

Kelsen y la unidad del Estado/Derecho: de las premisas kantianas a la ficción imaginada

Hans Kelsen and the Unity of Law: From Kantian Premises to Imagined Fiction

José Antonio SANZ MORENO

Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. UCM
sanzmorenoja@cps.ucm.es

Recibido: 3.9.08

Recibido con modificaciones: 11.2.09

Aprobado definitivamente: 9.3.09

RESUMEN

La unidad del derecho en la obra de Hans Kelsen, desde la primera vinculación a la metodología kantiana hasta su metamorfosis por el abandono de los principios lógicos en el derecho positivo, ya no nos parece segura. Para comprobarlo se presentan los elementos básicos de su ciencia jurídica: de un lado, las premisas neokantianas; de otro, una descripción positivista del derecho. La difícil relación entre ambos postulados acaba siendo insostenible y todo el edificio de la unidad *Derecho = Estado* termina por derrumbarse. El sistema escalonado de normas (supra e infra-ordenadas, hasta llegar a la *Constitución jurídico-positiva*), con la *Grundnorm* como *Constitución lógico-jurídica* que valida toda la unidad del Derecho (ordenación jerarquizada, coherente y plena), no se rechaza, pero cambia su fundamento último: de *hipótesis lógica* (norma presupuesta) a *ficción imaginada* (contradictoria con la realidad y consigo misma). La función esencial de la Norma Básica sigue siendo la fundamentación de la validez de todas las normas que forman el orden jurídico, pero modifica su naturaleza y se convierte en la ficción que necesitan, tanto los juristas como los destinatarios de las normas, para interpretar –dentro un sistema coercitivo y en términos generales efectivo– los mandatos subjetivos *como si* fueran normas objetivas/válidas. Y cuando las normas positivas sólo pueden ser fundamentadas por los actos de voluntad de los individuos que las crean, la unificación entre ordenación estatal y derecho internacional, junto con la nueva reconstrucción de la democracia –desde la participación de todos los ciudadanos que se hayan sometidos a un sistema jurídico positivo– serán los nuevos ejes para reformular una ciencia del derecho que ya no puede neutralizar el poder, ni confundir la mera legalidad con la legitimidad del sistema.

PALABRAS CLAVE: Unidad, derecho, estado, metodología, norma fundamento, ficción, legitimidad.

ABSTRACT

The unity of law in the work of Hans Kelsen, from his first Kantian methodology to his metamorphosis through the abandoning of the logical principles in positive law, no longer seems so certain. In order to test this thesis the basic elements of his legal science are presented: on the one hand, the neo-Kantian premises; on the other, a positivist description of law. The difficult relationship between these two elements are finally unsustainable and all building of the unity *Law = State* eventually collapse. The tiered system of norms (super-ordinate and sub-ordinate norms, whose highest level is the *Constitution in positive-legal sense*), with the *Grundnorm* as *Constitution in the transcendental-logical sense* that

validates the whole unity of law (hierarchical, coherent and total order), is not rejected, but changes its final foundation: from *logical hypothesis* (presupposed norm) to *imagined fiction* (not only contradicting reality but also within itself). The essential function of the *Basic Norm* is still the grounding of the validity of all the norms forming the juridical order, but it changes its nature and becomes the fiction they need, both jurists and addressees of the rules, to interpret – within a by and large effective coercive system– the subjective commands *as if* they were objective valid norms. And when the positive norms can only be founded by acts of will of the individuals who create them, the unification between state order and international law, together with the new reconstruction of democracy – from the participation of all the citizens who have been submitted to a positive-legal system– will be the new lines to reformulate a juridical science that no longer can neutralize the power, nor confuse the mere legality with the legitimacy of the system.

KEYWORDS: Unity, law, state, methodology, basic norm, fiction, legitimacy.

SUMARIO

1. Presupuestos kantianos y positivismo. 2. El *como si* de la ordenación jurídica escalonada. 3. La lógica abandona el derecho. 4. Ficción imaginada y respuesta democrática.

1. PRESUPUESTOS KANTIANOS Y POSITIVISMO

El amor a la democracia y la búsqueda de la verdad recorren la producción científica del jurista más importante del siglo XX: Hans Kelsen (1881-1973) (Sosa, 2005: 379-420). En este sentido, el encuentro con Kant (1724-1804) será decisivo para articular sus presupuestos metodológicos en combinación con la disciplina que practica, el derecho positivo (Goyard-Fabre, 1993: 9-43; Steiner, 1986: 65-75).

La *Crítica de la razón pura* se convierte en *pura ciencia jurídica*. Las coincidencias son llamativas –la obra de Kant tuvo dos ediciones (1781 y 1787), y también el trabajo más influyente de Kelsen, la *Reine Rechtslehre* (1934 y 1960)–, pero más lo son las diferencias: de las dos ediciones de la *Crítica* la segunda pretende clarificar la anterior, pero no busca su sustitución; en Kelsen, las modificaciones de fondo son relevantes (en la primera el presupuesto kantiano sigue firme; en la segunda la duda sobre la aplicación de la lógica en el derecho no puede ignorarse, una duda que cuando se confirme acabará desmoronando el edificio entero). Al final, las divergencias se agudizan: si el *Opus postumum* de Kant (1882), aunque disperso y complejo, refrendaba la segunda edición de la *Crítica*, la obra póstuma de Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), niega tantas veces a la *Teoría Pura* que la dinamita.

El propio Kelsen afirma que la “unidad indestructible” de su sistema desarrolla “un germen” que se hallaba latente para construir una *ciencia pura del derecho*, separada del poder y de cualquier matiz meta-jurídico: “una teoría de la sociedad real (Sociología) y del Derecho positivo” (Kelsen, 2002: CLXXXVIII-CLXXXIX). Sin embargo, precisamente con Kant, tanto manipula el germen que lo convierte en un virus del que resulta difícil desprenderse. Veamos la mutación.

Los teóricos del Estado y del Derecho serán conscientes, a partir de Kelsen, de la necesidad de exponer su metodología y los axiomas en los que se asienta para romper con las duplicidades del siglo XIX. La búsqueda de una ciencia del derecho purificada de toda contaminación sólo podrá lograrse si ponemos el acento en el método elegido. Con ayuda de la raíz kantiana de sus presupuestos metodológicos, bajo la influencia

de Hermann Cohen (1842-1918) y de la Escuela de Marburgo (Carrino, 1990: 169-181), Kelsen fue el primero en hacerlo: de un lado, separación radical entre el *ser* y el *deber ser*; de otro, observación de todo orden coercitivo efectivo como *Estado/Derecho*.

Si partimos de la distinción entre *ser* y *deber*, la única forma de analizar del derecho es a través de un vínculo lógico que neutralice, en una estructura jurídica, el poder. El conocimiento puramente intelectual de Kant se convierte en ciencia lógica-formal para la unidad jurídica: el derecho es descrito como conjunto lógico e integrado de normas (sistema coherente y completo, que no admite ni la contradicción, ni la ausencia de plenitud). La separación kantiana entre conocimiento válido y mera percepción subjetiva –asumida por la Escuela de Marburgo con todas sus consecuencias– será trasladada a la ciencia del derecho con la distinción entre la validez objetiva de la norma y la subjetividad de los simples mandatos de un hombre a otro hombre. Kelsen busca eliminar toda contaminación que rompa la pureza de su ciencia con un método unívoco que permita describir el derecho como unidad plena de sentido.

Sin embargo, la unión entre los dos enfoques, kantiano y positivista, no pudo ser pacífica y nunca lo fue. De ahí la *paradoja kelseniana*: sin los postulados de Kant su obra no se mantiene; con ellos, estará abocada al fracaso.

