

La costumbre de construir pirámides para derribarlas. Releyendo a Jorge Bacqué a propósito de Hans Kelsen

The habit of building pyramids to demolish them. Rereading Jorge Bacqué about Hans Kelsen

Piero Mattei-Gentili

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México

ORCID ID 0000-0002-5289-1664

pieromg@unam.mx

Cita recomendada:

Mattei-Gentili, P. (2023). La costumbre de construir pirámides para derribarlas. Releyendo a Jorge Bacqué a propósito de Hans Kelsen. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 327-339

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8003>

Recibido / received: 06/01/2023
Aceptado / accepted: 15/08/2023

Recientemente se ha cumplido un centenario del natalicio de Jorge Antonio Bacqué quien, en 1985, durante el periodo de recuperación de la democracia en la República Argentina, fuera designado como ministro de la Corte Suprema por el entonces presidente Raúl Alfonsín. Su desempeño se caracterizó por un ejercicio independiente de la función judicial, su férrea adherencia a los ideales liberales, por la promoción del Estado de Derecho y la defensa de las libertades y las garantías individuales.

La vida profesional de Bacqué se desarrolló mayoritariamente en la práctica del derecho, en la magistratura, pero también en el ejercicio de la abogacía, incluso llegando a presidir entre los años de 1996 y el 2000 el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Pero también fue académico, siendo distinguido profesor de Filosofía del Derecho tanto en la Universidad de Buenos Aires como en la Universidad de la Plata. De hecho, desde sus inicios como estudiante de doctorado, fue reconocido como uno de los más talentosos alumnos del grupo de filosofía jurídica dirigido por Ambrosio L. Gioja. Lastimosamente, Bacqué produjo una reducida obra escrita que dejara constancia de su agudeza intelectual como académico.

Han pasado casi sesenta años desde que Bacqué escribiera el ensayo «*Une Pyramide Aplatie*» y, como homenaje, me he dado a la tarea de traducir del francés este texto para aportar una muestra de su ingenio y, de paso, para asumir la invitación



que nos extiende para revisar a la teoría jurídica kelseniana, de manera particular en lo referente a las normas consuetudinarias, la eficacia como condición de la validez, y las consecuencias que conllevan respecto de la noción de la estructura jerárquica que caracteriza la dinámica de los ordenamientos jurídicos.

1. Introducción

Como ha señalado Paulson (2013, p. 29), con la publicación de *General Theory of Law and State* en 1945, Hans Kelsen hace manifiesto un cambio no menor en su teoría. Mientras que con antelación definía al derecho en función de la posibilidad de la coacción estatal en la reconstrucción de la norma jurídica, Kelsen parece dejar de centrarse tanto en la coacción como característica central del derecho y, en cambio, introduce y resalta la capacidad de la constitución para prescribir la creación de ulteriores normas jurídicas¹. Esto es, la capacidad sistemática de prescribir su propia creación se torna en la característica conspicua que define al derecho.

La tesis de que la constitución posee el poder de prescribir la creación ulterior de normas jurídicas es fruto de la adopción por parte de Kelsen de la doctrina de Adolf J. Merkel de la *Stufenbaulehere* o de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico. Con este planteamiento Kelsen buscó resaltar el carácter dinámico que atiende al proceso creativo del derecho, pero, con esto, también enfatiza la relevancia de la jerarquía entre las normas y el papel que ésta juega en la validez sistemática de su creación (Paulson, 2013, pp. 30-31).

En esta línea, la alegoría de «la pirámide de Kelsen» ha cobrado popularidad como recurso explicativo de la jerarquía de normas y el proceso de creación y de verificación de la validez que va desde la norma básica fundamental o *Grundnorm*, pasando por la constitución, luego por las normas generales, hasta las normas individualizadas caracterizadas en las sentencias judiciales.

Bacqué advierte que esta imagen «piramidal» del ordenamiento jurídico se concibe de manera nítida cuando centramos nuestra atención en las normas que son el producto de los actos volitivos de las autoridades. De tal manera, cuando nos cuestionamos por qué la sentencia de un juez en materia penal es jurídica o pertenece al ordenamiento de referencia, encontramos que su validez descansa en haber sido creada conforme a lo prescrito por el código penal. Si preguntamos por qué el código penal es parte del ordenamiento, la respuesta será que ha sido creado de manera válida de conformidad con la constitución. Y si cuestionamos la validez de la constitución, la respuesta será que su fundamento se encuentra en haber sido creada de conformidad con la *Grundnorm*.

Pero esta representación del ordenamiento jurídico resulta sesgada si se ignora al derecho consuetudinario, su proceso de creación, y su fundamento en la *Grundnorm*. Por tanto, señala Bacqué, si tomamos en consideración a las normas jurídicas consuetudinarias dentro de la representación kelseniana del ordenamiento

¹ Esto no significa que Kelsen abandonara a la coactividad como un rasgo definitorio del derecho. Continúa siendo un elemento imprescindible. De hecho, sigue considerando que una norma jurídica, para ser tal, tiene que estipular una sanción. De modo que la sanción es parte del contenido de toda norma jurídica. Como consecuencia, la sanción resulta ser, además, un criterio de individuación de normas jurídicas (Kelsen, 2010 [1945], p. 34). Incluso, como destaca Miguel Ángel Rodilla, sostener el postulado de coactividad resulta problemático para la coherencia de la *Teoría Pura* y su novedosa dinámica de creación normativa. El problema es que un sistema normativo dinámico presupone la existencia de normas que confieran potestades de creación normativa, pero estas normas estipulan sanciones como parte de su contenido, solo se limitan a establecer las condiciones necesarias para modificar la situación normativa existente (Rodilla, 2005, pp. 205-208).

jurídico, la imagen no solamente pierde nitidez, sino que la supuesta jerarquía normativa piramidal se derrumba al confundir y poner en el mismo plano al derecho consuetudinario internacional con el derecho consuetudinario nacional.

