

HABLANDO DE Kelsen CON DELGADO PINTO.

Juan Antonio García Amado
Universidad de León

En la doctrina en lengua castellana Kelsen ha sido durante décadas y décadas un autor maltratado. Unas veces maltratado por autores que apenas llegaron a leerlo, porque sus directores espirituales les prohibían el contacto con un pensamiento tenido por tan disolvente, poco menos que diabólico; otras veces por autores que carecían de la mínima formación para asimilar sus tesis, o simplemente no estaban en condiciones de leer en alemán e inglés. Las excepciones, por desgracia para nuestra teoría del derecho, han sido relativamente pocas. Entre las generaciones de la primera parte del siglo hay que mencionar muy especialmente a Recaséns y Legaz¹. Entre los teóricos de la segunda parte del siglo XX ocupa un lugar destacado el profesor Delgado Pinto, que ha dedicado páginas ejemplares a comentar la doctrina kelseniana con un rigor y una precisión difícilmente igualables².

El tratamiento que Delgado Pinto hace de la obra kelseniana tiene, en mi opinión, dos grandes virtudes. Una, que está totalmente exento de las desfiguraciones tan habituales en quienes conocen al autor austriaco poco más que de vista; porque lo conoce a fondo, probablemente más a fondo de lo que lo ha examinado ningún otro iusfilósofo español, Delgado Pinto le hace justicia a Kelsen. Y, en segundo lugar, por esa misma razón, cuando apunta críticas o señala lagunas del pensamiento kelseniano, Delgado Pinto da en el clavo y nos muestra el camino que a mí, particularmente, más me interesa en este campo: cómo ir más allá de Kelsen, como superar a Kelsen y acompañarlo a las nuevas realidades jurídicas, sin renegar de Kelsen, autor con cuyos conceptos y estructuras todos tenemos amuebladas nuestras cabezas de juristas, aunque tantos

¹ Véase B. Rivaya García "Kelsen en España", *Revista de Estudios Políticos*, 107, 2000, pp 151ss.

² Muy especialmente hay que resaltar aquí los siguientes trabajos del profesor Delgado Pinto: "Obligatoriedad del Derecho y deber jurídico en el positivismo contemporáneo: el pensamiento de Hans Kelsen", *Anuario de Filosofía del Derecho* (primera época), 20, 1978, pp. 1-43, y "Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas", *Doxa*, 7, 1990, pp. 101-167. Referencias muy valiosas se encuentran también en otros escritos, como "La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica" (*Estudios en honor al Dr. Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1980, pp. 221-259), "La obligatoriedad del Derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del yusnaturalismo" (*Revista de Ciencias Sociales* -Valparaíso-, 41, 1996, pp. 101-121), etc.

quieran negarlo. Ni dogmatismo kelseniano ni antikelsenismo frívolo, ese es el camino que me interesa y que me parece que se puede transitar durante largos tramos en compañía del profesor Delgado Pinto. Vamos allá y recorramos un trecho.

Si tuviera que reconducir a una pauta unificadora la mayor parte de las importantes observaciones críticas que Delgado Pinto plantea a la teoría del derecho de Kelsen, me atrevería a señalar la siguiente: la insuficiencia de la teoría kelseniana para dar cuenta de cuánto y cómo juega en el derecho el contenido de las normas. Frente al formalismo normativista kelseniano, Delgado Pinto se muestra receptivo y en general aprueba sus postulados, especialmente, creo, en sus trabajos más recientes sobre el tema, pero señalando siempre una insuficiencia: ese formalismo por sí solo no basta para explicar cómo operan los sistemas jurídicos, pues no puede sin contradicción dar cuenta del papel estructuralmente esencial que en ciertos momentos del funcionamiento de los sistemas jurídicos juega la toma en consideración del contenido de las normas, la perspectiva de valoración material de las normas. Esto se apreciaría, según Delgado Pinto, en dos asuntos principales. En primer lugar, a propósito de la distinción de Kelsen entre sistemas normativos estáticos y dinámicos. Y, en segundo lugar, en lo referente a las vías o modos para determinar la vigencia de las normas jurídicas. Me limitaré en este escrito al primer asunto. Expondré resumidamente los puntos de vista de Delgado Pinto sobre el particular y veré en qué medida cabe o no pensar en debatirlos mediante reinterpretaciones o replanteamientos de las tesis kelsenianas.