No obstante, antes de entrar en dicha paradoja, conozcamos los presupuestos kantianos en la obra de Kelsen: **A) La ciencia define su objeto de estudio**. La ciencia jurídica determina, de manera creadora, su ámbito en el derecho; el conocimiento del científico, como entendimiento pensante en busca de unificación, se completa con el objeto a conocer, el ordenamiento positivo; **B) Autonomía de la ciencia jurídica y unidad del derecho**. No podemos renunciar a la independencia de nuestra ciencia, ni a la unidad de su objeto de estudio; por tanto, doble unidad: de un lado, teoría del conocimiento (la ciencia del derecho); de otro, objeto a conocer (el derecho positivo); **C) Método unívoco**. Para lograr una ciencia jurídica, pura y autónoma, debemos romper con cualquier combinación sincrética; la dualidad del Estado de Jellinek –forma espiritual y entidad natural– se supera con el método lógico-trascendental; **D) Separación entre dos**

mundos, de la naturaleza y del espíritu, el ser (sein) y el deber ser (sollen). Distinción radical que nos coloca en uno de estos mundos, prescindiendo, en lo posible, del otro; el derecho y su elemento básico, la norma, serán los objetos de estudio del científico jurídico, y, como tales, formas que pertenecen al mundo del *deber ser*; la identidad *Derecho/Estado* describe un mundo dominado por el monopolio estatal de lo jurídico; el redundante Estado de Derecho y el problema de la *auto-obligación* del Estado por el Derecho se resuelven en la *auto-reproducción* normativa en un orden que rechaza equívocas dualidades; **E) Distintos principios para las ciencias naturales y del espíritu.** Dos mundos separados, principios de explicación diferentes: 1) determinismo natural con el principio de *causalidad* (relaciones causa-efecto infinitas); 2) normatividad de la ciencia jurídica y principio de *imputación/zurechnung* (relación condición-consecuencia finita); el derecho puede ser descrito como unidad a partir de su ordenación en un sistema de *imputación* (a los hombres en cuanto personas jurídicas en relación con otras) y *fundamentación* (de unas normas en otras normas hasta llegar a la *Norma fundamento*); **F) Diferencia entre validez y eficacia.** La validez, cualidad del mundo del *deber ser*; la eficacia, expresión de la realidad natural; pero si nuestro objeto de estudio lo fijamos en el mundo del deber, la norma también estará en ese mundo; la existencia de la norma jurídica consiste no en su mera eficacia sino en su validez, es decir, en la obligatoriedad de sus prescripciones para los sujetos a los que va dirigida; la eficacia (del ser) es la condición – necesaria, no suficiente– de la validez (del deber), pero no su fundamento; y, sin embargo, la realidad positivista nos arrastra (sin *orden coactivo eficaz* no podemos hacer la transformación del *como si* estuviéramos ante un *ordenamiento jurídico válido*); **G) Aplicación de la lógica.** El derecho precisa de una ordenación lógica en las normas que lo integran; los principios de la lógica – en particular los juicios sobre lo verdadero y lo falso, el principio de no contradicción y la regla de la inferencia– son aplicables a las normas jurídicas; **H) La ciencia jurídica no sólo responde al cómo sino también al porqué.** La *Teoría Pura* no busca únicamente *describir el funcionamiento* del derecho, sino también *descubrir su fundamento*;

la norma jurídica entendemos que es válida, en cambio, la orden de un delincuente (aunque sea obedecida) o el impuesto mafioso (aunque sea pagado) no los cumplimos por ser actos válidos, sino por abuso de coacción y/o miedo; pero ¿cuál es la razón que posibilita la percepción de la norma como válida?, y la respuesta lógica es que la validez de una norma sólo puede fundamentarse en otra norma; no obstante, el sistema –sucesivamente escalonado– debe encontrar su punto final; **I) La teoría de la Grundnorm.** Ni realidad natural, ni principio meta-jurídico, construcción lógico-hipotética como fundamento último del ordenamiento jurídico en su conjunto, de cada una de las normas que lo integran y de la primera Constitución; la lógica del conocimiento puro se convierte en la necesidad de hallar la fundamentación del derecho sin apelación a otras fuentes – éticas, teológicas o existenciales– que las propiamente jurídicas; la *Grundnorm* como *auto-reflexión* del científico jurídico para el análisis *auto-reproductor* del derecho; punto final epistemológico para distinguir el mundo de los hechos naturales (conducta humana) del mundo de las normas jurídicas (prescripciones de un deber ser) que permite cerrar la cadena jerárquica de unas normas en otras y posibilita la observación del mero mandato coercitivo/efectivo como norma válida y obligatoria.

Pero si los postulados kantianos determinan la metodología de Kelsen, otro planteamiento condiciona su teoría: el *positivismo*. Si, con Kant, la doctrina kelseniana obtiene su fundamento, sin los elementos positivistas el objeto a conocer perdería su concreción científica; de ahí la concurrencia siempre difícil entre unos y otros.

Así podemos ver la evolución de su obra como un péndulo unidireccional que, aunque lo intenta, nunca logra el equilibrio entre las premisas neokantianas y la firmeza positivista. Kelsen, que comienza primando el componente kantiano, acaba desbordado por una descripción positivista, tan radical, que rompe el edificio lógico de la unidad del derecho. Por eso no podemos presentar los presupuestos kantianos sin referirnos a su positivismo: **A) Todo derecho es positivo, es decir, obra de y para los hombres.** A pesar de las diferentes formas de analizar lo jurídico, el científico sólo persigue “la

esencia del derecho, su estructura típica, independientemente del contenido variante que ha tenido en las diferentes épocas y países” (Kelsen, 1995b: 8); **B) Para observar el derecho debemos partir de los hechos: un orden coercitivo que, en términos generales, es efectivo.** Discernir la causa que hace que esa ordenación coactiva, con efectividad, se convierta, en la interpretación de quienes la reciben, en sistema jurídico; para ello, la relación de imputación de la norma jurídica, como cadena finita de dos eslabones de lo debido, no puede agotarse en sí misma; al contrario, precisa de una visión completa, como integración en la unidad jurídica resuelta con la inserción de la teoría de la norma (*nomoestática*) en la teoría del ordenamiento (*nomodinámica*); **C) Distinción entre Poder y Derecho, Ciencia Política y Ciencia Jurídica.** Neutralizar el elemento subjetivo de la política con su descripción de lo debido; por ello, el derecho es la técnica social que parte de lo efectivo para presentar lo válido.

La confluencia del método kantiano y del análisis positivista se presenta en el *como si* de Kelsen: lo dado –un orden coactivo, eficaz en términos generales– se describe como si fuera ordenamiento jurídico válido. Pero la definición del derecho desde la coacción ya había sido asumida por Kant: “*el derecho está ligado a la facultad de coaccionar*” (Kant, 1994: 40). El derecho, aunque fundamentado en la conciencia individual de cada uno, se apoya en la posibilidad de una coacción exterior; por eso la ley recoge la unidad de ambos: “derecho y facultad de coaccionar significan, pues, una y la misma cosa” (Kant, 1994: 41-42). El derecho es el instrumento que garantiza la coexistencia de las distintas esferas de libertad: “Hay que definir mi *libertad* exterior (jurídica) como la facultad de no obedecer a las leyes exteriores sino en tanto en cuanto he podido darles mi consentimiento” (Kant, 1986: 222). Pero esta concepción del derecho, compatible con la libertad y la igualdad externa, también lo es con la posibilidad de ejercer la coacción contra los individuos. Frente a las normas de la moral, como normas autónomas, las reglas del derecho son heterónomas, y aunque deben servir para salvaguardar nuestra libertad e igualdad jurídica (consentimiento y obligatoriedad de la ley) también se caracterizan por su carácter coactivo (Kant, 1986, 222-223).

