejados por Kelsen, implica que sólo los criterios formales son absolutamente decisivos para la validez de las decisiones jurídicas. En efecto, “la tesis de Kelsen en virtud de la cual una norma está vigente – y es por tanto válida – mientras no sea anulada, aunque su contenido sea aparentemente contrario al de una norma superior...conduce a admitir una validez *prima facie* desde el momento en que la norma ha sido emitida por un órgano del ordenamiento jurídico”¹¹⁰. Igualmente, y vinculado con lo anterior, la consideración de que en el ámbito jurídico los juicios autoritativos últimos acerca de la conformidad material de las normas inferiores con las normas superiores son los que tienen valor jurídico con carácter definitivo conduce a Kelsen a reconocer el valor jurídico provisional de los efectuados por los órganos creadores de las normas inferiores hasta que un órgano habilitado para controlar su actuación, en caso de que exista, se lo arrebate¹¹¹.

En estas coordenadas teóricas, las normas materialmente irregulares - las sentencias y reglamentos ilegales, las normas inconstitucionales por razones de

¹⁰⁹ Manejando esta visión, y en relación con los contenidos incorporados en la Constitución, subraya Troper, “para establecer la compatibilidad o la incompatibilidad” con los principios constitucionales “no basta con el entendimiento sino que es necesario un determinado procedimiento por parte de un órgano dotado de una cierta autoridad, que haya establecido previamente el contenido de los principios de referencia” de manera que la exigencia de compatibilidad “no significa, pues, conformidad con la razón, sino compatibilidad con la decisión del órgano de control”. Ciertamente, “las autoridades competentes para promulgar actos que pueden ser declarados no conformes a la constitución por el órgano de control, están y permanecen obligadas a ejercer sus competencias conforme a las disposiciones constitucionales” pero hay que precisar “conforme a las disposiciones constitucionales tal y como las interpreta el órgano de control”, TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, cit., p. 288. Así, “los poderes públicos, en la medida en que están sometidos al control, están sometidos, efectivamente a la constitución, pero esa constitución es aquella que el órgano de control interpreta”, *Ibidem*.

¹¹⁰ Indica Troper que este es el “verdadero sentido” que tiene en la construcción de Kelsen la calificación del Derecho como sistema dinámico, TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, cit., p. 149.

¹¹¹ Vid. RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, cit., pp. 62-64. Entiende Kelsen que “si un tribunal decide un caso concreto y afirma que al hacerlo ha aplicado determinada norma jurídica general, la cuestión queda resuelta en un sentido positivo, y permanece así resuelta mientras la sentencia no sea revocada por la decisión de un tribunal superior”, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 275. En aquellos supuestos en los que el sistema no ha previsto un órgano de control de la constitucionalidad de las leyes considera que “el órgano legislativo es el único facultado para resolver si la ley que ha dictado es constitucional, es decir, si el procedimiento mediante el cual adoptó la ley, y el contenido que se dio a la ley, corresponden a la constitución ... la decisión positiva de esta cuestión queda incluida en la implantación misma de la ley por el órgano legislativo”, *Idem*, p. 279.

contenido - son normas válidas con carácter provisional o definitivo y su validez descansa en razones formales, esto es, en el poder del órgano que “crea, aplica o valida estas normas”¹¹².

No obstante, conviene precisar que Kelsen no admite abiertamente esta conclusión sino que intenta convertir las normas materialmente irregulares en normas regulares, recurriendo al expediente de la cláusula alternativa tácita. En la construcción de Kelsen la validez de las normas inferiores depende de su conformidad material con las normas superiores y por ello no se entiende cómo pueden recibir tal validez cuando vulneran sus contenidos. Importa insistir en que si el sistema descrito por Kelsen se ajustara al modelo estrictamente dinámico este artificio teórico carecería de todo sentido, “no cabría hablar como problema de que cualquier Derecho que choque con la Constitución puede ser válido en virtud de la mera autorización del órgano que lo dicta”¹¹³. En virtud del expediente de la cláusula alternativa tácita los órganos de última o de única instancia, y, finalmente todas las autoridades jurídicas, quedan habilitadas bien para producir normas con el contenido prescrito por las normas superiores o bien con el contenido que ellas mismas decidan¹¹⁴. Así, la tesis de la alternatividad elimina la posibilidad de que se trasgredan las determinaciones materiales de las normas superiores puesto que las normas que violan la alternativa expresa se ajustan por definición al contenido de la alternativa tácita cuya determinación depende en exclusiva de la voluntad del órgano competente.