No es necesario exponer aquí en profundidad la doctrina de Kelsen sobre la diferencia entre sistemas normativos estáticos y dinámicos, sobradamente conocida. Hagamos pues un muy elemental resumen para ponernos en situación. En un sistema normativo sus componentes, las normas, no forman un puro agregado o simple yuxtaposición, sino que se ordenan o traban entre sí según relaciones. Un sistema normativo, por tanto, es un conjunto ordenado de normas. Ese orden que interrelaciona las normas que forman parte de un sistema normativo es un orden jerárquico. Hay, por tanto, normas superiores e inferiores, supra e infraordenadas. Esa jerarquía expresa, además, y esto es lo esencial, una relación de condicionamiento: las normas de grado inferior sólo valen, es decir, sólo pueden formar parte del sistema mientras no se opongan a las normas superiores. Esta es una de las razones por las que Kelsen puede decir que el derecho regula la creación de sus propias normas. La norma que determina la pertenencia de otra norma al sistema nunca podrá ser inferior a esta última.

Todo esto se predica, según Kelsen, no sólo del sistema jurídico, también de cualquier sistema normativo moral o de un sistema de derecho natural. ¿Cómo se distingue el sistema jurídico

de los otros? La diferencia estaría en que el sistema jurídico es un sistema normativo dinámico, y todos los otros son sistemas normativos estáticos. Expliquémoslo con las palabras precisas de Delgado Pinto, que recoge perfectamente las consideraciones de Kelsen al respecto. "En un sistema estático las normas valen en razón de su contenido. Ahora bien, puesto que la validez de una norma se funda siempre en una norma anterior, el que una norma valga por su contenido quiere decir que dicho contenido puede subsumirse en el contenido de otra norma anterior como lo particular se subsume en lo general (...) Esta relación se reproduce de una norma a otra hasta llegar a la norma fundamental. Partiendo de ella pueden deducirse todas las normas del sistema mediante una simple operación lógica, como lo particular se deduce de lo general. La norma básica es el fundamento, no sólo de la validez de dichas normas, sino también de su contenido válido. Dicha norma fundamental tiene un carácter material-estático y es considerada como tal norma fundamental en cuanto que por su contenido aparece como inmediatamente evidente, por ser expresión de la voluntad de Dios, de la naturaleza o de la razón pura" (VHK³, 182). En cambio, "en un sistema dinámico las normas no valen en razón de su contenido. Dicho contenido puede ser cualquiera, no puede derivarse mediante una simple operación lógica del contenido de otras normas, ni el de todas ellas del contenido de la norma fundamental. Las normas valen por haber sido creadas conforme a lo dispuesto en otra norma anterior y, en último término, conforme a la norma fundamental. Esta fundamenta la validez de las normas del sistema, pero no su contenido, que será, en cada caso, el resultado de un acto de voluntad de la autoridad correspondiente. La norma fundamental tiene carácter formal-dinámico, es decir, se limita a establecer la autoridad capaz de imponer normas o, dicho de otro modo, la regla para la creación de las normas generales e individuales componentes del sistema. Se trata de una norma fundamental supuesta, cuya validez no se pone en cuestión. La unidad de un sistema normativo dinámico no es una unidad de contenido, sino la unidad de un sistema de delegaciones de autoridad" (VHK, 182-183).

En resumen, y simplificando, a la pregunta de por qué la norma N vale dentro del sistema normativo S habría que responder de modo diverso. En un sistema estático dicha respuesta sería "N vale dentro del sistema porque no podría ser de otra forma, dado que su contenido es puro desarrollo o concreción de lo que manda el contenido de la norma superior N'" ; esto es, dado que, en palabras de Kelsen, ahí "lo particular está contenido en lo general"⁴ ", "lo particular es derivable

³ En lo que sigue mencionaremos como VHK el trabajo de José Delgado Pinto titulado "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*, Valencia, Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, 1977, pp. 175-208.