En lo que sigue expondré de manera sucinta el planteamiento de Bacqué y la evolución en la postura de Kelsen para otorgar una «solución» al dilema del aplanamiento de la pirámide o de la *Stufenbau*. En los apartados posteriores tomaré la invitación de Bacqué. Primero indagaré si las normas consuetudinarias pueden constituir un escalón usualmente no explicitado en la *Stufenbau*. Con posterioridad, profundizaré acerca de cómo el hecho de que la *Grundnorm* fundamente y valide a la costumbre como fuente del derecho puede arrojar luz sobre el postulado de la cláusula alternativa táctica en Kelsen. Finalmente, concluiré con unas breves reflexiones acerca de los aspectos que el escrito de Bacqué ha permitido vislumbrar y las posibilidades por explorar en la teoría kelseniana.

2. El punto de Bacqué

Para comprender en dónde reside el núcleo del problema del aplanamiento de la estructura jerárquica, es pertinente realizar una somera reconstrucción de la exposición de Bacqué. En este sentido, hay que resaltar que la misma parte de un postulado kelseniano usualmente poco atendido, que es la tesis de la unidad entre el derecho internacional y el derecho nacional. Esto es, Kelsen (2011 [1934], p. 132) considera que, epistemológicamente, el derecho es uno:

Solo hay unidad cognoscitiva de todo el derecho, lo que significa que es posible concebir como formando un solo sistema unitario de normas al derecho nacional conjuntamente con los ordenamientos jurídicos estatales, de igual manera a como es usual considerar como una unidad el ordenamiento jurídico estatal. A esta idea se opone la concepción tradicional, inclinada a ver el derecho internacional y el derecho estatal como dos sistemas normativos diferentes e independientes entre sí, aislados el uno respecto del otro por basarse en dos normas fundamentales distintas

Con esto en mente, Bacqué enfatiza que la norma elemental de todo ordenamiento jurídico nacional no es en rigor la *Grundnorm*, sino una norma de derecho internacional sustentada en la eficacia, es decir, una norma positiva, no hipotética, y que es consuetudinaria.² Esta norma sería una concreción del *principio de eficacia*, y dictaría que se debe reconocer que un orden jurídico nacional es aquel que de manera eficaz logra que sus pobladores observen las normas que éste crea y reconoce. Entonces, una norma internacional sustentada en el principio de eficacia sería una condición necesaria y el fundamento de validez de las normas constitucionales (promulgadas y consuetudinarias) de todo ordenamiento nacional. En este sentido, como destaca Bacqué, a partir del principio de eficacia³, por

² A su vez, la validez de esta norma descansaría en la única *Grundnorm* existente y que otorga validez última tanto a los ordenamientos jurídicos nacionales como al ordenamiento jurídico internacional.

³ Aquí, la eficacia ha de entenderse como una *propiedad* que se predica cuando existe un número de actos indeterminados que constituyen el cumplimiento de una norma. En el peculiar caso de las normas consuetudinarias, la eficacia es una condición necesaria de su existencia, de modo que el enunciado «la norma N es eficaz» es analítico (Navarro, 1987, pp. 259-260). Como consecuencia, las normas consuetudinarias acarrearán la paradoja de que son sus actos de cumplimiento los que dan lugar a su existencia. Esta paradoja suele manifestarse en los debates en torno a la caracterización de la *opinio juris* como condición necesaria de la composición de las normas consuetudinarias. Los actos que constituyen a la norma consuetudinaria habrían de ser conformes con la opinión de que la conducta es jurídicamente obligatoria, lo que, a su vez, presupone la existencia previa de una norma. Pero, aunque el requisito de la *opinio juris* tradicionalmente ha sido objeto de controversia, la doctrina jurídica ha tendido a coincidir en que sin *usus* no hay modo de constituir normas consuetudinarias (Mattei-Gentili, 2020). De modo que, aunque no supone una solución a la paradoja, es posible sostener que, al hablar de normas consuetudinarias, la eficacia como requisito de su existencia (el *usus*) solo exige constatar

ejemplificar, existiría la norma consuetudinaria de derecho internacional que reconoce y otorga validez al ordenamiento jurídico mexicano, pero también la norma consuetudinaria de derecho internacional que reconoce y otorga validez al ordenamiento jurídico español, etc. (Bacqué, 1964, p. 107).

En este entendido, la explicación de la *Stufenbau* o pirámide kelseniana suele centrarse en los ordenamientos jurídicos nacionales, pero, desde este enfoque, en rigor, no hay cabida para la *Grundnorm*, puesto que no estaríamos viendo la pirámide de manera completa. El escalón superior de un ordenamiento jurídico nacional no es una norma última en la pirámide porque ésta también involucra a las normas de derecho internacional. La norma superior de un ordenamiento jurídico nacional es una norma intermedia dentro de la pirámide, con escalones todavía por encima hasta llegar a la verdadera norma última, que es la *Grundnorm*.