Kant analiza el derecho como forma, partiendo de un elemento constitutivo, la coacción; pero en Kelsen el elemento que define el derecho no se encuentra en el contenido material de la regulación, sino en el propio ejercicio del poder coactivo, consustancial a la ordenación normativa. Así, frente a la posición tradicional que concibe a las normas jurídicas como prescripciones coactivas, lo novedoso es su apelación no a la norma concreta –unas podrán ser coactivas; otras, no–, sino el carácter coercitivo de todo el orden, eficaz en la mayoría de los casos.

Sin embargo, tampoco podía quedarse varado aquí. Necesitaba presentar toda estructuración social, coactiva y eficaz, *como si* fuera ordenamiento jurídico válido. Y, de nuevo, el influjo de Kant sigue siendo profético.

2. EL *COMO SI* DE LA ORDENACIÓN JURÍDICA ESCALONADA

Kelsen considera el sistema efectivamente impuesto *como si* fuera orden del *deber ser*. Y para no caer en el error de romper con su postulado epistemológico de separación entre los mundos del *ser* y del *deber* precisa de una ordenación normativa en la que cada una de sus normas –como *deber ser*– se fundamente en otra norma, en otro deber. La construcción normativa, como conjunto unificado de normas, supra e infraordenadas, sigue el principio de la lógica kantiana que afirma que los conceptos están subordinados unos a otros y unificados entre sí para que no aparezca la contradicción. No obstante, la ordinaria –y errónea– reducción de la unidad jurídica a su imagen piramidal pudo servir como simplificación de lo complejo, pero ahora será mejor prescindir de las pirámides faraónicas y volver la vista al eterno hereje.

Como renacido Akhenatón, Kelsen abandonó el *positivismo antiguo* de antes de la Primera Gran Guerra y descubrió un *nuevo imperio positivista* (Mortati, 2000: 21-34). Y, para encontrar la pureza, por encima de la vieja pirámide escalonada se alzó el gran disco solar. La *Grundnorm* –el dios Atón de Amenofis IV– irradia su validez sobre sujetos y elementos: los individuos (siempre personas jurídicas) y las normas (convertidas en núcleos del sistema jurídico). Es la *Grundnorm* y no la cima de la construcción

escalonada la que fundamenta, como pura creación del pensador jurídico, la validez de cada uno de los niveles del ordenamiento y de cada una de sus normas, comenzando por la primera, la Constitución jurídico-positiva. La *Norma Fundamento* de lo positivo, sin ser ella misma norma positiva, permite observar el orden jurídico como unidad indisoluble: bendice con sus rayos a cada una de sus normas; y, al tiempo, convierte a los hombres en personas meramente jurídicas. De ahí nuestra analogía: si quitamos de Tell el-Amarna todo componente teológico y presentamos el presupuesto pensado del que se vale Kelsen, más nos sirve contemplar el disco solar y su modelo de unidad que las pirámides de Menfis: la *Grundnorm* determina la validez (existencia/obligatoriedad) de las normas y define todos los elementos del derecho (incluidos los individuos, objetivados como conjuntos de derechos y obligaciones en las relaciones jurídicas); una *Norma Fundante* que traduce lo subjetivo en objetivo y transforma a toda persona en instrumento de imputación normativa.

No obstante, el propio Kelsen tampoco pudo descansar ahora. La inacabada *Allgemeine Theorie der Normen* se nos presenta como el final de una vida dedicada a la ciencia, consciente de sus errores. No podíamos volver, de nuevo, a un análisis del derecho “desenfocado” desde la norma, y, sin embargo, el plural del título ya nos aclaraba su contenido: las normas son actos constitutivos de los hombres.

La unidad perfecta del ordenamiento pierde su sentido totalizador con la renuncia de Kelsen a mantener la lógica dentro del derecho y ante el nuevo fundamento de las normas en los actos de voluntad que las crean. El principio de jerarquía, la coherencia entre las normas y la seguridad jurídica empiezan a tambalearse y, por ello, se hace evidente la ficción que los sustenta.

3. LA LÓGICA ABANDONA EL DERECHO

Cuando Kant define el modelo de Estado, con sus tres poderes clásicos, construye la libertad a partir del silogismo de su razonamiento jurídico: la deducción lógica de la ley (*legislador*) a la sentencia (*poder judicial*), pasando por el mandato del *gobernante ejecutivo* (Kant,

1994: 142-143, 149). Y Kelsen, a pesar de haber proclamado la rémora histórica de la división de poderes en el *Estado Postliberal* del siglo XX, esperó demasiado para cuestionar la aplicación de la lógica en la relación entre normas dentro de un ordenamiento (Sanz, 2002: 191-220). La falsa separación de poderes del *Estado de Derecho* se había convertido en unificación de funciones de unos órganos estatales que participan, todos ellos, en el mismo proceso de reproducción jurídica (*órganos + procedimientos + contenidos normativos*): dentro de un sistema escalonado, cualquier institución pública, al tiempo que *aplica e interpreta* norma superior, *crea* norma inferior. En este sentido, el modelo de defensa de la Constitución, concentrado en su *Tribunal Constitucional* (Lagi, 2007: 159-187) es el ejemplo más elocuente de la triple función de todo órgano estatal: el supremo intérprete (*órgano hermenéutico*) aplica la Constitución (*órgano jurisdiccional* especializado) e innova el derecho con sus sentencias (*órgano político legislativo*).

Hasta los años sesenta Kelsen seguía apegado, al menos en parte, al silogismo kantiano, es decir, admitía la deducción racional de la norma singular en la norma general. Pero, poco después, comienza a rechazar la aplicación de la lógica en el derecho y nada volverá a ser como antes.

La debilidad de las premisas neokantianas caminaba, en paralelo, a su mayor imbricación con la realidad positivista. Por eso, cuando la lógica abandone el derecho, *la Gorgona del Poder* reaparece en el viejo Kelsen (Métall, 1976: 37).

Al llevar sus postulados hasta sus últimas consecuencias, Kelsen redujo lo jurídico a un envoltorio formal tan perfecto que no servía para describir lo real: nadie se ensuciaba con los guantes profilácticos de su metodología. Pero la lógica del *deber ser*, como puro análisis del derecho, no sirve para observar unas relaciones humanas que, aunque condicionadas por las normas, no se reducen a meras deducciones de lo mayor (más general) en lo menor (más singularizado). Toda norma, incluso en el caso de que se confirme su idoneidad con la norma superior que aplica, es creación de nuevo derecho, por ser el sentido de un acto constituyente y no la conclusión de ningún razonamiento lógico. La validez de la norma se plasmará, así, en su existencia

(producto de un acto de voluntad) y en su prescripción obligatoria (cumplimiento generalizado por las personas cuyo comportamiento delimita).

Si el método original primaba la separación entre los mundos del *ser* y del *deber*, con la huída de la lógica aparece otra distinción: el mundo de la *creación jurídica* (actos de voluntad) y el de la *significación* (conocimiento científico). Toda aplicación del derecho es interpretación constitutiva, y, por eso, siempre son posibles decisiones dispares e incluso contradictorias, aunque se digan fundamentadas en la misma norma habilitante. La unidad del ordenamiento jurídico —como sistema escalonado, coherente y pleno—, consistía en que la norma superior podía predeterminar no sólo el procedimiento formal de la norma inferior que valida (modelo dinámico) sino también su contenido (modelo estático); pero la determinación material nunca pudo ser completa. A pesar del empeño del legislador positivo por predecir el contenido de la norma inferior, siempre hay partes genéricas que conllevan un margen de discrecionalidad; se aplicará la norma superior, ya que ésta hace que podamos entender como norma a la inferior, pero cualquier interpretación será válida si así se adopta por el órgano que, con su decisión, crea derecho.