Importa advertir que la doctrina de la cláusula alternativa tácita no pretende rechazar radicalmente la relevancia de los condicionamientos materiales impuestos por las normas superiores. Así, Kelsen considera que las normas que se ajustan a la alternativa explícita tienen mayor valor mientras que las que se dictan en virtud de la alternativa tácita “pueden ser derogadas por razón de su deficiencia”¹¹⁵. Y contempla los supuestos en los que es necesario recurrir a esta vía alternativa como patologías, en última instancia inevitables¹¹⁶, pero, en todo caso, no deseables y excepcionales¹¹⁷.

¹¹² PAULSON, S., “Material and formal authorisation in Kelsen’s Pure Theory”, *Cambridge Law Journal*, 1989, núm. 39, p. 172.

¹¹³ GARCÍA AMADO, J.A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., p. 238, nota 197

¹¹⁴ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 275 y 276. Como se apuntó Kelsen aplica también esta doctrina a las normas constitucionales distinguiendo dos supuestos aquél en el que no existe un órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes, y aquél en el que se cuenta con este órgano, Vid. *Idem*, pp. 279 y 280. En todo caso, conviene insistir en que desde los órganos últimos la alternativa se extiende también a las autoridades jurídicas cuyos actos son susceptibles de anulación, *Idem*, p.276.

¹¹⁵ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, 1ª ed., p. 124.

¹¹⁶ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 188.

Sobre la doctrina de la cláusula alternativa tácita se han proyectado toda una serie de críticas que subrayan los efectos devastadores que de ella se derivan para una visión sistemática de lo jurídico. Quizá la más objeción más contundente es aquella que señala que la tesis de la alternatividad afecta no sólo a la determinación del contenido, sino también a la determinación procedimiento¹¹⁸, e incluso a la determinación del órgano competente lo que conduce a la afirmación “evidentemente absurda de que el Derecho positivo autoriza a cualquiera a dictar normas con cualquier contenido y mediante cualquier procedimiento”¹¹⁹. Esta consideración se enfrenta radicalmente con la idea de sistema, incluso con la idea de sistema puramente dinámico¹²⁰.

Ciertamente, la respuesta que Kelsen propone frente al problema de las normas materialmente irregulares, y, por tanto, su posición en torno al estatus normas inconstitucionales por razones de contenido, resulta manifiestamente insatisfactoria. En todo caso, procede aclarar que las aporías en las que incurre no responden al manejo “de una visión paleopositivista de la validez ligada a una estructura simplificada de la legalidad que ignora la sujeción al derecho, no sólo formal sino también sustancial, de las fuentes del derecho en los ordenamientos dotados de Constitución rígida”¹²¹. Se trata más bien, de un intento – fallido – de explicar la posibilidad de que esta sujeción no se respete y de que, a pesar de ello, las normas que escapan a tal vinculación desplieguen efectos jurídicos. De los errores de Kelsen y de las razones que los motivan cabe extraer, además, algunas enseñanzas que pueden ayudar a resolver un dilema que no es exclusivo del Derecho del constitucionalismo pero que se plantea con especial vigor en este contexto.

Así, en primer lugar, la formulación del expediente de la cláusula alternativa tácita revela que, desde una concepción sistemática de lo jurídico, las normas que vulneran los contenidos de las normas superiores tienen que considerarse inválidas. Todas las concepciones que, asumiendo una visión sistemática del Derecho, sostienen que las normas materialmente irregulares son válidas por razones formales se ven

¹¹⁷ KELSEN, H., *Teoría Generale delle Norme*, cit., p. 405.

¹¹⁸ Esta extensión es reconocida expresamente por Kelsen quien señala que investiga sólo el caso en que se cuestiona la correspondencia material “en homenaje a la brevedad”, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 274 y 275

¹¹⁹ RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, cit., p. 67 siguiendo a NINO, C.S., “El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría pura del derecho”, en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, cit., pp. 131-146, p. 139.

¹²⁰ DELGADO PINTO, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como sistema normativo dinámico”, cit., p. 200.

¹²¹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 21.

abocadas a una ficción, menos artificiosa y de consecuencias quizá menos catastróficas que la de la cláusula alternativa tácita pero en cierto sentido, similar e igualmente incompatible con la idea de sistema. Estas concepciones, parecen ignorar que los criterios formales plantean idénticos problemas de ineficacia, indeterminación y presencia de decisiones últimas que los criterios materiales y que estos problemas merecen exactamente las mismas respuestas cuando se proyectan sobre la dimensión dinámica que cuando lo hacen sobre la dimensión estática. Lo que vale para el contenido vale también para el procedimiento y para el órgano¹²².

