

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 1996.

En esta obra, el autor se encarga de analizar el concepto kelseniano de la norma fundamental, «uno de los conceptos [...] que ha dado lugar a las interpretaciones más diversas y a las objeciones más heterogéneas» (p. 9) y que constituye, según él, el sostén último del propio concepto de validez, clave de bóveda de la doctrina jurídica de Kelsen. Este estudio procura paliar el efecto negativo que surge de la disparidad de interpretaciones contrapuestas y críticas incompatibles que, de este concepto, da la literatura iusfilosófica. También pretende superar la referencia, a menudo fragmentaria, que no tiene en cuenta el carácter de un pensamiento que constituye un «sistema, un todo sumamente trabado e interrelacionado de conceptos». Por otro lado, toma en consideración la propia actitud intelectual de Kelsen, la permanente puesta al día y confrontación de sus tesis con las teorías rivales, que acarrearón, respecto de gran parte de sus postulados teóricos, matizaciones, correcciones y cambios.

Si bien García Amado enfoca el primer capítulo con un planteamiento que califica de «casi filológico», a este enfoque ceñido en lo posible a los textos de Kelsen se añade un planteamiento crítico que busca poner de relieve «qué incoherencias, imprecisiones u oscuridades resultan de dichos textos y hasta qué punto es o no posible reconstruir, dentro del sistema kelseniano, la noción de norma fundamental como dotada de un sentido preciso y una función clara» (p. 10). El mismo propósito de no traicionar la sistematicidad o la —mayor o menor— coherencia interna de la obra kelseniana le lleva a ofrecer, en el segundo capítulo, una interpretación del significado y función de la norma fundamental en el conjunto de la obra de Kelsen, para lo cual amplía las referencias a otros elementos capitales de la misma, mientras que su propósito, al examinar la doctrina de este autor sobre cuestiones tales como la libertad, la justicia, la ideología o la democracia, consiste en demostrar que su obra también contiene toda una filosofía política, que tendría sus presupuestos en una ética relativista y que, paradójicamente, desembocaría en una fundamentación de la democracia.

En el capítulo dedicado a «La norma fundamental en los textos de Kelsen» (cap. I), García Amado pone de manifiesto que no se ha de perder de vista la trabazón interna del sistema teórico de Kelsen, lo que le lleva a explicar cada una de las nociones kelsenianas que aborda por referencia a las otras. De ahí que la descomposición analítica que lleva a cabo en este capítulo requiera «una especie de viaje de ida y vuelta» (p. 11): así, al desgranar los diferentes aspectos de la noción objeto de esta monografía individualiza elementos que, en realidad, sólo adquieren significado y razón de ser en tanto que engarzados entre sí y con el mecanismo de conjunto de la teoría jurídica kelseniana, y se preocupa, tras «desarmar» la doctrina de la norma fundamental en sus elementos constitutivos, de comprobar qué piezas encajan mejor al verla armada y cuáles sobran o no se adaptan al conjunto de la maquinaria teórica de Kelsen.

El autor analiza, en primer lugar, las diferentes definiciones, denominaciones y formulaciones que da Kelsen de la norma fundamental de un ordenamiento estatal soberano, a través de las cuales aparecen destacados —en mayor o menor medida— ciertos caracteres que éste considera definitorios o

ineludibles del Derecho y que proyecta sobre la norma básica que actúa «a modo de un espejo que refleja esos caracteres sobre las normas del sistema jurídico de que se trate» (p. 15). Por lo que García Amado apunta la función de ratificación de cierre que la norma fundamental cumpliría en la doctrina kelseniana, así como la siguiente paradoja teórica: todos los caracteres que para Kelsen son esenciales al ordenamiento jurídico hallarían su garantía última –su no cuestionabilidad jurídica– en la mencionada norma. Y éste, al dejar de ver alguno de esos elementos como esencial o definitorio de todo ordenamiento, dejaría de mencionarlo como contenido en la norma fundante. Razón por la cual García Amado considera que tal vez haya un punto de razón en la afirmación de que la doctrina de la norma fundamental es un elemento prescindible de la teoría kelseniana. Se refiere también a la norma básica en el seno del ordenamiento internacional para pasar, luego, al estudio de esta norma en relación con la aparente distinción entre los sistemas estáticos o morales y los sistemas dinámicos o jurídicos, resaltando la diferencia estructural entre sus normas fundamentales.