La ciencia del derecho se convierte en un marco dentro del que se dan numerosas posibilidades; un marco, que, sin embargo, no dibuja el cuadro, al no poder definir, de manera sistémica y cerrada, las contingencias que rodean al derecho. Ningún órgano jurídico —ni tampoco jurisdiccional— puede ser *rechtsautomat*: su aplicación no es neutra, ni meramente técnica; en cuanto creación de nueva normatividad realizan un acto de poder, nunca subsumible a la normación predeterminada por la norma superior en la que dicen apoyar sus decisiones. Más aún, incluso en el caso de no circunscribirse a las distintas posibilidades, dentro de los límites predeterminados por el derecho aplicable, hasta que la decisión no sea anulada nos encontraríamos ante una norma válida, es decir, conforme a derecho. La búsqueda de la seguridad jurídica se torna quimérica cuando se reconoce la imposibilidad lógica de derivar unas normas de otras: cada norma es un acto volitivo y, con ello, su resultado es más impredecible que seguro.

Pero para llegar aquí Kelsen tuvo que recorrer un largo camino que, desde la no distinción entre *norma jurídica* y *proposición jurídica*, pasando por su separación, comienza en la *aplicación directa* de la lógica en el derecho, prosigue con su *aplicación indirecta* a través de los enunciados, y concluye en su *definitivo desistimiento*.

Veamos los tres momentos: **1º De los *Hauptprobleme* (1911) a la Primera Edición de la *Reine Rechtslehre* (1934)**. Mantiene la concepción tradicional de la doctrina alemana al consideran términos sinónimos las normas y las proposiciones jurídicas (*Rechtsnormen = Rechtssätze*); la norma/proposición es un juicio hipotético, y, por tanto, sometida a verdad o falsedad; la no separación entre actos de voluntad y actos de pensamiento permite la aplicación directa de la lógica en la relación entre normas; **2º De la *General Theory of Law and State* (1945) a la *Reine Rechtslehre* de 1960**. Separación nítida entre norma y proposición; la norma jurídica es creación del derecho y acto de voluntad de la autoridad competente para dictarla; la norma no se halla sometida a dictamen sobre su verdad/falsedad, sino a la simple constatación de su existencia (validez) o inexistencia (nulidad); en cambio, la proposición jurídica es mera descripción de la norma por el científico del derecho, y, como tal, acto de conocimiento y juicio hipotético (verdadero o falso); no se puede aplicar directamente la lógica en el derecho, pero cabe su aplicación indirecta por mediación de las proposiciones jurídicas; a la norma, como acto creado por la autoridad jurídica, no le son aplicables los principios lógicos, pero, a través de la proposición, como labor descriptiva del científico jurídico, se conecta —indirectamente— la lógica con las normas; la labor interpretativa, realizada por la ciencia jurídica, podrá presentar la contradicción entre las normas para su resolución y deducir la norma inferior desde la superior; así, de manera indirecta, se puede salvar la unidad y la coherencia entre normas dentro de un ordenamiento; **3º A partir de *Derogation* (1962), pasando por *Die Funktion der Verfassung* (1964) y *Recht und Logik* (1965), hasta llegar a la *Allgemeine Theorie der Normen* (1979)**. Pueden coexistir antinomias y es imposible la inferencia de la norma inferior desde la superior. La solución de los conflictos entre normas no se resuelve mediante el *principio de no contradicción*, sino

a través de un acto de decisión normativa (una tercera norma que deroga expresamente a una o a las dos normas en conflicto, de manera definitiva o, en su caso, en la resolución impuesta); también se rechaza la aplicación de la *regla de la inferencia*, es decir, entre la norma general y la norma individual no cabe deducción mecánica; la imposibilidad de aplicación de los principios lógicos (no contradicción e inferencia), ni directa, ni indirectamente, se combina con otro cambio de efecto devastador, la *Grundnorm* no se rechaza pero de hipótesis lógica pasa a falsa ficción.

La validez formal que había acompañado a la *Teoría Pura* repudia su componente lógico: las normas son, siempre, fruto de un acto de voluntad, y, en cierta medida, creación libre de derecho (Cracogna, 1998: 92-93). La ciencia jurídica ni crea derecho, ni es capaz de resolver los conflictos internormativos a través de la interpretación. La *aplicación de derecho* significa, al unísono, *interpretación prescriptiva* (acto impositivo del operador jurídico) e *interpretación creativa* (no sujeta a reglas lógicas). La solución del conflicto entre normas –tanto del mismo nivel (*lex posterior derogat legi priori*) como entre norma superior e inferior (*lex superior derogat legi inferiori*)– depende de la decisión singular que crea derecho. El abandono de la lógica se ha consumado y, con él, se prescinde de la construcción hipotética para el análisis del ordenamiento como unidad jerárquica y coherente. La mediación entre principios lógicos y derecho quiebra: ni las proposiciones jurídicas (que posibilitaban una aplicación indirecta de la lógica en las normas), ni la *Grundnorm* (como norma/hipótesis que fundamenta la validez de cada una de las normas y del orden en su conjunto), pueden ocultar la realidad de un derecho fruto de la discrecionalidad humana.

Cuando la lógica reniega de su vínculo con el derecho los criterios que sustentaban el orden normativo caen definitivamente: a) la *unidad*, cerrada y jerarquizada, deja paso a la pluralidad de relaciones entre los distintos órdenes y subórdenes según una distribución abierta de competencias; b) la *plenitud* de un sistema completo se resuelve como combinación de unos órdenes con otros; c) la teórica *coherencia* entre normas se convierte en contradicción efectiva y decisión resolutoria por un tercero, el órgano innovador

del derecho; d) la *seguridad jurídica* es un espejismo –proclamado, pero irrealizable– cuando se admite como válida cualquier decisión tomada por el órgano que, en su aplicación interpretativa de la norma superior, crea otra norma.

No estamos en un modelo deductivo de lo particular en lo general, sino ante un modelo creativo donde la norma superior sirve para validar *formalmente* a la norma inferior, pero que no puede encerrar, en todos sus extremos, la capacidad innovadora del órgano que toma la decisión que es norma jurídica: *validación material* como sentido concreto de la nueva norma y *fundamentación efectiva* en el acto de creación.

La ciencia en ningún caso puede crear derecho, ni predecir, unívocamente, hacia dónde se decantará la decisión. El “concepto de constitución” no es que se convierta en “relativo” (Kelsen, 1986: 118), sino que se inserta en cada acto volitivo que produce derecho. En su búsqueda de la separación entre el poder y lo jurídico, Kelsen llega a la conclusión de que todo acto creador de derecho lo es en tanto que *decisión constitutiva* de la autoridad: todo hecho, productor de normas jurídicas, conlleva un acto de voluntad, y como tal, es una decisión, en mayor o menor medida, política.

El alquimista de la pureza deja paso al relativista que repudia la observación del ordenamiento jurídico como un todo, cerrado y coherente, basado en la unidad lógica de las normas que lo integran. Los distintos significados que contienen las normas se combinan con la recuperación del papel central del acto subjetivo en el proceso de producción jurídica. Si cualquier ciencia expresa sus resultados en signos, qué decir de la jurídica donde también sus elementos básicos –las normas– se componen de signos del lenguaje (Robles, 2006a: 65-80; 2006b: 67-95).