En segundo lugar, el fracaso de Kelsen a la hora de reconducir las decisiones irregulares al Ordenamiento pone de manifiesto que tales decisiones rebasan “las lindes del sistema jurídico”¹²³. En este sentido deben rechazarse ciertas propuestas explicativas que, enfrentándose expresamente a la solución kelseniana, afirman la invalidez de las normas materialmente irregulares pero intentan mantener el fenómeno de la irregularidad en los confines de la noción de sistema.

El primer tipo de planteamientos parte de la diferenciación entre dos nociones de conformidad con las normas que regulan la producción de otras normas una fuerte o plena y otra débil¹²⁴. Un ejemplo de este tipo de posiciones es la disociación que propone Ferrajoli entre la *vigencia* de las normas, concepto con el que designa “a la validez sólo formal de las normas tal cual resulta de la regularidad del acto normativo” y su *validez* que hace referencia “a la validez también sustancial de las normas producidas, es decir, de sus significados o de sus contenidos normativos”¹²⁵. En consecuencia, cuando una norma no respeta las condiciones formales de validez del acto de producción normativa se considera como no vigente mientras que si incumple los requisitos sustanciales de validez se entenderá que la norma no es válida aunque esté vigente. Desde mi punto de vista, la falta de adecuación de esta concepción deviene, por un lado, de que se proyecta exclusivamente en relación con los Estados Constitucionales olvidando que el fenómeno de la ilegitimidad surge en todos los sistemas jurídicos. De otro lado, Ferrajoli no tiene en cuenta que el problema de la irregularidad puede plantearse en forma idéntica en relación con las condiciones formales determinantes de la “vigencia”.

¹²² MORESO, J.J., *Normas Jurídicas y Estructura del Derecho*, Fontamara, México, 1997, p. 82.

¹²³ Repetidamente Kelsen afirma que las decisiones irregulares se sitúan de alguna forma en los límites de la idea de sistema. Posiblemente la reflexión más clara a este respecto se encuentre en KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, cit., p.385.

¹²⁴ CELANO, B., “Justicia procedimental pura y teoría del Derecho”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 407-427.

¹²⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp.357-360.

El segundo tipo de planteamientos se apoya en la distinción entre validez y obligatoriedad afirmando que las normas irregulares son inválidas aunque aplicables u obligatorias¹²⁶. Pues bien, de nuevo, en este punto cabe el fenómeno de la irregularidad pues puede ocurrir que algunos órganos no tengan la obligación de aplicar estas normas irregulares y que, sin embargo, lo hagan¹²⁷. No obstante, la distinción entre la validez y la aplicabilidad o la obligatoriedad resulta útil, en primer lugar, para explicar la función que desempeña la institución de la cosa juzgada¹²⁸. En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, puede recurrirse a esta oposición para dar cuenta de la naturaleza de los pronunciamientos de nulidad que se presentan, desde esta óptica, como declarativos en relación con la validez jurídica pero constitutivos respecto de la aplicabilidad de las normas afectadas¹²⁹.

En definitiva, el problema de la irregularidad expresa un conflicto – que Kelsen condicionado en este punto por el neokantismo no puede plantear abiertamente pero del que no deja de ser consciente – entre el Derecho válido y el Derecho efectivo que se aplica y se obedece¹³⁰. La cláusula alternativa tácita es la manera que Kelsen tiene “de evitar reconocer que lo que hace que sea jurídica la norma cuyo contenido contradice lo

¹²⁶ Adoptando esta vía, señala Bulygin, “en un primer sentido de validez (el de la concordancia con la norma superior, es decir, la legalidad) una ley inconstitucional o una sentencia ilegal son claramente inválidas. Pero como tales normas son obligatorias y “obligatorio” es, para Kelsen sinónimo de válido, resulta que son válidas e inválidas a la vez. Si bien en realidad no hay contradicción alguna, pues la palabra válido tiene diferente significado en cada caso. Kelsen (que no advierte la ambigüedad) se ve constreñido a recurrir a un remedio dramático: para eliminar la aparente contradicción introduce su famosa cláusula alternativa tácita mediante la cual se otorga competencia a cualquier a todos los órganos jurídicos para dictar normas con cualquier contenido. De esta manera todas las normas de un orden jurídico positivo se vuelven analíticamente válidas”, BULYGIN, E., en ALCHOURRÓN. C. y BULYGIN, E., *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 355-369.

