

Una pirámide aplanada*

A flattened pyramid

Jorge A. Bacqué

Cita recomendada:

Bacqué, J. A. (2023). Una pirámide aplanada. *Eunómia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 340-345

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8004>

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

I.

Aunque «Pirámide Jurídica» no es una expresión kelseniana en su origen, la misma traduce, con bastante precisión, la idea de Kelsen de un «orden dinámico de normas».

Para Kelsen el orden jurídico es un conjunto de juicios prescriptivos de diferentes rangos cuya validez depende unos de otros, hasta llegar a una norma superior que es la «norma fundamental del orden jurídico internacional».

«Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente»¹.

Es decir, para Kelsen, la estructura del orden jurídico de un Estado se compone de varios estratos, en el más bajo se encuentran las normas individuales,

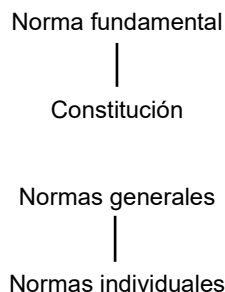
* Traducción de Piero Mattei-Gentili. El artículo original en francés se encuentra en: Bacqué, J. (1964). Une Pyramide Aplatie. *ARSP: Archive für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. Vol. 50, No. 1, pp. 105 – 110.

¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* [en adelante TDP], traducción del francés de Moisés Nilve, Buenos Aires: EUDEBA. 1960 [1953], pp. 112 – 113 [Nota del traductor]. Bacqué recurre a la versión en lengua francesa de la primera edición de la Teoría Pura del Derecho. Este dato es relevante, pues Kelsen introduce algunas cuantas modificaciones respecto del escrito original en lengua alemana de 1934. Sin embargo, las modificaciones referidas no son tan sustanciales como para poder afirmar que ha habido un cambio en la doctrina, como sí sucedería con la segunda edición del manuscrito en lengua alemana de 1960, traducido por Roberto J. Vernengo y publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México en 1979. La traducción francesa de la *Teoría Pura del Derecho* fue realizada por de Henri Thévanaz de 1953, Neuchâtel: Éditions de la Baconnière. Respecto de la primera edición de la Teoría Pura en lengua alemana, existe una traducción reciente realizada por Gregorio Robles y Félix S. Sánchez, Madrid: Trotta, 2011 [1934].

como las sentencias judiciales y los contratos; y en la cumbre, la Constitución del Estado. Entre las primeras y la segunda se encuentran las normas generales.

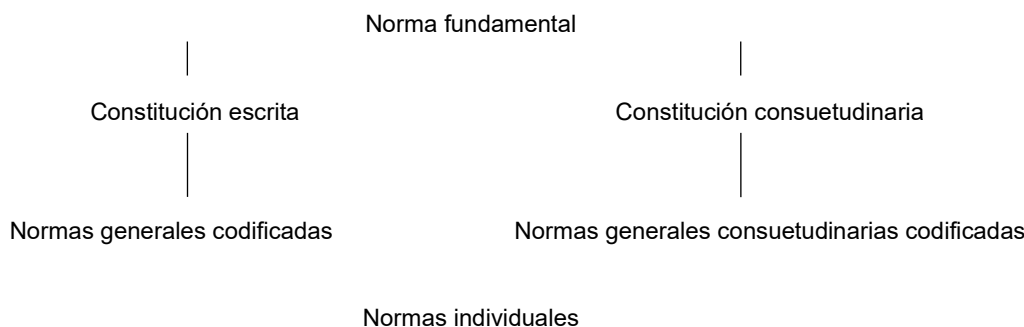
«Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado»².

Al hacer abstracción de los problemas que presenta la idea de esta «norma fundamental»³, de diversas constituciones sucesivas en el tiempo y actos jurídicos que dan lugar al nacimiento de diferentes normas (puesto que un orden normativo dinámico se basa en la «delegación», sobre el paso de una norma a otra a través de un acto mencionado en la primera), la metáfora de la Pirámide Jurídica para un orden público codificado quedaría de la siguiente manera:



Pero esta imagen resulta incompleta si en un mismo orden estatal no se integran las normas del derecho consuetudinario, cuya validez proviene de la propia norma fundamental y que sugiere que, junto a la constitución escrita (si es que la hay), deberán haber normas constitucionales no escritas; es decir, una norma establecida por la costumbre conforme a la cual, los preceptos generales, obligatorios para los órganos encargados de aplicar el derecho, pueden ser creados por medio de la costumbre.⁴

Como consecuencia, nuestra Pirámide se extiende de la manera siguiente:



² TDP, p. 113.