⁴ H. Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho (Método y Conceptos Fundamentales)*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, trad. de Luis Legaz Lacambra, p. 48.

de lo general”⁵. Y así sucesivamente hasta llegar a la suprema norma de ese sistema, la norma fundamental, cuyo contenido sería tan absolutamente evidente e indiscutible que no tendría sentido cuestionarla, sonaría descabellada la mera pregunta por la razón de su validez. Por contra, en un sistema dinámico la respuesta tendría que ser de este otro tenor: “N vale porque expresa un mandato de la autoridad A, la cual puede convertir en norma del sistema sus mandatos porque así lo dispone una norma superior N’”. Y así sucesivamente, hacia arriba, hasta llegar a una norma cuyo autor ya no es habilitado por ninguna otra norma anterior/superior, en cuyo caso a esa autoridad originaria hay, según Kelsen, que presuponerla habilitada por una norma hipotética, supuesta, presupuesta o fingida (según las épocas del pensamiento kelseniano). Por tanto, y en los términos de Kelsen, “la unidad del sistema dinámico es la unidad de un *entramado de delegaciones*”⁶.

Se plantea Delgado Pinto dos preguntas acerca de esta distinción kelseniana: si son posibles sistemas normativos perfectamente estáticos y si son posibles sistemas normativos perfectamente dinámicos. Previamente expresa su opinión de que dicha distinción resulta “una construcción artificiosa en cuanto inepta para dar cuenta de la realidad” (VHK 183).

Respecto de la cuestión primera, ve incoherencia en que Kelsen hable de sistemas normativos estáticos y, al tiempo, su misma doctrina haga inviables sistemas de ese tipo. La argumentación de Delgado Pinto a este respecto puede resumirse así. Según Kelsen, sistemas estáticos son aquellos cuya norma suprema es una norma de contenido perfectamente evidente por ser expresión de la más pura razón, o indiscutible, por ser plasmación de la voluntad divina; o ambas cosas. Sin embargo, Kelsen, que es voluntarista y descrece completamente de la existencia de la llamada razón práctica, niega que pueda ser evidente de modo racionalmente necesario el contenido de ninguna norma. Ese escepticismo kelseniano en materia de razón práctica le conduce al relativismo, según el cual toda afirmación de la justicia o bondad de cualesquiera contenidos normativos no es manifestación de contenidos objetivos de la razón, sino plasmación de las personales opiniones (y/o intereses) del que la enuncia, por mucho que éste que la enuncia pueda de buena fe pensar que está proclamando indubitadas verdades de la más alta razón.

¿Cómo es posible entonces que afirme Kelsen que los sistemas estáticos son aquellos que tienen como norma más alta una de contenido racional evidente si, al mismo tiempo, nos dice que no existen (o no son cognoscibles) tales contenidos de razón práctica? Ahí es donde Delgado Pinto sostiene que hay incoherencia, pues Kelsen “en razón de su voluntarismo, no podrá admitir la existencia verdadera de sistemas normativos estáticos” (VHK 184). Así pues, y en palabras de Delgado Pinto, “en el pensamiento kelseniano no puede admitirse norma ética alguna que sea evidente en sí misma, es decir, cuyo contenido pueda aceptarse como evidentemente bueno o justo” (VHK 185). Y a continuación viene la objeción de incoherencia: “Pero, si esto es así, tampoco podrá admitirse la existencia de un sistema normativo estático, pues cae por tierra la base misma de tal sistema: la norma fundamental, que es aceptada como tal porque su contenido se acepta como inmediatamente evidente, y de la que se deducen las restantes normas del sistema” (VHK, 185).

Creo que esto es discutible. Kelsen da por sentado que existen sistemas morales (y de derecho natural) y dice que su estructura es la de sistemas estáticos. Que esa estructura pueda darse en estado puro es ciertamente discutible, como pronto veremos, pero creo que no por la razón que se acaba de invocar. En efecto, que Kelsen sea voluntarista y relativista, como consecuencia de su postura de negar la razón práctica, no es algo que

⁵ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, trad. de E. García Maynez, p. 131.