En la visión completa de la pirámide, que incluye tanto al derecho internacional como a los ordenamientos jurídicos nacionales, Bacqué resalta que, por su relación con la *Grundnorm*, las normas jurídicas pueden ser clasificadas como «originarias» y «delegadas» (Bacqué, 1964, p. 108).⁴ La validez de las normas originarias depende directamente de la *Grundnorm*. Por su parte, la validez de las normas delegadas descansa en haber sido creadas por medio de un órgano establecido por una norma positiva previa y que le ha otorgado el poder de creación normativa. En esta distinción se escondería una sutileza que es fácil pasar por alto, y es que la distinción no refiere al fundamento de validez de las normas, sino a un criterio para diferenciar cómo son creadas las normas jurídicas. Así, la delegación a la que refiere esta distinción se concreta en un acto material identificable con la intención o voluntad de un órgano que crea las normas, un acto de promulgación. Por su parte, las normas originarias serían aquellas cuya existencia no es el producto de un acto consciente de creación de derecho y que, no obstante, encuentran validez en la *Grundnorm*. Como consecuencia, las normas consuetudinarias, tanto las nacionales como las internacionales, serían originarias.

Para Bacqué, puesto que tanto el derecho consuetudinario internacional como el derecho consuetudinario nacional encuentran el fundamento de su validez directamente en la *Grundnorm*, no existiría una diferencia de rango, y la distinción entre ambos no sería sino la extensión espacial de su validez (1964, p. 109). Esto haría que carezca de sentido la distinción entre normas constitucionales consuetudinarias y normas constitucionales escritas o promulgadas, pero también provocaría un colapso en la estructura de la pirámide. Parafraseando a Guibourg, si el valor de la costumbre descansa directamente en la *Grundnorm*, entonces la costumbre no respeta jerarquías, por lo cual la pirámide jurídica queda sujeta a permanente distorsión por la fuerza de los hechos y el normativismo tiende a disolverse en un realismo que el propio Kelsen no habría estado dispuesto a admitir (Guibourg, 2011, pp. 397-398).

El colapso de la pirámide sería consecuencia de las normas originarias, esto es, de todas las normas que no hayan sido creadas por un órgano delegado, con competencia determinada en la jerarquía normativa⁵ y que, por ende, su creación tampoco obedece a una voluntad determinada. En los ordenamientos nacionales, la

que hay una práctica social convergente (una costumbre); práctica social que se asume que se condice con una norma.

⁴ Es importante aclarar que esta distinción no es idéntica a la expuesta por Raz (1970), en donde la única norma originaria en la teoría kelseniana sería la *Grundnorm*.

⁵ Así, incluso cuando la legislación remite a los usos y costumbres como forma de regulación, lo que hace es otorgar competencia a ese grupo social para ellos mismos crear sus normas, revistiéndolas con validez jurídica.

constitución en sentido amplio –compuesta tanto de normas consuetudinarias escritas o promulgadas como constitucionales– resistiría a la jerarquización puesto que su creación ha ignorado la delegación y se ha concretado con mera eficacia, haciendo no solo que se confunda con el derecho internacional, sino adoptando un marco con tintes de realismo jurídico, uno en el que «todo vale» siempre y cuando sea impongá de manera eficaz.

El análisis de Bacqué se basa exclusivamente en escritos previos a la publicación de segunda edición de la *Teoría Pura*. Esto es relevante porque Kelsen cambiaría de posición respecto de las condiciones de creación normativa, en lo que podría considerarse como una propuesta de solución al problema identificado por Bacqué.

2.1. El giro kelseniano para «domesticar» a la costumbre

A pesar de que el pensamiento kelseniano es uno de los más revisado en la teoría jurídica, es digno de llamar la atención que existen pocos estudios que aborden el tema del derecho consuetudinario en Kelsen, siendo una notoria excepción el artículo de Bacqué.

La escasez de estos análisis es desconcertante puesto que Kelsen no negó la existencia de normas consuetudinarias, mucho menos restó importancia al papel que desempeñaban al interior de los ordenamientos jurídicos (Kelsen, 1982 [1960], pp. 232-233). De hecho, a lo largo de sus obras primordiales –la *Teoría General del Estado y del Derecho*, y la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*– constantemente se encuentran referencias a las normas jurídicas consuetudinarias. Esto es así puesto que, en principio, conforme a los postulados de la teoría normativa kelseniana, no debería existir ningún problema en aceptar la presencia de normas consuetudinarias al interior de cualquier ordenamiento, dado que la doctrina solamente se limita a dar cuenta de los deberes que las normas jurídicas acarrearán sin reparar en su origen (lo cual podría ser una labor más propia de la sociología jurídica). En este sentido, en principio, para calificar a una norma como «jurídica», a la *Teoría Pura* solo le interesa que su creación haya sido prevista por una norma previa perteneciente al ordenamiento de referencia. Respecto de las normas jurídicas consuetudinarias, podemos constatar que esto sucede cuando una disposición legislativa reenvía a la costumbre como forma de regulación o solución de los conflictos en determinados ámbitos. Pero, como bien resalta Bacqué (1964, p. 106), es posible que distintas normas consuetudinarias encuentren su fundamento no en la legislación, sino directamente en la *Grundnorm*, esto es, que a la par de una constitución escrita exista una constitución consuetudinaria. Así, como ha llegado resaltar Bulygin (2005, pp. 82-83), en la teoría kelseniana la eficacia puede ser condición necesaria pero también suficiente de la validez jurídica y, si esto es así, es debido a las normas consuetudinarias.