Y para ser descifrados contamos, según Kelsen, con dos sistemas paralelos: de un lado, el científico y su *descripción/constatación*; de otro, la autoridad competente y su *creación/innovación* jurídica. Pero en su aproximación final se rechaza la intersección de ambos sistemas a través de la hermenéutica: las reglas sobre la interpretación, formuladas por la ciencia del derecho o incluso insertadas en el derecho como prescripciones, podrán delimitar

formalmente la solución de los conflictos entre normas, pero su resolución será siempre decisión efectiva de la autoridad competente.

La unidad de la razón jurídica, como construcción lógica del derecho, había desdeñado tanto a la voluntad y a su decisión creadora que se da de bruces con ellas.

La relación entre la norma superior y la norma inferior se fundamenta en la mediación, necesaria y suficiente, del acto por cuya decisión se crea. La relación internormativa no se construye sobre principios lógicos, sino a partir de un acto volitivo de la autoridad capaz de imponerlo. La validez de las normas no se puede definir a través de una deducción lógica que, desde la validez de la norma superior, infiera la validez de la norma inferior. El acto de voluntad, cuyo sentido es la norma concreta, no se encuentra implícito en el acto de voluntad cuyo sentido es la norma general; de ser así el derecho podría predecirse mediante una operación cognoscitiva de tipo lógico, lo que no es más que la ilusión de la certeza jurídica.

Si ante juicios lógicos podemos afirmar que la verdad del enunciado individual se deduce, consecuentemente, de la verdad del enunciado general, esta concatenación no se realiza cuando estamos ante actos de voluntad que crean normas y fundamentan su validez. Cuando la norma se define como sentido de un acto de voluntad se rechaza la posibilidad de su reproducción fundamentada en un acto pensado. Ni los conflictos entre normas se resuelven a través del principio de no contradicción, ni sirve de nada asumir una deducción automática de la norma individual en el contenido de la norma general. La solución de la antinomia depende de la pérdida de la validez de una de las normas –o de ambas– con carácter general o para la resolución concreta, y, en cualquier caso, es una tercera norma (derogatoria) la que determina el sentido del nuevo derecho.

Por otra parte, cuando la norma positiva es fruto de un acto de voluntad y no producto de su adecuación al contenido de la norma superior, la regla de inferencia, de lo general a lo particular, pierde su virtualidad práctica. La solución no la aportan los principios lógicos sino su propia validación en la práctica jurídica como acto de voluntad que concreta, de manera efectiva, el sentido de la norma.

Ya no cabe hablar de la auto-reproducción del derecho en un proceso lógico y formal: las normas se recrean por mediación de actos humanos y son el resultado de dichos actos. La validez, fundamentada lógicamente, deja paso a su realización por el acto constitutivo que la origina: una concreción que en principio fue pensada como lógica para acabar siendo definida como actuación volitiva.

Independientemente de la posibilidad de predecir con antelación una determinada resolución jurídica, incluso en el caso de aquellas normas inequívocas que no admiten más de una interpretación, ahora la validez proviene de un acto de voluntad. Lo volitivo se inserta en la norma para imponer un determinado comportamiento a los sujetos que son sus destinatarios. El sentido material de la norma, ya sea general o individual, vendrá determinado por esa discrecionalidad: el contenido normativo recoge la subjetividad creativa de su emisor (errores, ignorancias, corruptelas, etc.).

Fracasada la neutralización técnica del Derecho, el Poder vuelve del ostracismo al que lo había condenado Kelsen. El abismo entre lo abstracto y lo concreto, no puede ser llenado por la lógica, sino por un hecho (Ross, 1999: 403). La relación *abstracto/concreto* no es lógica, sino mediación entre hechos y acciones humanas. La aplicación de lo general en lo particular se concreta no con una deducción lógica sino a través de un salto volitivo, consciente y creador. La distinción entre el *ser* y la lógica del *deber ser* no se mantiene cuando la norma no se define ya como instrumento lógico del pensar jurídico sino como acto de voluntad.

El peaje que pagó Kelsen por renunciar a la lógica y volver a la realidad puede ser llamado *irracionalismo* (Losano, 1985: XVII-LXI; Weinberger, 1986: 194-198; Carrino, 1988: 14-20), pero demuestra la coherencia de un autor que fue capaz de dinamitar su propia construcción sin hallar un recambio que la sustituyera.

Aunque más que hablar de irracionalidad nos encontramos con el último positivismo de Kelsen; un positivismo con fuerte acento volitivo. La voluntad subjetiva (acto creador de derecho) se impone al juicio lógico (conocimiento del pensador racional). El *método jurídico* se separa de la *lógica formal* al observar un modelo de derecho estatal que se abre, desde la efectividad,

al ordenamiento jurídico internacional *in statu nascendi* (cada vez más centralizado y con mayores competencias) (Kelsen, 1965: 173). Y, sin embargo, la unidad del derecho dentro del Estado mundial, que Kelsen anhela, tampoco se vislumbra (Kelsen, 1982: 182; Losano, 2007).

Pero, en cambio, es fácil asumir un derecho condicionado por los hechos; un derecho como acto creado, en todo caso, por la voluntad humana, con su existencia (validez) vinculada a la efectividad de sus prescripciones.

Las normas jurídicas son, por un lado, producidas por actos de voluntad subjetiva; y, por otro, como determinación de los comportamientos de los hombres, sus prescripciones deben ser, hasta cierto punto, cumplidas. La reproducción normativa –definida la norma como prescripción de un acto volitivo humano– reniega de la coherencia que los principios lógicos aportaban en el pasado. Frente al empeño por observar el derecho positivo como orden objetivo Kelsen tendrá que admitir la incapacidad de presentar lo jurídico desde presupuestos lógicos.

Su fórmula para discernir entre derecho y hechos, entre lo válido y lo eficaz, entre lo supuesto y lo real, no puede cerrar el análisis del derecho: en la maraña de múltiples centros de producción normativa y entre la infinidad de normas aplicables sólo las normas efectivamente impuestas muestran la existencia positiva del derecho; y, siempre, con la concreción que de las mismas hagan los operadores con capacidad para hacer cumplir sus prescripciones dentro de un pluralismo jurídico que ya no se define en el ámbito monista y particular de los Estados (Robles, 2007: 189-236).

El procedimiento formal no subyuga la concreción material, y, sin embargo, la organización socio-política, donde se inserta el acto de voluntad que produce la norma, sigue siendo –en la mayoría de los casos– determinante; ¿cómo?, a través de los fines que asumen los distintos operadores jurídicos y, en caso contrario, a partir del último recurso institucional que sustenta al Estado de derecho: los procedimientos de revisión que unifican y estructuran las decisiones jurídicas y, finalmente, las jurisdiccionales.

De la *Grundnorm* ya no deriva la positividad del derecho –vinculada sólo a los hechos (actos de creación normativa y eficacia en su cumplimiento)–, sino una *forma supuesta* de observar

su unidad. Cuando la imagen que identificaba Estado y Derecho tiende a desaparecer, la *ficción del como si* será el último ardid teórico para distinguir el derecho de la política y adormecer, así, nuestros miedos.