⁶ H. Kelsen, “Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus” (1928), recogido en H. Kelsen, A.J. Merkl y A. Verdross, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule* (ed. De H. Kleetsky, R. Marcic y H. Schambeck), Viena, Frankfurt, Zürich, Europa Verlag, 1968, 2 vols, p. 293.

haga imposible la existencia de sistemas estáticos; sólo hace imposible considerar a ninguno de ellos racional, o más racional que cualquier otro. Es decir, el voluntarismo-relativismo kelseniano relativiza toda pretensión de validez racional y objetiva, absoluta de esos sistemas, toda pretensión de que pueda ser verdadera y propiamente patente para todo ser racional lo que sus seguidores o creyentes tienen para sí mismos como plenamente evidente⁷. Pero no hace imposible que puedan, como cuestión de hecho, existir tales sistemas cuyos seguidores creen que se estructuran a partir de una primera verdad perfectamente evidente para ellos. No olvidemos el importantísimo papel que en Kelsen juega la noción de ideología, en su doble vertiente de creencia y de falsa conciencia, tal como he resaltado en otro lugar⁸. En ese sentido, para Kelsen todo sistema moral o de derecho natural con pretensiones de validez absoluta y general sería un sistema ideológico, no un sistema de imposible existencia fáctica.

En el último párrafo de Delgado Pinto que citábamos la clave está en lo que entendamos por "aceptar". Que un sistema estático exista sólo a partir de la aceptación como evidente del contenido de una primera y abarcadora norma, no significa que tales sistemas sólo puedan darse cuando existan tales evidencias como evidencias para una hipotética razón universal, sino cuando *de hecho* un grupo de personas, los que profesan ese sistema moral o de derecho natural, considere evidente el contenido de tal primera norma. Porque si efectivamente esa aceptación sólo pudiera ser vista como la consecuencia de una compulsión intelectual ineludible para cualquiera que se quiera humano y racional, entonces sí sería verdad que o hay tales evidencias absolutas o no son posibles los sistemas estáticos. Esta parece ser la opinión de Delgado Pinto en los párrafos que he citado, pero creo que no es la que se le puede asignar a Kelsen.

Por eso mismo, tampoco creo que sirva como crítica el que "Kelsen renuncia en todas sus obras a decirnos cuál pudiera ser la norma fundamental de un sistema normativo estático, de la Moral o del Derecho natural" (VHK, 185, nota 27) y el que descalifique todos los ejemplos como fruto de algún tipo de manipulación o juego de intereses, como falsa conciencia, en suma. Es coherente en Kelsen tal descalificación, que no lo es de que de hecho existan tales sistemas estáticos, sino de la pretensión de racionalidad con que sus seguidores los profesan. Así que cuando Delgado Pinto concluye que "parece como si Kelsen hubiera construido la idea de sistema normativo estático como puro modelo al que oponer el modelo de sistema normativo dinámico, pero sin creer en la posibilidad de existencia real de un orden normativo del primer tipo" (VHK, 186, nota 27), el problema está en cómo interpretamos el término "real". Kelsen sí piensa que realmente, de hecho, hay sistemas de esos que él describe como estáticos; lo que no sería real es su pretensión de perfecta racionalidad para el contenido de sus normas. Por decirlo de otra manera, el problema no es ontológico, pues tales sistemas normativos existen del modo en que existe la normatividad, en el mundo de lo "*ideel*", de los constructos intelectuales⁹; el problema es

⁷ "Si algo demuestra la historia del pensamiento humano es que es falsa la pretensión de establecer, en base a consideraciones racionales, una norma absolutamente correcta de la conducta humana (...). Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado es que la razón humana sólo puede acceder a valores relativos" (H. Kelsen, *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, 1991, ed. de A. Calsamiglia, p. 58-9). Por consiguiente, no es que no se den de hecho valores, sistemas de valores y juicios de valor que los aplican, sino que ninguno es, para Kelsen, absoluto, aunque lo quieran, lo que significa que pretenden para su norma fundamental una evidencia absoluta que no pueden acreditar por ningún procedimiento de los que Kelsen considera racionales.

⁸ J.A. García Amado, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 146ss.

⁹ Sobre la distinción entre "*ideel*" o intelectual e *ideal*, en la ontología de Kelsen, pueden verse las referencias recogidas en J.A. García Amado, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., pp. 129-131.

epistemológico, pues todos esos sistemas estáticos encerrarían una contradicción interna: la de creer expresión de la razón lo que no puede ser sino manifestación de una voluntad dominante.