A pesar de estas observaciones, lo cierto es que la noción de norma consuetudinaria parece «calzar mal» en la teoría de Kelsen. Dos aspectos interconectados informarían sobre esta dificultad. Por un lado, la estrecha relación que tienen en Kelsen las normas con la voluntad como condición de su existencia y, por otro, una ontología vacilante en la cual, el voluntarismo es apto para soportar una concepción expresiva de las normas, pero esto no siempre es patente. Esto es, la noción de norma está indisolublemente ligada a la de un acto de voluntad, puesto que es un acto intencional el que determina el contenido de la norma creada y, a su vez, determina (imputa) que ésta ha sido creada conforme a las condiciones previstas por la norma superior que facultó su creación (Kelsen, 1973b [1965], pp. 240-241). No obstante, en no pocos pasajes de su obra se asoma una concepción hilética cuando

se señala que las normas son entidades abstractas, que son el significado de actos de voluntad.⁶

La raíz de esta ontología de normas vacilante puede plausiblemente encontrarse en el hecho de que Kelsen no siempre relacionó la creación de normas jurídicas con actos volitivos deliberados (Kelsen, 1942, p. 217; Harris, 1979, pp. 34-35), y esto es palpable en la noción kelseniana de normas consuetudinarias que Bacqué asume a partir de la *Teoría General del Derecho y del Estado* del año 1945⁷. De hecho, en su obra temprana, Kelsen cuestionaba que la voluntad siquiera fuera un requisito indispensable para la existencia de normas de origen legislado (Kelsen, 1949, pp. 34-35). Es relevante destacar esta peculiaridad, puesto que el análisis de Bacqué se limita todavía a la etapa pre-voluntarista del pensamiento de Kelsen.

Como es sabido, el jurista austriaco cambiaría de parecer para la segunda edición de su *Teoría Pura del Derecho*, en donde caracteriza a la norma jurídica como el significado de un acto de voluntad (Kelsen, 1982 [1960], p. 18). Así, no solo el derecho de origen legislado requiere un acto de voluntad para existir, ahora Kelsen considera que las normas consuetudinarias, para su creación, requieren de una suerte de voluntad colectiva. De hecho, autores como Stone interpretarían esto como un cambio de opinión en Kelsen acerca de la naturaleza de las normas jurídicas, de una caracterización cercana a la concepción hilética –siendo las normas meros juicios hipotéticos– para dar un giro pragmático, más propio de la concepción expresiva, en donde las normas son prescripciones en sentido amplio (Stone, 1964, p. 111)⁸.

Es sensato asimilar que la evolución del pensamiento de Kelsen acerca de la ontología de normas pasa de una postura hilética a una más cercana a la concepción expresiva, aunque ciertamente en la segunda edición de la *Teoría Pura* esta cuestión sigue siendo controvertida. No obstante, es innegable que Kelsen sí pretendía dar un paso que podríamos denominar más «pragmático» (menos idealista, y más aterrizado a los hechos) en su concepción del derecho como un sistema de normas. El requisito necesario de la existencia de una voluntad que sustente los actos de creación de cualquier tipo de normas⁹ es el giro pragmático que pretende materializar la dinámica jurídica y, con ello, la jerarquía normativa o *Stufenbau*. Esto es así porque la voluntad solo podría provenir de un órgano, uno al que se le ha delegado el poder de creación normativa, esto es, que ha sido facultado por una norma superior para crear nuevas

⁶ La distinción ontológica entre concepción hilética y concepción expresiva de las normas es expuesta por Alchourrón y Bulygin quienes, de manera sucinta, señalan que, para la primera concepción las normas son significados de ciertas expresiones denominadas oraciones normativas y que son independientes del lenguaje, mientras que para la segunda concepción las normas son el resultado de un uso prescriptivo del lenguaje y, por tanto, no son independientes de éste (Alchourrón y Bulygin, 1981, pp. 122-123).

⁷ En esta obra, Kelsen (2010 [1945], p. 134) señala: «Las normas jurídicas son siempre establecidas por un acto que deliberadamente tiende a crear derecho, excepto en el caso en que hallan su origen en la costumbre, es decir, en una forma de conducta generalmente observada, con la cual los individuos actuantes no tienden de manera consciente a crear derechos [...]».

⁸ Por cierto, Kelsen respondería que desde la *Teoría General del Derecho y del Estado* ya concebía a las normas jurídicas como «imperativos» o «mandatos» en sentido figurativo, esto es, como prescripciones. Por el contrario, lo que serían juicios hipotéticos son los *Rechts-Satz*, reglas de derecho o *proposiciones de derecho* (como fuera traducido por Vernengo), esto es, los enunciados por medio de los cuales la ciencia del derecho describe su objeto, que son las normas jurídicas (Kelsen y Ehrenzweig, 1965, pp. 1136-1137).

⁹ En este sentido, Kelsen adoptaría la máxima de Dubislav: *Keine Imperativ ohne Imperator* (no hay imperativo sin *imperator*) como requisito de la creación de normas. Esto es, el acto volitivo que crea la norma, ese acto es el hecho que «pone a la norma», lo que la hace positiva. Kelsen (1973, pp. 217-218).

normas, sea de forma legislada, por acto de promulgación o por medio de la costumbre¹⁰.