Ríe Carl Schmitt, pero no desde su etapa decisionista, sino con el *nuevo nomos de la tierra* como fundamento –en el derecho– de la redistribución del espacio a través de la preeminencia de su tercera acepción, la *producción/consumo a escala planetaria* (Sosa, 2005: 443-495; Diner y Stolleis: 1999; Sanz, 2002: 350-386; Viola y Zaccaria, 2007: 90-94; Fernández Pardo, 2007: 41-86). Pero la mueca de Schmitt no hace más que acrecentar la figura de Kelsen: defenestrada la ciencia pura del derecho renace con fuerza su reconstrucción de la democracia (Requejo, 2006: 29-31). No se trata de una vuelta al *iusnaturalismo*, sino de la búsqueda de una “*sociedad democrática avanzada*” (Preámbulo, Constitución Española 1978), con la definición de la democracia no sólo como técnica procedimental, sino como realización material y fomento participativo de todos los individuos vinculados a un ordenamiento siempre coercitivo. Desde su desarrollo social, el orden jurídico estatal, si quiere ser democrático, sólo se puede construir con la participación de todos aquellos que, de manera regular y sin exclusiones, se encuentran sometidos a sus prescripciones.

4. FICCIÓN IMAGINADA Y RESPUESTA DEMOCRÁTICA

A la manera kantiana la *Grundnorm*, como hipótesis lógica de la razón pensante, sustenta la unidad, en ordenación escalonada, de todo el sistema jurídico: la *Constitución lógico-jurídica* es el presupuesto trascendental que posibilita la unificación de cada una de sus normas y de la primera *Constitución positiva*. Pero, pasados los sueños de juventud y a vueltas con la inserción del derecho estatal en un sistema internacionalizado, la teoría de la *Grundnorm* sólo es una posible vía para observar el derecho; una vía que, al cambiar de naturaleza y prescindir de la identidad *Estado/Derecho* como monopolio de la creación jurídica, más nos vale renunciar a ella.

La respuesta a la pregunta sobre cuál es la razón por la que debemos comportarnos de

acuerdo con lo prescrito en las normas jurídicas sigue siendo la *Grundnorm*; sin embargo, ahora, todas las normas son actos de voluntad, y la *Grundnorm*, que no es norma positiva, sólo puede ser la decisión de una voluntad ficticia (inexistente). De ahí la readmisión de la filosofía vaihingeriana del *como si*.

Kelsen terminó por admitir lo obvio: en el mundo de la experiencia no aparece ninguna *Grundnorm*, y, por ello, mutó su naturaleza; de *hipótesis trascendental* (en el sentido kantiano) a *ficción imaginada* (en los términos de Vaihinger). La reducción de la realidad del derecho a relaciones lógicas, pensadas desde la unidad que proporciona la *Grundnorm*, tuvo que ser rechazada. Con ello, la *auto-reproducción* jurídica se abre a la contingencia de la voluntad humana: de un lado, la *auto-crítica* del jurista a su propia *Reine Rechtslehre*; de otro, el *auto-engaño* colectivo, al que parecen propensos todos aquellos que buscan, en un mandato coercitivo, la norma objetiva e impersonal, válida y/o justa, y, por ello, sienten que lo que *es* (un orden de *legalidad*, impuesto por la fuerza), también *debe ser* (el sistema de *legitimidad*, debido y/o querido/consentido).

La *Grundnorm* es, ahora, *ficción*: una ficción *contradictoria con la realidad* (no hay ninguna norma de este tipo como sentido de un acto de voluntad efectivamente producido) y *consigo misma* (autorización para la producción normativa a partir de una autoridad imaginaria). Una ficción instrumental que puede ser útil, pero que se sabe falsa: acto de un pensamiento creador que coloca a Kelsen en posición de druida que saca de su marmita una poción mágica que nos adormece.

El sistema *auto-referencial* se sustenta en un imaginario artificial de una realidad que se nos escapa. La *Grundnorm* es la mentira de la que es consciente el científico del derecho pero que se asume colectivamente por su utilidad para sobrellevar lo *puesto* (derecho positivo) y efectivamente *impuesto* (prescripción coercitiva).

Si la supuesta ontología de un *pueblo/nación*, en cuanto unidad política con voluntad propia y, por ello, fundamento de la Constitución, fue siempre rechazada, ahora, se nos presenta otra suposición, también falsa, pero que pretende ser tan útil como las *comunidades imaginadas* de las que nos hablara Benedict Anderson (Sanz, 2005: 9-41).

El camino que permitía calificar el sentido subjetivo de los actos humanos como objetivación de un significado normativo (válido) ya no se fundamenta en una construcción hipotética que pone punto final a la cadena de normas, sino en una ficción utilitaria que abre el derecho a la indeterminación volitiva. La concepción escalonada de lo jurídico, cerrada como unidad auto-pensada, tiene un cierre ficticio y, como tal, es un candado de papel listo para su profanación: derecho internacional y efectividad, yuxtaposición heterónoma de ordenamientos, discrecionalidad del operador jurídico, etc. Con el cambio de naturaleza en la *Norma Fundante*, la pirámide ha sido mancillada y ya nada protege el tesoro del Faraón: la unidad formal del *Derecho = Estado* ha quedado al descubierto (Triolo, 1994: 343-348; García Amado, 1996: 98-106).

Así, frente a la lógica-trascendental, el encuentro con una *ciencia de ficción*: frente a la *auto-compresión* del derecho, la *auto-mentira*, sabida por el autor e inconsciente para la mayoría de los destinatarios de la ordenación jurídica, pero útil para el funcionamiento eficaz del sistema coercitivo que todo derecho impone y representa.

La *Grundnorm* ya no es la construcción lógica fundamento de la unidad del orden jurídico, sino mera ficción que puede ser útil como *símbolo imaginado* que transforma los actos de producción jurídica en normas válidas y obligatorias. La *Norma Fundante* es un acto del pensamiento, pero ficticio, imaginario, cuyo valor no está en su verificación sino en la utilidad para reinterpretar la realidad. La *Grundnorm* conforma un juicio que falsea lo jurídico sin presentar el fundamento real de la validez de las normas; proposición pensada que permite la transformación de lo subjetivo en objetivo y, por tanto, cobija la apariencia de que los actos impuestos (y efectivos) son ordenación válida (debida): olvida el análisis real de los procedimientos de creación del derecho, simulando una determinada forma de producir las normas, pero sin ocultar, para quién quiera ir más allá de la ficción, la *capacidad constituyente* de las autoridades efectivas.

Pero, independientemente de su naturaleza, la *Grundnorm* conserva su significado. Así, frente al modelo ontológico basado en el ser y su comunión volitiva (*pueblo = nación* como comunidad presente y actuante), Kelsen partía

del conocimiento epistemológico de Kant, con la irreductible distinción entre hechos naturales y pensados. La autonomía cognoscitiva respecto a la naturaleza separa al hombre del objeto que estudia; la objetividad es una creación de la conciencia del sujeto pensante. Sin embargo, el rigor del método trascendental quiebra en la interrelación entre validez y eficacia, fundamento y realidad. Y aquí la *Grundnorm* juega su papel: permite la conversión de la eficacia general del sistema coercitivo en un valor objetivado, combinando dos mundos radicalmente separados. El supuesto fundamento de la unidad jurídica neutraliza la realidad de la eficacia general como elemento suficiente para conocer qué sea el derecho; algo que, en su *monismo* de inserción del derecho estatal en el ordenamiento internacional, ya había perfilado (Tucker, 1953: 31-48).

Kelsen peca ahora del sincretismo metodológico que denostaba: la *Grundnorm* traspasa la función descriptiva del científico jurídico y se convierte en una prescripción para validar lo existente (*prescribe* una *presuposición* para *describir* la unidad del derecho).