Ahí sí, en ese sentido, creo que tiene razón Delgado Pinto cuando señala que para Kelsen todo sistema estático acaba por esconder un sistema dinámico. Pero, si se me permite expresarlo con categorías no kelsenianas, sino hartianas, eso es algo que sólo se puede apreciar desde el punto de vista externo. El creyente en un determinado sistema de derecho natural o quien profesa un determinado sistema moral no alcanza a ver que está en realidad obedeciendo un sistema cuya norma más alta dice que hay que acatar los mandatos de dios, de la historia o de la tradición¹⁰, pues considera que está simplemente (o al mismo tiempo) acatando la suprema razón, la verdadera razón, la única razón posible. Aquello otro sólo lo "ve" quien no profesa esa fe o no participa de esa creencia. Y lo ve siempre y por definición el relativista, como Kelsen, que está (al menos en teoría) siempre y por definición fuera de todo sistema estático. Lo que sí constituiría una incoherencia en Kelsen sería el presentar con algún grado de racionalidad algún sistema estático porque fuera más evidente y racional su norma suprema que la de otros. Si alguna vez cae Kelsen en tal incoherencia es cuestión en la que aquí no podemos entrar, aunque sería muy interesante ver desde esta perspectiva su fundamentación de la democracia como mejor sistema político.

Hasta ahí sobre los sistemas normativos estáticos. Vayamos ahora con los dinámicos, de los que el derecho sería el modelo.

Como muy bien explica Delgado Pinto, Kelsen matiza el carácter puramente dinámico del sistema jurídico por razones tales como la naturaleza no positiva de la norma fundamental o el papel constitutivo de la ciencia jurídica. Pero se mantiene en que el derecho tiene carácter dinámico "en lo esencial". Y eso significa que "en lo esencial" el contenido de una norma no afecta a su

¹⁰ Delgado Pinto explica así el pensamiento de Kelsen al respecto, con toda corrección: "El que en algunas concepciones éticas se hable de una norma de este tipo se debe, en realidad, a que se cree que dicha norma ha sido establecida por la voluntad de Dios o por cualquier otra voluntad suprahumana, o a que ha sido creada por la costumbre y por esto se la tiene por evidente. Ahora bien, en cualquiera de estos casos se trata de normas establecidas por actos de voluntad, cuya validez, por tanto, ha de fundarse en otra norma anterior supuesta que establezca que uno debe comportarse de acuerdo con los mandatos de Dios, o de acuerdo con la costumbre. Esta norma supuesta es la verdadera norma fundamental del sistema, que ya no será un sistema estático sino dinámico, dado que de ella no puede deducirse el contenido de las restantes normas, sino sólo su validez, pues se limita a instaurar la suprema autoridad normativa" (VHK, 186). De lo que discrepo, por la razón que en el texto expongo, es de la conclusión que de inmediato extrae: "De lo expuesto resulta claro que dentro del pensamiento kelseniano no puede seguir afirmándose que la Moral constituye un sistema normativo estático. Tampoco el Derecho natural, respecto del cual Kelsen muestra expresamente que la validez de sus preceptos ha de descansar, en último término, en una norma fundamental supuesta de carácter puramente formal" (VHK, 186-187).

validez. No estamos hablando ahora de si puede ser válida la norma "jurídica" que contradiga una norma moral, la norma jurídica que tengamos por más absolutamente injusta. La respuesta de Kelsen a este asunto es bien conocida y se reconduce sin problemas a la tesis positivista de la separación de derecho y moral. Estamos refiriéndonos a si puede ser válida una norma jurídica cuyo contenido contradiga las prescripciones que sobre su contenido posible ha establecido una norma superior.