A continuación, trata detenidamente cada uno de los caracteres de la norma fundamental, empezando por la característica esencial de la norma básica como *norma* «cuya ausencia privaría a la construcción de todo su sentido en la teoría de Kelsen» (p. 27). Por otro lado, se plantea si la norma fundamental es *jurídica*, cuestión que le lleva a la pregunta de si es parte del sistema jurídico. El problema consiste en que predicar la juridicidad de esta norma (o su pertenencia al sistema jurídico) «exige un cierto desdoblamiento de la misma o un espacio de recursividad del razonamiento, ya que es la norma fundamental justamente la que otorga la cualidad de jurídicas a las normas del sistema» (p. 29). Incluso el propio Kelsen parece creer que la norma fundamental no es jurídica y, afirma García Amado, «a cambio, no se sabe aún muy bien qué es». Tampoco es positiva, y el autor de esta monografía analiza la posible limitación de los postulados positivistas de Kelsen como consecuencia de la no positividad de esta norma. A la vez que se plantea si la norma fundamental es una norma *válida*, examina uno de los argumentos centrales de la construcción kelseniana, en base al cual la norma básica posee validez, pero una validez puramente hipotética.

Asimismo, estudia algunas características de la norma fundamental en tanto que norma y por comparación con las normas positivas del ordenamiento –sus caracteres de norma originaria o *de pura creación y no ejecución de una regla anterior, no productiva* y con cierto carácter *retrospectivo*, o incluso retroactivo; también se ocupa de su *mutabilidad*. En relación con la interpretación de esta peculiaridad de la norma fundante, García Amado cree que la clave reside en la interrelación entre norma fundamental y eficacia, y, más aún, en una interpretación pragmática del requisito de eficacia aplicado al ordenamiento. Con ello piensa que se puede entender por qué la norma fundamental kelseniana avala –siempre y únicamente– a la Constitución eficaz, aunque demuestra que este aval «proviene de una nueva y distinta norma fundamental y no de una que permanezca inalterable por encima de las rupturas en la Constitución positiva y reconozca en cada tiempo a la Constitución eficazmente impuesta» (p. 48). Considera crucial la nota de *disponibilidad*. Desde esta perspectiva, cree que nos hallamos enfrentados con la eficacia, en tanto que dato objetivo, «como limitación a la libre configuración de la norma fundamental y, con ello, del Derecho» (p. 53) y analiza el límite que la eficacia representa frente a la libre suposición de la norma bási-

ca. En este punto radicaría un elemento clave para la comprensión de Kelsen y de su norma fundamental. Después de solucionar la aporía que se deriva del hecho de que, según Kelsen, alguien que no presupone la norma fundamental tiene que presuponerla, a través de la afirmación de que éste juega con dos sentidos distintos de ese presuponer, García Amado se ocupa del elemento de opción y del elemento de necesidad que estima existe en relación con esta nota de la norma fundamental.

Por otro lado, considera que la propia presuposición de la norma fundamental también se ve *condicionada por la eficacia* del ordenamiento cuya validez jurídica fundamenta. Aquí, el autor, se plantea algunas cuestiones: ¿con qué argumentos justifica Kelsen esa vinculación de la norma básica a la efectividad del orden positivo?, ¿no da pie para entender que norma fundamental y eficacia son lo mismo, esto es, que la validez de las normas del sistema se fundamenta, en última instancia, en la eficacia del sistema en su conjunto, en un dato fáctico? García Amado sostiene que «la coherencia de la construcción kelseniana se salvaguardaría mejor entendiendo que el requisito de no presuponer la norma fundamental para fundar la validez jurídica de ningún orden que no sea eficaz, no es parte del contenido de la propia norma, sino un requerimiento dirigido al que la presupone, una instrucción para el buen uso o el uso con sentido de la categoría jurídica» (p. 64). Explica por qué la interrelación entre norma fundamental y eficacia es imprescindible en la construcción kelseniana y tiene como trasfondo el relativismo ético de Kelsen, que constituye otro de los pilares centrales de su edificio teórico.