¹²⁷ MORESO, J.J., *Normas Jurídicas y Estructura del Derecho*, cit., p. 84.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ En esta línea GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., p. 316 considera que “la invalidez de una norma legislativa depende exclusivamente de su incompatibilidad con una norma constitucional, y no de la opinión de la corte a propósito” por lo que la sentencia que anula la ley en cuestión “pronunciada por la corte constitucional es, desde el punto de vista de su contenido, una *declaración* de invalidez, no es constitutiva de la invalidez” pero, en todo caso, “el juicio de la corte es *constitutivo* - o sea es condición necesaria – de los efectos que produce: la no aplicación de la ley. Pues es constitutivo (no de la invalidez, sino) de la pérdida de eficacia de la ley”.

¹³⁰ Kelsen no deja de señalar que la posible consolidación de decisiones jurídicas “irregulares” implica que el “principio de legitimidad” en su dimensión formal y material –que exige que las normas inferiores correspondan con las determinaciones que sobre “su creación o su contenido” establecen las normas superiores – se encuentra limitado por el “principio de efectividad”, Vid. KELSEN *Teoría pura del derecho*, cit., p. 282 y KELSEN, H., *Teoría Generale delle Norme*, cit., p. 405. Y ello, precisamente, porque los mecanismos arbitrados por el sistema jurídico para asegurar el respeto del primero no pueden prolongarse indefinidamente de manera que “no puede existir una garantía absoluta de que la norma inferior corresponda a la superior. La posibilidad de que la primera no corresponda a la segunda, que determina la creación y el contenido de aquella ... no quedan jamás excluidas”, KELSEN, H, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 184.

prescrito en una norma superior es el hecho de su eficacia”¹³¹. Este conflicto muestra que la concepción sistemática de lo jurídico sólo sirve para describir el funcionamiento regular del Derecho planteándose como un modelo normativo en relación con la praxis irregular del poder efectivo¹³². El Derecho sistemáticamente válido no es siempre el *Derecho que es*, sino que, en ocasiones, es el *Derecho que debe ser*¹³³. En todo caso, la praxis irregular del poder se considera inválida atendiendo a criterios materiales (y formales) que son internos y no externos, esto es, que están fijados en el propio Derecho positivo¹³⁴, y por esta razón, se trata de una visión que puede ser asumida por el positivismo jurídico.

Desde este enfoque, la crítica al Derecho inválido – pero efectivo – se convierte, como apunta Ferrajoli, en una de las funciones de la ciencia jurídica¹³⁵. Y ello supone una *cierta* corrección del papel que Kelsen le asigna. La matización resulta pertinente porque Kelsen considera que, si bien el científico no puede elegir ni pronunciarse acerca de cuál de las aplicaciones posibles de un enunciado jurídico es la más adecuada, sí puede examinar “si estas normas creadas por el legislador se ajustan a la Constitución” o si “la decisión judicial es conforme o no a la norma general aplicada por el tribunal”¹³⁶. De todos modos, como es sabido, el resultado de este análisis carece finalmente en su construcción de consecuencias relevantes en el plano de la validez jurídica. Pues bien, Kelsen concede esta prerrogativa a la ciencia jurídica en tanto entiende que con tal examen no estaría realizando un “juicio de valor subjetivo” sino un “juicio de hecho”¹³⁷.

La afirmación de Kelsen, aunque exagerada, creo que contribuye a poner de relieve algunos excesos del planteamiento de Ferrajoli. Según este autor “los juicios sobre la validez ... cuando consisten en la valoración de la conformidad o

¹³¹ GARCÍA AMADO, J.A., “Hablando de Kelsen con Delgado Pinto” en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 1199-1209, p. 1209.

¹³² MORESO, J.J., *Normas Jurídicas y Estructura del Derecho*, cit., 89; MORESO J.J. y NAVARRO, P., *Orden jurídico y sistema jurídico*, cit., p. 116 y PAULSON, S., “Material and formal authorisation in Kelsen’s Pure Theory”, cit., p. 185.

¹³³ La presencia de actos jurídicos irregulares significa, en efecto, como sostiene FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 876 y ss. que el nivel normativo del deber ser se ve conculcado en el nivel fáctico del ser que la tensión entre las normas y los hechos se resuelve a favor de estos últimos. En todo caso, y en contra de lo señalado por este autor, se trata de una tensión a la que ya aludía Kelsen, KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, cit., pp. 327 y 328.