Sabemos que en los sistemas dinámicos una norma es válida cuando ha sido creada con arreglo a los patrones formales sentados por las normas superiores, es decir, por el órgano establecido como competente y con el procedimiento prescrito en aquellas normas superiores. Pero también sabemos que lo absolutamente común es que las normas estipulen contenidos como necesarios o irrebasables para las normas inferiores. La Constitución instituye el poder legislativo, pero no se limita a habilitar un órgano de creación normativa para que dé a sus productos, las leyes, el contenido que se le antoje, con absoluta libertad. Y así ocurre también con las sentencias, los reglamentos, etc., no son habilitaciones en blanco para que la autoridad judicial o administrativa competente decida como quiera. Como bien dice Delgado Pinto, "Kelsen siempre ha reconocido que las normas jurídicas no sólo determinan la forma de creación de otras normas, sino también, aunque no necesariamente¹¹, su contenido" (VHK, 190-191).

Así pues, parece que si ese condicionamiento del contenido posible de la norma inferior por la norma superior verdaderamente opera, el sistema jurídico no es puramente dinámico, será como máximo una mezcla de elementos estáticos (esas relaciones necesarias de compatibilidad entre el contenido material de normas inferiores y superiores) y dinámicos (jurídica no es la norma que se siga como concreción inevitable o consecuencia necesaria del contenido de la norma superior, sino aquella sentada por la autoridad competente, la cual elegiría de entre los contenidos posibles, en cuanto no incompatibles o contradictorios con lo prescrito por la superior). ¿Hay alguna posibilidad de salvar la idea de sistema jurídico como sistema dinámico "en lo esencial"?

Lo decisivo aquí es ver en qué sentido el contenido de la norma superior condiciona la validez de la norma inferior o si ésta es válida al margen de tales condicionamientos, que no serían condicionamientos de la validez, sino de otro tipo. Volvamos a la afirmación antes citada, y que considero correcta, en el sentido de que "Kelsen siempre ha reconocido que las normas jurídicas no sólo determinan la forma de creación de otras normas, sino también (...) su contenido". ¿De qué

¹¹ La excepción vendría dada "porque Kelsen admite la posibilidad de un orden jurídico en que sólo existiera una norma general que se limitara a delegar en una o varias personas la autoridad para resolver los conflictos según su arbitrio" (VHK, 191, nota 38).

género es esa "determinación"? Creo que la objeción verdaderamente aplastante a la teoría del derecho como sistema dinámico sería que se tratara de una determinación ontológica. Esto es, que no pudiera ser norma válida del sistema aquella que contradijera el contenido prescrito para ella por una norma superior. Pero que esto no es así lo tiene muy claro Kelsen, como luego veremos. De modo que esa "determinación" de la que habla creo que es una determinación que podemos considerar fáctica y funcional. Al decir determinación fáctica me refiero a que de hecho los órganos creadores de normas suelen atenerse a lo prescrito para su contenido posible en las normas superiores. Si no ocurriera así el sistema se bloquearía de inmediato por incapaz para cumplir su función de regir conductas conforme a una pauta general que establece consecuencias previsibles, su función de estabilización contrafáctica de expectativas, como dice Luhmann. Por eso digo que es también una determinación funcional, porque si de hecho no se diera las normas serían por definición ineficaces.

Tiene razón Delgado Pinto cuando dice que Kelsen siguió negando que la validez de las normas tenga todo o parte de su fundamento en su contenido, y que siguió afirmando que tal validez se basa meramente "en haber sido creadas según lo dispuesto en otra norma anterior y, en último término, según lo dispuesto en la norma fundamental" (VHK, 191). Creo que la más potente razón que lleva a Kelsen a mantener tal postura es la siguiente: si el que una norma respete el contenido prescrito para ella en una norma superior es fundamento de la validez de aquella, cómo podemos explicar coherentemente que sean tenidas por válidas y operen efectivamente como normas del sistema muchas que patentemente incurren en tal vulneración¹². Pensemos, como el propio Kelsen repite tantas veces, en una ley de contenido patentemente inconstitucional pero que no ha sido recurrida ante el órgano de control de constitucionalidad o que éste ha declarado constitucional pese a tan obvia contradicción; o en una sentencia manifiestamente ilegal pero que ya es cosa juzgada. Y todo esto sobre el trasfondo de la indeterminación ínsita en las normas jurídicas, a tenor de la cual una vez que se permitiera entender que su validez está determinada por razón de contenidos cabrían los más amplios y heterogéneos expedientes para fundamentar, según se quiera, esas relaciones de compatibilidad o incompatibilidad de contenidos.