La norma básica kelseniana reviste también, entre sus caracteres, lo que García Amado denomina una *funcionalidad única polivalente*: si la norma fundamental sirve para fundamentar la validez u obligatoriedad de las normas jurídicas con independencia de los hechos y de los demás órdenes normativos, «la complejidad del entramado teórico de Kelsen hace que esa función central adopte múltiples expresiones y ramificaciones, hasta el punto de que cabe subdividirla en una pluralidad de subfunciones o funciones derivadas, o incluso podría pensarse que ejerce la norma fundamental una pluralidad de cometidos independientes» (p. 67) que serían los siguientes: *función interpretativa o traductora*, *fundamento de validez*, *función de respaldo de los caracteres atribuidos al ordenamiento jurídico*, como sistema dinámico, de normas positivas, unitario, quizá coherente como orden coactivo, soberano y autorregulado.

Estudia, a continuación, el estatuto epistemológico de la doctrina kelseniana de la norma fundamental, sin olvidar la relación de ésta con la filosofía trascendental kantiana. En cuanto al primer punto, si a lo largo de la evolución teórica de la doctrina kelseniana existe un cambio en la calificación epistemológica de la norma básica —primero ficción, luego hipótesis—, García Amado piensa que «obedece a razones de lógica interna» (p. 105). De todos modos, cree que si bien cambia la calificación epistemológica de la norma básica kelseniana, sus funciones permanecen idénticas.

Por otra parte, se plantea ¿quién sienta o define la norma fundamental? En efecto, si la ciencia usa y describe esa norma o la pone de manifiesto como operante siempre, ¿a quién corresponde su creación, quién la sienta originariamente? Al dar respuesta a estos interrogantes propone una comparación entre la norma fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart, puesto que cree «que en la regla de reconocimiento y en la norma fundamental se da idéntica función y (que) ambas se apoyan sobre idénticos

fenómenos sociales» (p. 115). Hay que destacar en tanto que particularmente interesante la caracterización de la norma fundamental por García Amado como *cuestión de fe sentada sobre bases relativistas*.

En la segunda parte de la obra («La norma fundamental en contexto»), pretende situar la doctrina de la norma fundamental en el amplio contexto de la obra kelseniana, mostrando de qué manera es un elemento de una construcción teórica que va más allá del puro examen analítico del sistema jurídico y cómo se relaciona, también, con los parámetros políticos y valorativos que presiden el trabajo de Kelsen. Tiene en cuenta que esta doctrina ha servido para dirigirle a Kelsen reproches del todo contradictorios: por un lado, por parte del escepticismo valorativo que destaca el carácter axiológico de la norma fundamental para criticarla desde parámetros epistemológicos; por otro lado, por aquellos que imputan a la norma básica kelseniana la carencia de todo contenido de justicia o propósito valorativo, y acentúan su carácter epistemológico para reprocharle su vacío axiológico. El autor estima que «en ambos casos se peca del defecto de tomar parte por el todo y de no situar adecuadamente la norma básica en el contexto del conjunto del pensamiento de Kelsen» (pp. 123-124).