¹³⁴ Cuestión distinta sería la de la valoración que merezcan, en términos de justicia y de legitimidad, los propios criterios de validez.

¹³⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 872 y ss.

¹³⁶ Vid. KELSEN, H., “Ciencia y política”, cit., p. 274.

¹³⁷ *Ibidem*.

disconformidad de las normas con los valores expresados en las normas superiores a ellas, son, como escribe Bobbio, no ya juicios de hecho ... sino juicios de valor ... es obvio que los juicios de validez o de invalidez ... son más o menos opinables”¹³⁸. Si el juicio de (in) validez material es opinable entonces es el parecer del órgano competente, y en caso de controversia el del máximo órgano competente, el que ha de considerarse válido. Sólo cuando las decisiones jurídicas de los órganos competentes se enfrentan de manera indubitada con las determinaciones materiales de las normas superiores, cuando desbordan manifiestamente el marco de las opciones interpretativas posibles, es el “rostro” del conocimiento y no el de la aplicación el que da cuenta del Derecho válido¹³⁹.

Un análisis detenido de su pensamiento revela que Kelsen no defiende una visión del orden jurídico en términos exclusivamente formales, que niegue toda repercusión de los contenidos materiales en la validez de las normas jurídicas. Por esta razón su concepción dinámica del sistema jurídico no resulta incompatible con el funcionamiento del Derecho del constitucionalismo sino que más bien permite explicar algunos, aunque no todos, de los rasgos que lo caracterizan. La teoría kelseniana adolece en este contexto de ciertos puntos débiles que, o bien afectan específicamente a los contenidos materiales constitucionales o bien se agravan en el marco del Estado Constitucional. Pero incluso allí donde se torna obsoleta, incompleta o equivocada la aportación de Kelsen tiene la virtualidad de plantear problemas centrales objeto de importantes discusiones en la actual cultura jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

¹³⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 874 y 875. Esta afirmación genera contradicciones en el seno del modelo garantista que, en otras ocasiones, parece configurar los contenidos materiales constitucionales con un alto grado de determinación.

¹³⁹ En este sentido, me parecen especialmente iluminadoras las reflexiones de MERKL, A., en “Il duplice volto del diritto”, En palabras de Merkl, “hablamos de leyes inconstitucionales, de reglamentos, sentencias, actos administrativos ilegítimos, en una palabra de actos ilegítimos de un órgano y, desde el punto de vista estatal, de actos estatales nulos y anulables; que, sin embargo, en opinión del órgano o del pseudo-órgano que los ha adoptado constituyen derecho de forma incuestionable ... Según se adopte el punto de vista del órgano que ha decidido o del observador objetivo, el derecho se presenta de forma diversa. Se llega de esta forma a identificar dos sistemas jurídicos diferentes – el del conocimiento y el de la aplicación – entre los cuales hay conflicto y surge la pregunta ¿cuál de ellos está en lo cierto? ¿están ambos en lo cierto?”, MERKL, A., “Il duplice volto del diritto”, cit., p. 110.

AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.

ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Positivismo jurídico y sistemas mixtos” en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 601-622.

- *Poder, Ordenamiento jurídico y derechos*, Cuadernos del Instituto Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1997.

ASÍS ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.

- *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.

- *Jueces y normas, La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995

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

BARRANCO AVILÉS, M.C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

BOBBIO, N., “Hacia una teoría funcional del Derecho” en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976, pp. 9-30.

- *Teoría General del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991.

- *Diritto e potere. Saggi sui Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

- *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y A. Greppi, Madrid, 1993.

BULYGIN, E., “Sentencia judicial y creación de Derecho” en ALCHOURRÓN. C. y BULYGIN, E., *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 355-369.

CARACCILO, R., *La noción de sistema jurídico en la Teoría del Derecho*, Fontamara, México, 1994.

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

CELANO, B., *La teoría del Derecho de Hans Kelsen. Una introduzione crítica*, Il Mulino, Bologna, 1999.

- “Justicia procedimental pura y teoría del Derecho”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 407-427.

DELGADO PINTO, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, 1977, pp. 175-208.

DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1982.

DICIOTTI, E., “Sistema statico e sistema dinamico. Ontologia e metodologia” en GIAFORMAGGIO, L. (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici, Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 97-141

- “Operative Interpretation and Systemic Validity” en GIANFORMAGGIO, L., y PAULSON, S.(eds.), *Cognition and interpretation of law*, Giappichelli, Torino, 1995, pp.51-83.