2.2. Delegación y voluntad como medio de jerarquización

Con el giro pragmático Kelsen parece responder a la objeción de Bacqué, esto es, que en el derecho consuetudinario no es posible la delegación normativa, pues no es posible que exista una voluntad ni que delegue facultades de creación normativa ni que decida crear una nueva norma a partir de la observancia y aplicación de una norma superior.

Esta rectificación por parte de Kelsen parece responder a un aspecto que el escrito de Bacqué pasó por alto, y es que no necesariamente el fundamento de validez de todas las normas consuetudinarias proviene directamente de la *Grundnorm*. Nada impide que una norma consuetudinaria encuentre el fundamento inmediato de su validez jurídica en una norma producida por vía legislativa, como en el caso del artículo 570 del Código Civil de España que remite a las costumbres locales para regular las servidumbres de paso para los ganados. En este supuesto, la norma consuetudinaria identificada sustentaría su validez jurídica en el referido precepto legal que delega en la población la posibilidad de regular una determinada situación por medio de sus propios usos. Esto significa también que existen normas jurídicas consuetudinarias que no presentan dificultad para ser esquematizadas dentro de la *Stufenbau*.

Pero ¿cómo responderían a la jerarquización las normas cuya validez jurídica no reposa en la legislación (las normas consuetudinarias constitucionales o supra-legislativas)? La solución kelseniana al problema del derecho consuetudinario constitucional es asumir que proceso de creación de normas consuetudinarias es análogo al legislativo. Así, en la segunda edición de la *Teoría Pura*, Kelsen señala que las normas consuetudinarias son creadas cuando surge en los miembros de un grupo la idea de que deben comportarse como los demás miembros habitualmente lo hace, y al mismo tiempo surge la voluntad de que los otros miembros del grupo deban comportarse de esa misma manera. De esta forma la costumbre se convierte en la expresión de una voluntad colectiva (Kelsen, 1982 [1962], p. 23, 235-236).

Como señala Raz, esta solución al problema de la creación de normas consuetudinarias es insatisfactoriamente circular, pues ni cuando la gente se comporta de cierta manera usual, ni cuando se critica a quien se desvía de los patrones sociales habituales, se tiene la intención de crear una nueva norma. Más bien, tales actos son formas de reconocer que ya existe una norma, aunque no necesariamente una jurídica (Raz, 1970, p. 67). Como resalta Raz, es gracias a esta visión que Kelsen no logra explicar la creación de derecho por medio de la costumbre, pero tampoco por creación judicial; es decir, por precedentes. Esto debido a que no existe razón para suponer que los jueces crean normas por medio de precedentes solamente si tienen esa intención.

El costo de este giro pragmático para la caracterización de las normas consuetudinarias en Kelsen también es alto, pues resulta demasiado problemático

¹⁰ De hecho, Paulson sostiene que para Kelsen el concepto de norma jurídica, la forma ideal de su comprensión, es como una facultad o competencia que se otorga entre los niveles adyacentes de la jerarquía normativa. El actuar de un órgano legitimado por a la competencia que otorga una norma superior es lo que forma la estructura de la *Stufenbau*. Ver Paulson (2011, pp. 17-18).

suponer que existe una genuina «voluntad colectiva» en la comunidad que convierta a un comportamiento social habitual en una norma jurídica consuetudinaria.

No obstante, una vez que Kelsen asumió una postura voluntarista respecto de las normas, lo hizo asumiendo todas sus consecuencias. Así, como destaca Harris (1979, p. 39), para Kelsen la voluntad es parte de la estructura lógica de toda norma en el entendido de que todas las normas son el significado de un acto de voluntad. De tal forma, incluso las normas imaginarias, ficticias o hipotéticas presuponen un acto de voluntad cuyo significado también ha de ser imaginado (Kelsen 1973c, p. 220, Kelsen 1982 [1960], p. 23). Con esto en mente, podría sostenerse que la voluntad colectiva asociada con la creación de una norma consuetudinaria es hipotética. Pero esta solución sería poco satisfactoria, puesto que Kelsen asocia un acto real de voluntad a la creación de toda norma de origen legislado o promulgado en cuanto derecho positivo, y no se comprende por qué habría de ser distinto para el derecho consuetudinario que, finalmente, también es derecho positivo. Por lo cual, el problema de la creación y de la validez del derecho consuetudinario constitucional o supra-legislativo permanecería abierto¹¹.

3. ¿Un escalón por vislumbrar?

Incluso si ignoramos el problema de la voluntad como condición de la existencia en las normas consuetudinarias, se encontraría todavía una asimetría en la estructura de la pirámide por acomodar. En su texto, Bacqué señala que, puesto que el derecho consuetudinario nacional como el internacional adquieren su validez de la *Grundnorm*, entonces carece de sentido presuponer una constitución nacional consuetudinaria a la par de la constitución nacional escrita (Bacqué, 1964, p. 109). No es claro qué quiere decir con esto. Conforme al último esquema esbozado en su trabajo, puede ser que entendiera que al sustentar su validez directamente en la *Grundnorm*, todo el derecho consuetudinario escapa a la estructura de los ordenamientos jurídicos nacionales, por lo cual, en rigor, la única constitución que tiene un ordenamiento jurídico nacional es aquella escrita.