La situación sería la siguiente. Una norma contraria al contenido prescrito para ella por otra norma superior puede existir como derecho dentro del sistema jurídico, en el sentido de ser reconocida y operar como derecho, puede estar vigente, en el sentido que da al término "vigencia" Delgado Pinto¹³. Pero, por otro lado, si lo habitual y común fuera que las normas "vigentes" no respetasen tales prescripciones de contenido, el sistema jurídico estallaría por razón de su ineficacia, de su incapacidad para cumplir la función que lo justifica. Si tal "crack" del sistema no se produce,

¹² Véase, por ejemplo, H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1982, trad. de R.J. Vernengo de la segunda edición en alemán, p. 275.

¹³ Véase su trabajo "Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas", *Doxa*, 7, 1990, págs. 101ss.

aunque "ontológicamente" sería posible porque no hay forma de evitar la presencia de normas vigentes contradictorias con el contenido de las superiores, es porque opera otro tipo de determinación: una determinación fáctica (de hecho se suelen respetar dichos contenidos más a menudo que vulnerarlos) que tiene una explicación "ideológica" (los operadores jurídicos "reconocen" la vinculatoriedad de tales determinaciones de contenido y "se sienten" obligados por ellas), sobre el trasfondo de una determinación "sociológica" (la sociedad, la opinión pública, rechazaría y reaccionaría contra una violación masiva de las normas supremas "socialmente reconocidas" como derecho llevada a cabo por ciertos órganos jurídicos subordinados a tales normas supremas). Todo, pues, determinaciones fácticas con base "ideológica", no "jurídicas". Determinación, por tanto, de la eficacia de las normas y el sistema jurídico, no de modo inmediato de su validez.

Visto así se puede objetar a la crítica de Delgado Pinto cuando se pregunta "¿qué virtualidad corresponde a las disposiciones de una norma relativas al contenido de otra que ha de crearse ajustándose a lo que ella determina?", y responde que "Si la validez de esta otra norma depende sólo de la forma de su creación, parece que ninguna, que tales disposiciones son completamente superfluas" (VHK, 191). Creo que aunque esas prescripciones de contenido no incidan sobre la validez de las normas inferiores no son superfluas, pues, como he dicho, sí incidirían sobre su eficacia (y mediatamente, por tanto, también sobre la validez). Es decir, y siguiendo con la terminología que vengo usando, ontológicamente serían superfluas, en principio, pero funcionalmente son necesarias. Esto equivale a resituar la cuestión de la relevancia de la contradicción entre los contenidos de las normas de distinto nivel jerárquico. El problema es funcional, pues no puede existir una tal contradicción masiva sin que el sistema estalle, pero la contradicción puntual entre normas concretas no priva a ninguna de ellas de validez, pues en ese caso habría que concluir que las normas son válidas o inválidas en sí y con total independencia de los órganos encargados de velar por la coherencia del sistema, cosa que tendría efectos totalmente disolventes del sistema jurídico, pues convertiría a cada ciudadano en juez de la validez de las normas y cada uno opinaría distinto en función de su interpretación de sus respectivos contenidos, interpretación siempre guiada por sus intereses y creencias personales, nunca plenamente objetiva.

Concluye Delgado Pinto su crítica insistiendo en "la artificiosidad de la distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos. Ni la Moral ni el Derecho natural son sistemas estáticos, sino <<mixtos>> -en el sentido que más arriba quedó determinado-. Por su parte, el Derecho positivo no es un sistema dinámico puro, aunque tampoco un sistema <<mixto>>" (VHK, 193). A mi juicio, tiene bastante razón en el diagnóstico de la situación, aunque discrepo en las causas. Un