La fundamentación formal, de una norma en otra norma, como sistema escalonado, había prescindido del elemento subjetivo y, por ello, era una construcción tan pura como errónea. El modelo ascendente (de lo inferior a los niveles superiores hasta llegar a una *Constitución jurídica* y, de ahí, a la *Constitución lógica*) también se presentaba en términos descendentes, pero para hacerlo tenía que contar con la lógica, y eso, precisamente, desaparece. El kantiano “*Yo, pienso*” se convierte en derecho pensado a través del fundamento último en la *Grundnorm*; pero, con su cambio de naturaleza, caemos en la discrecionalidad de la autoridad que tiene capacidad que para imponer, de manera efectiva, sus prescripciones.

El método no podía, por mucho que lo intentara, diluir lo volitivo. Y, sin embargo, la última posición de Kelsen nos lleva a un callejón, abierto a la subjetividad, que tiene taponada su salida: cuando renace la dificultad para distinguir entre Poder y Derecho la propia *Grundnorm* nos impide mirarlos de frente.

Todo hecho productor de norma jurídica es, en cuanto acto de voluntad, una decisión humana. Kelsen, que parte de la separación entre Derecho y Poder para lograr así la autonomía de su ciencia, llegará a la conclusión que todo acto

jurídico es voluntad política, que toda norma es ejercicio de poder. La norma se nos presenta como algo dado que no se puede modificar: el derecho, en cuanto conjunto de normas en continuo proceso de actualización, se torna imprevisible, en mayor o menor medida, como contenido de los actos de la pluralidad de personas que participan del poder.

Ya no se puede hablar de ninguna norma simplemente pensada: la norma como acto de pensamiento, puro y racional, sin nexo con su realización a través de un acto de voluntad es una *no norma*, una ficción como *propuesta útil* para describir como objetivo el fruto de actos subjetivos. La *Grundnorm* no determina en modo alguno el contenido de las normas del ordenamiento jurídico, que es establecido por esos mismos actos de voluntad que las crean. Si la positividad es producto de una actuación volitiva decir que la *Grundnorm* es de naturaleza ficticia es tanto como afirmar que no tiene validez, que como norma no existe.

La pregunta básica de Kelsen como jurista —¿qué es lo que hace que una obligación impuesta por un determinado individuo sea vista en unos casos como norma objetiva y vinculante y, en otros, no? (Kelsen, 1986: 112-116)—, sigue teniendo respuesta; pero es una *respuesta simulada* para facilitar la metamorfosis (¿*kafkiana*?) de llamar norma jurídica a lo que no es más que el sentido subjetivo de un acto de voluntad dirigido a prescribir, de manera coactiva, la conducta de los hombres.

Kelsen no puede mantener la *Grundnorm* como hipótesis, ya que sería admitir una forma de creación normativa independiente del proceso de reproducción del derecho positivo. El papel de la ciencia jurídica es mera descripción del derecho, sin ningún componente creador; y como no nos vale concebir a la *Norma Fundante* como el resultado de un acto de voluntad metajurídico, la *Grundnorm* torna ficción: acto de voluntad, pero de una voluntad ficticia, inexistente en la realidad. Cuando la eficacia es condición de la validez, y, al mismo tiempo, la voluntad se alza como fundamento del sentido de las normas, su razón última cae, de lleno, en lo ficticio. La voluntad y la eficacia se convierten en los principios determinantes del derecho positivo: el derecho realmente puesto (por los hombres) e impuesto (para los hombres).

De la radical distinción entre el *deber ser* y el *ser* Kelsen deducía la necesidad de que la *norma/deber* sólo se fundamentara en otra norma, en otro deber; y la *Grundnorm* aparecía como la forma lógica de otorgar validez objetiva a lo dado de manera subjetiva. Pero, si una ficción es la que cierra la cadena de imputaciones en la estructura escalonada de normas, el acto de voluntad se convierte, de facto, en su fundamento material. La *Norma-Ficción* es el dique del pensamiento jurídico a la ficción total: el instrumento que nos permite analizar el derecho como conjunto unificado de normas; nos dibuja el bosque teórico y formal del ordenamiento, pero difumina la realidad existencial y material de los elementos que lo componen (normas y relaciones; pero también, las personas, sus decisiones e instituciones).

Ya lo había dicho Jeremy Bentham (1748-1832): “una ficción no prueba nada; de algo que es falso sólo se puede pasar a algo que también es falso”. De ahí la conclusión: “lo que habéis estado haciendo mediante la ficción, ¿lo habríais, o no, podido hacer sin la ficción? Si no lo hubierais podido hacer sin ella, vuestra ficción es una mentira inicua; si lo hubierais podido hacer sin ella, vuestra ficción es una mentira estúpida” (Bentham, 2005: 168 y 189).

El paso siguiente, no dado por Kelsen, pero que asumimos, será prescindir definitivamente de su teoría del fundamento último. Sea hipótesis, sea ficción, la *Grundnorm* pudo servir para distinguir un orden coercitivo *impuesto* de facto del sistema normativo *supuesto* como válido; en cambio no permite justificar el deber de obediencia al derecho vigente. Para ello, necesitaríamos otro enfoque, basado en la legitimidad del sistema, algo a lo que se negaba con su pureza (en lo jurídico), a pesar de su relativismo (en lo ideológico-político). Sin un criterio axiológico y con la separación kantiana entre dos mundos, el derecho, en su distinción del poder, sólo se puede sostener por una *suposición*, y, con ello, la ciencia jurídica sólo puede conocer, de manera formal o simulada, la fundamentación última de su objeto de estudio.

La separación radical entre los mundos del *ser* y del *deber* era tan costosa de mantener que, al final, tuvo que desprenderse de ella. El análisis lógico del derecho posibilitaba contraponer el orden jurídico al puro ejercicio del poder; la

pureza de su ciencia frente al poder en estado puro. Pero, en esta doble cara de una misma moneda, la eficacia siempre nos condiciona: el orden jurídico sólo se analiza como válido cuando presenta su *eficacia continua* (frente a la *discontinua* de una organización delictiva).

Kelsen tiene que recurrir al criterio de la efectividad y a la obediencia general de las normas como condición de la validez. Sin embargo, cuando se acude a la eficacia para presuponer la validez, no se entiende, a no ser como “pura” corrección formal, que sea necesario cerrar el ordenamiento con una *Norma última* en vez de con el *Poder soberano*, entendido no ya como monopolio de la decisión política, sino como la respuesta a la *legitimidad original*. El ordenamiento sólo puede presumirse si es eficaz, lo que significa reconocer que el cierre del sistema no lo proporciona una norma sino la política, o, mejor, su fundamentación en los individuos que la realizan y/o la legitiman.

La *Grundnorm* tiene una función relevante: evitar que la *Teoría Pura* derive de un hecho; pero una visión que resuelve la validez de un ordenamiento desde su efectividad no evita este escollo y, por ello, no sirve para garantizar un sólido punto de partida (o de llegada, según se mire). La neutralización del poder, a través del derecho, con el fundamento intra-sistémico de una norma en otra, termina en una validación que no puede soslayar el artificio (hipotético o ficticio) de *suponer* una *Grundnorm*.