Pero sería contraintuitivo señalar que todo el derecho consuetudinario supra-legislativo queda suspendido en un limbo entre el derecho nacional y el derecho internacional como el último esquema de Bacqué parece sugerir. Igualmente, no parece plausible que las normas consuetudinarias supra-legislativas que tienen validez solamente en una determinada nación llanamente sean parte del derecho internacional público. Esto es, parece extraño decir que existen normas de derecho internacional pero que solo se encuentran vigentes en el territorio de un determinado Estado, y que además son el producto de las acciones de agentes que se encuentran solamente en ese ámbito espacial.

Una posible solución a este enigma es que el derecho consuetudinario constitucional se encuentre jerárquicamente en un escalón inmediatamente superior a las normas que provienen de la denominada constitución escrita. Esta posibilidad ya se vislumbra en la segunda edición de la *Teoría Pura* en donde Kelsen (1982 [1962], p. 242) manifiesta:

¹¹ Como es sabido, la *Grundnorm* solamente se asume cuando un ordenamiento es eficaz. No obstante, como Navarro (2017, p. 12) ha resaltado, en la *Teoría Pura* no existe una explicación satisfactoria a este planteamiento, ni al por qué la ineficiencia de una norma tiene como consecuencia su invalidez. Es decir, no se explica cuál es la razón para sostener que el principio de eficacia limita al principio de legitimidad. Considero que una posible vía de respuesta podría encontrarse en un análisis detallado del derecho consuetudinario y de las condiciones de su creación –análisis que, no obstante, no se encuentra en la obra de Kelsen.

En tanto se considere la producción consuetudinaria de derecho, la constitución sólo puede efectuar la delegación del procedimiento que se caracteriza como costumbre. En este respecto, la constitución no puede excluir determinado contenido de las normas producidas consuetudinariamente, puesto que la constitución misma –incluso la constitución escrita, en sentido formal– puede ser modificada por normas jurídicas producidas consuetudinariamente¹².

Así, siguiendo lo expuesto por Bacqué, si el principio de eficacia da lugar a normas consuetudinarias, y en un territorio es habitual obedecer las órdenes de un sujeto (individual o colectivo) Θ , entonces existe una norma consuetudinaria que otorga autoridad (competencia) a Θ y, por tanto, se deben obedecer las órdenes de Θ (Bacqué, 1964, p. 108). Posteriormente ese sujeto Θ decide redactar un cuerpo de disposiciones normativas a las que denominará «Constitución». Por lo tanto, la validez de todas las normas que se encuentren en el conjunto de disposiciones normativas denominado «Constitución» reside en la norma consuetudinaria que otorga autoridad (competencia) al sujeto Θ y que exige que se obedezcan sus mandatos. El principio de eficacia se proyecta tanto en el ámbito internacional como en el nacional. En el ámbito internacional es una norma consuetudinaria reconocer como gobierno de una nación a aquel sujeto o grupo de sujetos que es capaz de hacer cumplir de manera duradera las normas que promulga, lo que es verificable respecto de las directivas que emite el sujeto Θ en su territorio. Por otro lado, en ese territorio hay una norma que da cuenta de esa eficacia, pues la mayoría de sus habitantes considera que deben obedecerse las normas dictadas por el sujeto Θ . Esto es así al grado de que, más allá de la posible sanción que el sujeto Θ pueda llegar a imponer, entre los individuos de ese territorio existe presión y crítica social para compeler a los demás a obedecer las directivas emitidas por el sujeto Θ ¹³.

La introducción de este estamento¹⁴ no solucionaría las interrogantes sobre la voluntad en la creación del derecho consuetudinario supra-legislativo, pero asistiría en la empresa de buscar rescatar una estructura que conceptualmente había sido colapsada. Por supuesto, parece que también es cierto que estas normas constitucionales supra-legislativas –que serían las normas constitucionales en rigor de todo ordenamiento jurídico nacional– guardan un gran parecido de familia con las reglas de reconocimiento de Hart¹⁵.

4. Eficacia, costumbre y cláusula alternativa tácita

Kelsen no cuenta con una explicación satisfactoria sobre las normas consuetudinarias, aunque es posible encontrar algunos postulados relevantes al respecto que permitirían arrojar luz sobre algunas de las tesis más enigmáticas de su *Teoría Pura*.

Como es sabido, en la *Teoría Pura* no son lógicamente concebibles las contradicciones entre normas jurídicas porque, si dos normas se encuentran en conflicto, ello significa que una de ellas es válida mientras que la otra es inválida. Pero la noción de «norma inválida» es una contradicción en términos, pues decir que

¹² Las cursivas son propias.

¹³ Así, el principio de eficacia no sería una norma de derecho positivo, sino un postulado doctrinario para identificar normas consuetudinarias, en un caso en el ámbito internacional y en otro en el ámbito local.

¹⁴ Estamento gracias al cual, en rigor, solo el derecho consuetudinario nacional sería norma constitucional.