En primer lugar, quiere demostrar que, para éste, la autonomía del derecho, su independencia y su especificidad es construida y no está dada en ningún género de realidad preexistente al conocimiento. Con independencia de la respuesta que quepa dar a la cuestión de qué tipo de ontología de lo material subyace en Kelsen, García Amado cree «que se puede afirmar que para él, el *Sollen* sólo existe como realidad pensada, como producto del pensamiento que, ciertamente puede objetivarse» (pp. 128-129). De ahí que se plantee las siguientes preguntas: ¿qué tipo de realidad es ésta? y ¿de qué género es su objetividad? Una respuesta queda claramente excluida: no se trataría de la objetividad de ningún género de entes ideales preexistentes que el pensamiento capte, sino de la objetividad de productos intelectuales creados con arreglo a un patrón objetivo que, a su vez, sería producto de una creación del mismo tipo, y así sucesivamente, hasta llegar a ese patrón presupuesto como base de tal objetividad, que sería la norma fundamental y que, al fin y al cabo, sería un postulado, también pensado, de ese pensamiento productivo. Cuando considera qué tipo de realidad es el Derecho para Kelsen, García Amado llega a la conclusión de que la clave de la diferencia kelseniana entre el ser y el deber ser es epistemológica más que ontológica. En cuanto a la objetividad del conocimiento jurídico en el pensamiento de Kelsen, el autor destaca y analiza la dimensión del agnosticismo kelseniano, al que califica de positivo o constructivo, y en virtud del cual el negar la existencia de una verdad objetiva que antecede a todo conocimiento sería compatible con entender que cabe un conocer objetivo, en el sentido de intersubjetivamente compartido. Aborda ambos aspectos, el del relativismo epistemológico y el de la solución de sus inconvenientes teóricos, sintetizados en el solipsismo o el pluralismo.

Después se ocupa del estatuto de la teoría pura del Derecho como teoría general del Derecho donde subyace de nuevo «la ambivalencia de lo descriptivo y lo prescriptivo en la doctrina de Kelsen, que unas veces nos habla de su teoría como la única que permite el conocimiento adecuado del Derecho y otras veces nos la presenta como una más [...] de las opciones teóricas o moldes explicativos posibles» (pp. 144-145). Esta ambivalencia en el estatuto de la teoría pura se plantea también, según el autor, cuando Kelsen sostiene

ne expresamente que la teoría pura del Derecho es ciencia. Ahí radicaría la paradoja última: la teoría «pura» del Derecho sería, a fin de cuentas, una teoría impura (en cuanto valora opciones metódicas y propugna como mejor una de ellas; en cuanto que incluso se presenta a sí misma como teoría de una de ellas, como el positivismo), teoría de una ciencia del Derecho «pura» o «metateoría impura de una ciencia del Derecho “pura”». Piensa que los motivos que mueven a Kelsen en esas sus valoraciones de fondo son prácticos y, con ello, llega a lo que considera un asunto de la mayor importancia para la comprensión de la doctrina kelseniana: el papel de la ideología.

García Amado quiere cambiar la perspectiva desde la que, habitualmente, se explica a Kelsen cuando se alega que lo que éste pretendía es que fuera posible una ciencia jurídica autónoma, para lo cual diseñaba un Derecho que funcionara como objeto independiente para esa ciencia. El punto de vista correcto sería, para el autor de esta monografía, el contrario: la ciencia estaría al servicio y coadyuvaría para la autonomía del Derecho y diseñaría a éste, en cuanto su objeto, con los caracteres que le permitan tal funcionamiento independiente. No sería una «ideología» científica lo que movería a Kelsen, sino una «ideología» jurídica, y su visión de la ciencia y de la racionalidad condicionaría únicamente el modo de articular esa teoría jurídica, de tal manera que sirviera a la autonomía de su objeto. Con esta interpretación también cobraría sentido la afirmación kelseniana de que el elemento ideológico del Derecho no se desactiva por el hecho de que la teoría ponga de relieve esa dimensión esencialmente ideológica de la normatividad jurídica. Y hasta se comprendería que tal labor teórica se presente con pretensiones de científicidad, pues la definición de «autolegalidad» de la ideología no buscaría encubrir la auténtica realidad del objeto jurídico, sino sacarla a la luz y exponer hasta sus últimos presupuestos. En ese sentido, García Amado considera que la teoría pura puede ser «antiideológica» y, precisamente «por su tendencia antiideológica, se revelaría como verdadera ciencia jurídica» (p. 171). Se plantea cuáles puedan ser las consecuencias políticas de esa labor desenmascaradora y si no se derivan efectos prácticos de la inhabilitación de los propósitos manipulativos de las ideologías que pretenden influir en la realidad con falsas representaciones. Las conclusiones a las que llega García Amado se basan en el análisis de la axiología de Kelsen, de su teoría de los valores y de los elementos políticos y valorativos de su doctrina. Si aquél afirma que el componente ideológico se da en la teoría pura a un nivel de generalidad mucho más alto que el de la simple intención de procurar la obediencia de los sujetos al Derecho positivo, es en virtud de las opciones generales del propio Kelsen: el que declare preferible el orden a la anarquía, la libertad limitada por la organización, libertad igual para todos, antes que la libertad natural, esencialmente desigual en sus posibilidades de realización, preferencia por un Derecho en el que todos los valores puedan por igual manifestarse y competir abiertamente por el dominio de la sociedad. De ahí surgiría la defensa kelseniana de la tolerancia y de la democracia, defensa que, por mucho que se pretenda consecuencia puramente lógica de los postulados relativistas, no ocultaría su naturaleza axiológica y política. El autor analiza también en qué materias no pretende Kelsen una función legitimadora de su teoría (en su opinión, es el caso, especialmente, de la obediencia al Derecho) y en cuáles sus tesis son –inevitablemente– ideológicas, en cuanto que sirven para proponer un modelo de convivencia social bajo un Derecho de cierto tipo.