sistema moral perfectamente estático sería posible sólo como sistema puramente intuitivo (nadie me revela nada autoritativamente) y de autoexamen (nadie vela autoritativamente por el dogma y su interpretación). Un sistema jurídico dinámico puro permitiría cualquier contenido de cualquier norma sólo con que provenga de la autoridad competente. Estos son modelos puramente teóricos, imposibles en la práctica, pues ni uno ni otro realizarían la función que les da su razón de ser y su sentido como sistemas normativos, se autosabotearían por sobresaturación: una moral que permite a cada individuo todo aquello que cree que debe hacer, y que no cumple así la función normativamente social (reglas comunes) de la moral¹⁴, y un derecho que permite a cada autoridad instituida mandar todo lo que desee mandar, con lo que el derecho no cumple su función normativa individual (dar certeza sobre las consecuencias de los comportamientos individuales, consolidar expectativas). Es decir, llevada la lógica inmanente de cada sistema a su realización plena, se bloquearía el sistema. Eso hace que el equilibrio de los sistemas morales y jurídicos sea siempre inestable y que no puedan existir sin su paradoja constitutiva. El derecho tiene que "*moralizarse*" para que se cumpla y la moral tiene que *socializarse* para que no acabe justificando la anarquía como único deber.

Pero seguramente por jugar a defender a Kelsen estamos yendo más allá de lo que cabe y es compatible con los presupuestos filosóficos kelsenianos. Como muy bien y repetidamente señala Delgado Pinto, Kelsen está atrapado en unos presupuestos ontológicos y epistemológicos de raigambre neokantiana y que no le dejan asumir las consecuencias últimas a que conducen muchos de sus desarrollos teóricos. Esto se aprecia con particular claridad en dos nociones kelsenianas muy bien analizadas por Delgado Pinto como fuente de los mayores enigmas y limitaciones de su teoría. Me refiero a la norma fundamental y a la cláusula tácita alternativa. Las dos tienen en común el constituir expedientes a los que Kelsen acude para traducir a términos normativos las determinaciones fácticas operantes en el sistema jurídico, determinaciones fácticas que Kelsen detecta perfectamente, pero que no puede incorporar a su teoría sin sentir que destruyen su presupuesto teórico esencial, el de la radical separación y autonomía de *Sein* y *Sollen*. Con ello expresamente niega Kelsen aquello a lo que toda su doctrina paso a paso nos aboca, y eso le condena a utilizar un lenguaje absolutamente equívoco, en el que las palabras dicen unas cosas sumamente razonables pero tienen que ser reinterpretadas permanentemente de modo menos verosímil para que a Kelsen no se le derrumbe el "prejuicio" filosófico. Pero si hacemos abstracción de tal "prejuicio" neokantiano podemos fácilmente ver cuán próxima está la norma fundamental

¹⁴ Una especie de apoteosis de la razón práctica kantiana, pero no se pierda de vista que para evitarla Kant acaba postulando la necesidad de presuponer cosas tales como la existencia de dios.

kelseniana de la regla de reconocimiento de Hart, cosa que ha visto con total perspicacia Delgado Pinto; y cómo la cláusula tácita alternativa es su manera de evitar tener que admitir que lo que hace que sea jurídica la norma cuyo contenido contradice el prescrito por la superior es el hecho de su eficacia, el hecho de que se la reconozca jurídica pese a tal contradicción. Y creo que esto también lo detecta bien Delgado Pinto.

Quizá lo único que en el fondo nos hace debatir a Delgado Pinto y a quien modestamente esto escribe es una cuestión de puro matiz. Mientras que Delgado Pinto se toma al pie de la letra la terminología de Kelsen y ve en su doctrina algunas incoherencias estructurales, en mi opinión cabe reinterpretar esa terminología y salvar así buena parte de la coherencia estructural de su teoría. Siendo tanto el uno como el otro bastante más kelsenianos de lo que por aquí se estila, llegamos tal vez los dos al límite del kelsenismo posible: Delgado Pinto tomándolo al pie de la letra al precio de verlo como incoherente a veces; yo, reinterpretando sus expresiones para salvar la coherencia interna de sus tesis, pero a costa de traicionar lo más propio de su particular normativismo. Pero creo que sólo así, leyendo críticamente a los maestros se aprende y se hace filosofía del derecho. Y como maestros entiendo a Kelsen, por supuesto, y también a Delgado Pinto. Y no sólo de la teoría, también maestros de la razón práctica que más importa, la de la honestidad en la búsqueda de la verdad y el bien. Y sólo con los maestros se puede y se debe debatir.