¹⁵ En este tenor, Raz (1970, p. 68) señala que el problema de la existencia de las normas aisladas (consuetudinarias) en Kelsen es, en cierto modo, una combinación de los problemas de existencia de los sistemas normativos y de las normas que pertenecen a esos sistemas. Pero solo actos de cierto tipo pueden ser parte de las condiciones de existencia de tales normas. Para esto, remite a la teoría de las normas consuetudinarias (*reglas sociales*) de Hart como la mejor explicación existente.

una norma es inválida es tanto como decir que ésta no existe o que no es derecho (Kelsen, 1982 [1962], p. 274; Kelsen, 2011 [1934], p. 56). Por ende, cuando se encuentran dos normas que prescriben dos situaciones simultáneamente incompatibles, dicho dilema debe ser resuelto por medio de la interpretación de un órgano competente (Kelsen, 1982 [1962], p. 215, 275). No obstante, nada impide que un órgano competente resuelva y produzca una norma cuyo contenido no se corresponda con una norma jerárquicamente superior. En tal caso, la norma *irregular* creada por el órgano competente no sería inválida. Esta norma solo puede ser anulada por mediante los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico. Pero incluso en estos procesos de revisión, no es inconcebible que los órganos de última instancia determinen que la norma *irregular* es constitucional, adquiriendo el carácter de *res judicata*. Así, señala Nino (1985, p. 32): «La solución de Kelsen al problema del conflicto de normas de diferente jerarquía [...] consiste en suponer que las normas de competencia contienen tácitamente una cláusula que autoriza a no acatar las condiciones que tales normas establecen expresamente [...]».

La denominada *cláusula alternativa tácita* es posiblemente el postulado más controversial que pueda encontrarse en la *Teoría Pura*. La *cláusula* haría que el contenido de todas las normas sea tautológico para los órganos competentes quienes, por definición, no podrían jamás transgredir una norma jurídica (Ruiz Manero, 1990, p. 94) y, con esto, también quebrantaría la idea de la estructura jerárquica al facultar a las autoridades para crear normas incompatibles con las normas superiores (Orunesu, Rodríguez y Sucar, 2001, pp. 14-15). En este breve espacio no deseo solventar los problemas conceptuales que la cláusula alternativa tácita acarrea para la *Teoría Pura*. Más bien, deseo poner de manifiesto que ésta puede encontrar un sustento teórico en algunas escuetas observaciones que Kelsen ha realizado sobre la creación del derecho consuetudinario (internacional) y la eficacia, esto, a pesar de que –como insiste Bacqué– esto signifique el colapso de la *Stufenbau*.

La *Grundnorm* es el fundamento de validez del derecho internacional consuetudinario que, por medio del principio de eficacia, determina el fundamento y el dominio de la validez de los ordenamientos jurídicos estatales (Kelsen, 1982 [1960], p. 341). Así, el gobierno que logre de manera eficaz hacer cumplir sus normas en una nación es reconocido como un orden jurídico legítimo de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. A su vez, lograr que se observen sus normas implica que ese gobierno es reconocido como autoridad en esa nación. Las dos perspectivas, nacional e internacional, implican que ese gobierno es un órgano competente para crear normas jurídicas en esa nación y, con ello, para juzgar (interpretar) sobre las normas que componen su ordenamiento. Y, puesto que el acto interpretativo implica un acto constitutivo de normas jurídicas (Kelsen, 1982 [1960], pp. 349-350), conforme al principio de eficacia, esto significaría también que el ordenamiento jurídico nacional se compone del resultado de las interpretaciones jurídicas prevalecientes y habitualmente sostenidas por sus órganos competentes supremos, incluso aquellas interpretaciones que expresamente contradicen las disposiciones legislativas de más alto rango.

Al hablar del derecho internacional consuetudinario, Kelsen señala que tanto los individuos como los científicos del derecho y los jurisconsultos pueden contribuir a su producción, pero el aspecto decisivo en su creación es la práctica de los tribunales internacionales. Esto es, en tanto órganos legitimados con competencia para determinar cuál es el derecho internacional vigente, la práctica interpretativa concurrente de los tribunales internacionales es el factor determinante en la creación del derecho internacional consuetudinario (Kelsen, 2012 [1939], pp. 39 y 43). En esta línea, Kelsen no cuenta con una teoría del derecho consuetudinario pero, al respecto,

comparte una noción no poco extendida en la tradición del pensamiento del positivismo jurídico, y es que el factor más relevante en la determinación de cuáles son las normas consuetudinarias (sociales) que forman parte del ordenamiento jurídico es la interpretación de los órganos con más alta competencia.¹⁶ Este postulado sería rectificado en la *Teoría Pura*, en donde expresa (Kelsen, 1982 [1960], p. 238): «La pregunta de si efectivamente se ha dado el hecho de una costumbre productora de derecho, sólo puede ser resuelta por el órgano de aplicación del derecho». De tal manera, si el principio de eficacia establece la norma fundamental de todo ordenamiento jurídico estatal, una consecuencia que de esto se deriva es que es derecho aquello que los órganos competentes supremos interpretan como tal, y que incluso entre ellos existe presión y crítica para interpretar el derecho de esa manera¹⁷.

5. Conclusión

El texto del profesor Bacqué nos invita a profundizar sobre la eficacia, el concepto de norma jurídica, norma consuetudinaria, y la noción de jerarquía normativa en la teoría kelseniana. El presente artículo ha buscado mostrar solamente algunos de los aspectos que dicha profundización puede abordar, como lo son la voluntad como parte de la estructura lógica de las normas en Kelsen y la posibilidad de concebir otro estrato jerárquico en la *Stufenbau* o pirámide. Pero, sin duda, esto no agota las posibilidades.

Bacqué concluye su texto indicando que tomar en cuenta su división entre normas delegadas y normas originarias (*i.e.*, consuetudinarias) puede contribuir a nuevos estudios sobre la relación entre eficacia y la validez de las normas jurídicas. La condición de la eficacia normativa es un aspecto central en la teoría kelseniana para comprender la validez jurídica, pero, como ha señalado Navarro (2016, p. 60), la conexión entre la naturaleza sistémica del derecho y su eficacia no ha recibido suficiente atención. En el mismo sentido, las normas que son eficaces por definición, las que son producto de la costumbre, también han tendido a ser dejadas de lado por la teoría jurídica contemporánea y su exposición del derecho como una forma de sistemas normativos. En este sentido, el presente texto busca ser una aportación, aunque sea somera, sobre estos temas.