- DWORKIN, R., *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1986.
- EBENSTEIN, W., *Teoría pura del derecho*, trad. de J. Malagón y A. Pereña, Fondo de Cultura Económica, México, 1947.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, *Filosofía política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, R. Cantareno y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999.
- GARCÍA AMADO, J.A., "Hablando de Kelsen con Delgado Pinto" en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 1199-1209.
- GARCÍA AMADO, J.A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GUASTINI, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999.
- *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993.
- ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y Sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989.
- KELSEN, H., *La teoría pura del derecho. Método y conceptos fundamentales*, trad. de L. Legaz y Lacambra, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
- "Natural Law Doctrine and Legal Positivism" en *General Theory of Law and State*, trad. de A. Wedberg, Harvard University Press, Cambridge, 1949, pp.389-446.
- "Justicia y derecho natural" en *Crítica al Derecho Natural*, trad. de Elías Díaz, Taurus, Madrid, 1966, pp. 29-163.
- *Derecho y lógica*, trad. de U. Schmill Ordóñez y J. Castro Valle, UNAM, México, 1978.
- *Teoría General del Estado*, trad. de L. Legaz y Lacambra, Editora Nacional de México, 1979.
- *Teoria Generale delle Norme*, a cura de M. Losano, trad. de M. La Torre, Einaudi, Milano, 1985.
- "The Function of a Constitution" en TUR, R., y TWINING, W. (eds.), *Essays on Kelsen*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 111-119.
- "La garantía jurisdiccional de la Constitución" en KELSEN, H., *Escritos sobre democracia y socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 109-155.
- "El Derecho como técnica social específica" en KELSEN, H., *¿Qué es Justicia?*, cit., pp. 152-182.
- "Ciencia y política" en KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, cit., pp. 254-283.

- “El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho” trad. de I. W. de Ortiz y J. A. Bacqué en KELSEN, H., *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Fontamara, México, 1992, pp. 45-90.
- *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, Porruá, Buenos Aires, 7ª ed., 1993.
- *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1995.

LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 295

LLAMAS CASCÓN, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1993.

LUZZATI, C., “Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen” en GIAFORMAGGIO, L. (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici, Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 165-202.

LUZZATI, C., “Discretion and “Indeterminacy” in Kelsen’s Theory of Legal Interpretation” EN GIANFORMAGGIO, L. (ed.) *Hans Kelsen legal theory: a diachronic point of view*, Giappichelli, Torino, 1990, 124-137.

MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

MERKL, A., “Il duplice volto del diritto” en *Il duplice volto del diritto*, trad. de C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 99-128.

MORESO, J.J. y NAVARRO, P., *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

NINO, C.S., “El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría pura del derecho” en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, cit., pp. 131-146.

NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 9ª ed., 1999.

PASTORE, B., “Sistemi normativi e coerenza”, en GIANFORMAGGIO, L. (ed.) *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 367-396, MORESO, J.J., *Normas jurídicas y Estructura del Derecho*, Fontamara, México, 1997.

PATTARO, E., *Elementos para una Teoría del Derecho*, trad. de I. Ara Pinilla, Debate, Madrid, 1986.

PAULSON, S., “Material and formal authorisation in Kelsen’s Pure Theory”, *Cambridge Law Journal*, 1989, núm. 39, pp. 172-193

PECES BARBA, MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

- “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, Epílogo a la obra de ZAGREBELSKI, G., *El derecho dúctil*, 1ª Edición, Trotta, Madrid, 1995, pp. 157-173.

PÉREZ BERMEJO, J.M., *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006..

PINTORE, A., “Democracia sin derechos en torno al Kelsen democrático”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 119-144.

PRIETO SANCHÍS, L., “La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la teoría de N. Bobbio” en *La figura y el pensamiento de N. Bobbio*, A. LLAMAS (ed.), BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994, pp. 97-112.

- PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

RUBIO LLORENTE, F., “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, pp. 35-67

RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990

RUIZ MIGUEL, A., “El principio de jerarquía normativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, núm. 24, 1988, pp. 135-154.

RUIZ SANZ, M., *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2002.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 3ª ed., 1ª reimp., 2001.

TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau, Dykinson, Madrid, 2001

WEYLAND, I., “Idealism and Realism in Kelsen’s treatment of Law conflicts” en TUR, R. y TWINING, W. (eds.), *Essays on Kelsen*, cit., pp. 249-269.

WRÓBLEWSKI, J., “Dilemmas of the Normativistic Concept of Legal System”, *Rechtstheorie*, Beiheft 5, 1984.