Sin embargo, el fundamento del orden normativo es un problema que tiene que ver más con la legitimidad del sistema que con el método –puramente– jurídico. A la *legalidad/positividad* del ordenamiento se responde con su *legitimidad*; problema a resolver a partir de criterios de valoración democrática y no con argumentos formales de identidad entre lo uno (legalidad) y lo otro (legitimidad). Y esto es algo que Kelsen desdeñaba: la combinación de distintas perspectivas que se deben mantener separadas para que la teoría pudiera llamarse científica. La *Reine Rechtslehre* es la culminación de una forma de observar el derecho para su descripción como proceso autónomo de reproducción normativa. Pero si queremos ir más lejos, si buscamos no una mera suposición de validez, debemos salir del *como si* kelseniano y resolver la pregunta sobre la legalidad con la respuesta desde su legi-

timidad: la vuelta a todos los individuos a los que se aplica un determinado ordenamiento jurídico como partícipes en su construcción se hace más necesaria que nunca en unas sociedades estatales cada vez más plurales y heterogéneas (nacionalismos minoritarios, migración masiva, identidades yuxtapuestas, etc.); y, aquí, con la superación de un concepto de ciudadanía identificado –de manera exclusiva y excluyente– con la nacionalidad, el Kelsen de la ficción de la representación y de la esencia y valor de la democracia sigue siendo un referente imprescindible (Kelsen, 2006: 77-78; Rizzi, 1990: 117-229; Aláez, 2006: 86-90, 228-231).

El derecho definido como técnica social coercitiva y medio específico para regular la conducta humana ya se había librado de la visión epistemológica de la *Norma Fundamental*. El derecho es la técnica centralizada de una sociedad para controlar la conducta de los individuos que la forman y que utiliza la coacción para lograr obediencia y/o adhesión a las normas que lo componen; y la coacción no precisa más fundamentos internos que los que da su fuerza para obligar o reprimir; pero ¿qué ocurre

con la necesidad de su legitimación política? Pues que la solución perfecta del más conocido momento neokantiano se convierte en la mentira del último Kelsen: una mentira piadosa para unos hombres que anhelan, desesperadamente, transformar los simples actos coercitivos en normas jurídicas, objetivas e impersonales.

Por ello, la vuelta a la eficacia y al poder, a la organización social y a la política, no puede demorarse si la pregunta sobre el porqué de la obediencia a las normas resuena en un derecho que ya no define –de manera monolítica– el Estado.

De ahí nuestro mayor desafío, tras las enseñanzas del maestro: la búsqueda de nuevas formas de entender la ciudadanía como participación democrática de todos los sometidos a las prescripciones de los distintos ordenamientos jurídicos. Así, en un Estado constitucional y democrático, la superación del fundamento en una unidad preexistente llamada nación –comunidad colectiva con voluntad propia– sólo podrá realizarse con la conversión del poder constituyente en el incremento de la participación de todos los individuos sujetos a su ordenación en su conformación e integración social.

BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, Benito (2006): *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Madrid, CEPC.
- BEHTHAM, Jeremy (2005), *Teoría de las ficciones*, Madrid, Politopías-Marcial Pons.
- CARRINO, Agostino (1988): “Vita e forme in Kelsen», en Kelsen, Hans, *Dio e lo Stato*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 14-20.
- CARRINO, Agostino (1990): *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, 2.^a ed., Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane.
- CRACOGNA, Dante (1998): *Cuestiones Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, México, Fontamara.
- DINER, D.; STOLLEIS, M. (1999): *Hans Kelsen and Carl Schmitt: a juxtaposition*, Tel Aviv, Universität Tel Aviv.
- FERNÁNDEZ PARDO, Carlos A. (2007): *Carl Schmitt en la teoría política internacional*, Buenos Aires, Biblos.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1996): *Hans Kelsen y la Norma Fundamental*, Madrid, Marcial Pons.
- GOYARD-FABRE, Simone (1993): *Kelsen e Kant. Saggi sulla doctrina pura del diritto*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane.
- KANT, Immanuel (1986): *La paz perpetua*, 1795, México, Porrúa.
- KANT, Immanuel (1994): *La Metafísica de las Costumbres*, 1797, Madrid, Tecnos.
- KELSEN, Hans (1941): *Reine Rechtslehre*, 1934, *La Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Losada.
- KELSEN, Hans (1965): *Principles of International Law*, 1952, *Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, El Ateneo.
- KELSEN, Hans (1978): “Recht und Logik” 1965, “Derecho y Lógica”, en *Cuadernos de Crítica* N° 6, México, UNAM.
- KELSEN, Hans (1982): “El derecho como técnica social específica”, 1941, en *¿Qué es la Justicia?*, Barcelona, Ariel, 152-182.

- KELSEN, Hans (1986): *Reine Rechtslehre*, 1960, *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM.
- KELSEN, Hans (1986): “Die Funktion der Verfassung”, 1964, “The Function of a Constitution”, en *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 109-119.
- KELSEN, Hans (1987): *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1911, *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado*, México, Porrúa.
- KELSEN, (1994): *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, *Teoría General de las Normas*, México, Trillas.
- KELSEN, Hans (1995a): *General Theory of Law and State*, 1945, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM.
- KELSEN, Hans (1995b): *Was ist die Reine Rechtslehre*, 1953, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México, Fontamara.
- KELSEN, Hans (2002): *Allgemeine Staatslehre*, 1925, *Teoría general del Estado*, Granada, Comares.
- KELSEN, Hans (2006): *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, Buenos Aires, Katz Editoriales.
- LAGI, Sara (2007): *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920)*, Madrid, Biblioteca Nueva.
- LOSANO, Mario G. (1985): “La dottrina pura del diritto dal logicismo all’irrazionalismo”, en Kelsen, Hans, *Teoria Generale delle Norme*, Torino, Giulio Einaudi editore, XVII-LXI.
- LOSANO, Mario G. (2007): *Derecho internacional y estado soberano: un diálogo con Kelsen sobre Paz, federalismo y soberanía*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MÉTALL, Rudolf Aladár (1976): *Hans Kelsen. Vida y obra*, México, UNAM.
- MORTATI, Costantino (2000): *La Constitución en sentido material*, Madrid, CEPC.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (2006): “Nota preliminar”, en Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK Ediciones, 11-32.
- RIZZI, Lino (1990): *Legittimità e Democrazia. Studio sulla Teoria Politica di Hans Kelsen*, Milán, Giuffrè.
- ROBLES Morchón, Gregorio (2006a): *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, Volumen I, 2.ª ed., Navarra, Thomson-Civitas, Aranzadi.
- ROBLES Morchón, Gregorio (2006b): *El derecho como texto*, Navarra, 2.ª ed., Navarra, Thomson-Civitas, Aranzadi.
- ROBLES Morchón, Gregorio (2007): *Pluralismo Jurídico y Relaciones Inter sistémicas*, Navarra, Thomson-Civitas, Aranzadi.
- ROSS, Alf (1999): *Teoría de las fuentes del derecho*, Madrid, CEPC, Madrid.
- SANZ MORENO, José A. (2002): *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Granada, Comares.
- SANZ MORENO, José A. (2005): *El Universo local. Nación y Estado, Constitución y Autonomías*, Granada, Comares.
- SOSA WAGNER, Francisco (2005): *Maestros alemanes de derecho público*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- STEINER, H. (1986): “Kant’s Kelsenianism”, en *Essays on Kelsen*, op. cit., 65-75.
- TRIOLO, Lucia (1994): *La norma ignota. Metateoria e teoria del diritto in Kelsen*, Turín, G. Giappichelli.
- TUCKER, Robert W. (1953): “The Principle of Effectiveness in International Law”, en *Essays on Hans Kelsen’s Pure Theory and Related Problems in International Law*, Berkeley and Los Angeles, University of California, Press, 31-48.
- VIOLA, Francesco & ZACCARIA, Giuseppe (2007): *Derecho e Interpretación. Elementos de la Teoría Hermenéutica del Derecho*, Madrid, Dykinson.
- WEINBERGER, O. (1986): “Logic and The Pure Theory of Law”, en *Essays on Kelsen*, op. cit., 187-199.