Entonces, además de buscar manifestar las consecuencias y ajustes que se siguen de los planteamientos de Bacqué para la teoría kelseniana, también he intentado explorar algunas de las posibilidades que puedan indagarse a partir de su invitación de explorar las relaciones entre eficacia y validez en Kelsen tomando en cuenta aquellas normas cuyo fundamento de validez proviene directamente de la *Grundnorm*, las normas jurídicas consuetudinarias supra-legislativas. El resultado, me parece, es no solo que la invitación es pertinente, sino que ha mostrado que existen posibilidades fructíferas de indagación.

¹⁶ La más famosa de estas explicaciones es la de Austin, en donde el soberano tácitamente consiente que los jueces reconozcan y apliquen normas consuetudinarias (Austin, 1995 [1832], p. 36). Una exposición más refinada y concorde con lo que se ha expresado esta idea fue desarrollada por Bentham, (1977, pp. 234-235) quien distingue entre dos tipos de normas consuetudinarias, las normas *in pays*, que son producto de las prácticas sociales, y las normas *in foro*, producto de las costumbres judiciales. Es por medio de las costumbres *in foro* que las normas *in pays* llegan a ser consideradas jurídicamente válidas.

¹⁷ Por supuesto, no es accidental que esta conclusión remita al concepto de la regla de reconocimiento de Hart, y a su señalamiento de que ésta esencialmente es el producto de la práctica de la identificación del derecho por parte de los tribunales, esto es, una norma consuetudinaria de origen judicial (Hart, 1994 [1961], p. 256).

Bibliografía

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1981). La concepción expresiva de las normas, en (1991). *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991), *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Austin, J. (1995 [1832]). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge University Press.
- Bacqué, J. (1964). Une Pyramide Aplatie. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 50 (1), 105-110.
- Bentham, J. (1977). *A Comment on the Commentaries and A Fragment of Government* (ed. de J. H. Burns y H. L. A Hart). Clarendon Press.
- Bulygin, E. (2005), Observaciones a Kelsen, "Validez y eficacia del derecho". En H. Kelsen, E. Bulygin y R. Walter (eds.), *Validez y eficacia del derecho*. Astrea.
- Clérico, L. y Sieckmann, J. (Eds.) (2011). *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Universidad Externado de Colombia.
- Guibourg, R. (2011). El legado de Kelsen. En Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Universidad Externado de Colombia.
- Harris, J. (1979). *Law and Legal Science*. Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (1994 [1961]). *The Concept of Law*. Clarendon Press.
- Kelsen, H. (1942). Value Judgements in the Science of Law. En (1971). *What is Justice?* University of California Press.
- Kelsen, H. (1971). *What is Justice?* University of California Press.
- Kelsen, H. (1973a). *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Reidel Publishing Company
- Kelsen, H. (1973b [1965]). Law and Logic. En *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Reidel Publishing Company.
- Kelsen, H. (1973c). On the concept of norm (Trad. de Peter Heath). En *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Reidel Publishing Company.
- Kelsen, H. (1982 [1960]). *Teoría pura del derecho* (Trad. de R. Vernengo). UNAM.
- Kelsen, H. (2010 [1945]). *Teoría general del derecho y del Estado* (Trad. de E. García Máynez). UNAM.
- Kelsen, H. (2011 [1934]). *Teoría pura del derecho [primera edición de 1934]* (Trad. de G. Robles y F. Sánchez). Trotta.
- Kelsen, H. (2012 [1939]). *Teoría del derecho internacional consuetudinario* (Trad. de A. Peralta García). Ediciones Coyoacán.
- Kelsen, H., Bulygin, E. y Walter, R. (2005). *Validez y eficacia del derecho*. Astrea.
- Kelsen, H. y Ehrenzweig A. (1965). Professor Stone and the Pure Theory of Law, *Stanford Law Review*. 17 (6), pp. 1128-1157.
- Mattei-Gentili, P. (2020). The Quest for *Opinio Juris*: An Analysis of Customary Law, from Hart's Social Rules to Expectations and Everything in the Middle. *Noesis*. (34), 89-114.
- Navarro, P. (1987). Eficacia, tiempo y cumplimiento. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (4), 257-266.
- Navarro, P. (2016). *Kelsen y la eficacia del derecho*. Fontamara.
- Navarro, P. (2017). *Dinámica y eficacia del derecho*. Fontamara.
- Nino, C. (1985). *La validez del derecho*. Astrea.
- Orunesu, C., Rodríguez, J. y Sucar, G. (2001). Inconstitucionalidad y derogación. *Discusiones*, (II), pp. 11-58.
- Paulson, S. (2011). La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica (Trad. de L. Vita). En L. Clérico y J. Sieckmann (eds.). *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Universidad Externado de Colombia.
- Paulson, S. (2013). How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law, *Revus*. (21), 29-45.

- Raz, J. (1970). *The Concept of a Legal System*. Clarendon Press.
- Rodilla, M. A. (2005). Dinamismo y coactividad. Sobre una incongruencia en la Teoría Pura del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (28), 183-220.
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Stone, J. (1964). *Legal System and Lawyers' Reasoning*. Stanford University Press.