Por último, García Amado se encarga de desarrollar su punto de vista en virtud del cual «el pensamiento kelseniano es susceptible de ser interpretado bajo un esquema de medios y fines» (p. 208). Desde esta perspectiva, una teoría jurídica que elabore los conceptos y estructuras de lo jurídico sin tomar en cuenta la misión práctica del Derecho operaría en el vacío y entraría en el campo de la pura especulación o el juego intelectual, exento de relevancia real para su objeto y para la praxis social. Kelsen, en la interpretación que aquí se propone, no adolece de ese defecto: García Amado entiende que sus apreciaciones básicas en cuestiones como la validez, la estructura de las normas, la configuración del sistema jurídico, el papel de la ciencia del Derecho, etc., están guiadas por un designio pragmático, por mucho que éste no se explicita casi nunca y aún cuando su teoría revista, en este aspecto, la apariencia abstracta de la lógica. Su teoría general del Derecho sería la teoría de un Derecho operativamente viable y al servicio de un modelo de sociedad en el que la autonomía de lo jurídico es garantía de que el poder operante en la sociedad se aleje en la mayor medida posible del puro ejercicio «natural» de la fuerza como elemento de orden. El autor ilustra este punto de vista mediante la interpretación, en esta clave operativa o pragmática, de aspectos de la teoría kelseniana, tales como el papel de los jueces, la relevancia de la cosa juzgada, la cláusula alternativa tácita, las contradicciones normativas, especialmente entre ordenamientos, la sanción y la eficacia como condición de validez, resaltando el por qué de esas construcciones teóricas en Kelsen, determinado siempre por lo que llama razones pragmáticas. En la interpretación de García Amado, el Derecho sólo puede tener sentido si es plenamente operativo (sentada su función social de orden) y esa operatividad no puede darse en su plenitud si no se configura con criterio pragmático ciertos conceptos jurídicos y determinadas notas estructurales del ordenamiento. Con ello demuestra que cabe reconstruir la teoría del Derecho de Kelsen a la inversa de como suele hacerse.

Está claro que este resumen esquemático no hace justicia a este libro complejo y denso; libro que en el que el autor da muestras de su profundo conocimiento tanto de toda la obra de Kelsen como de la gran mayoría de las obras de aquellos que le han criticado o alabado, haciendo gala de una objetividad en este su análisis que resulta de lo más original y completo, objetividad que es de agradecer tanto por aquellos que se quieran iniciar en el estudio y comprensión de la obra de Kelsen, como para aquellos que dominando tal materia quieran conocer este punto de vista cuando menos plenamente fundamentado.

Nathalie GONZÁLEZ LAJOIE
Universidad de León