³ Entiéndase *Grundnorm*, o «norma fundante básica», o «norma básica», como se la ha denominado en otras traducciones de la obra kelseniana. [Nota del traductor].

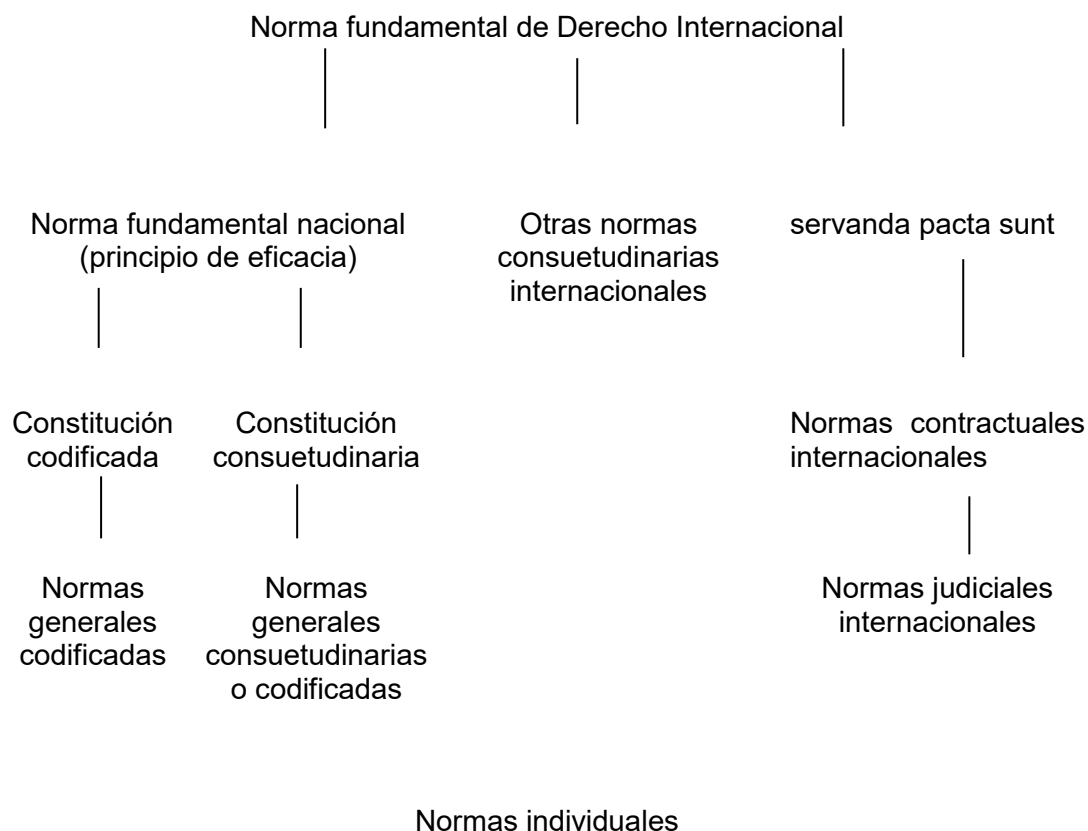
⁴ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado* [en adelante TG], trad. de Eduardo García Máynez, México: UNAM, 1958, p. 149.

Pero esto no es todo, puesto que la norma fundamental del orden jurídico estatal, desde el punto de vista de la totalidad del derecho, no es sino una norma consuetudinaria de Derecho Internacional: «Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional».⁵

Se trata del «principio de eficacia», norma consuetudinaria de Derecho Internacional, así, como entre otras, de «*Pacta sunt servanda*» que «autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos»;⁶ que establece que: «todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta».⁷

De tal manera, el derecho internacional contractual, y como consecuencia las normas individuales dictadas por los órganos judiciales internacionales tienen su fundamento en una norma consuetudinaria de la misma categoría que la norma fundamental nacional (principio de eficacia de Derecho Internacional).

Nuestra Pirámide metafórica parece tomar la siguiente forma:



⁵ TPD, p. 116.

⁶ TPD, p. 159.

⁷ TPD, p. 170.

En este esquema se describe únicamente un orden jurídico nacional. El lector notará que en el nivel de las normas consuetudinarias aparecerán tantas normas fundamentales nacionales como Estados que componen la comunidad internacional.⁸

Esta parece ser la estructura de la célebre pirámide jurídica como la podemos deducir de las palabras de Kelsen.

Nos parece que tan pronto analicemos el concepto de «norma fundamental» y de «derecho consuetudinario» la pirámide será destruida.

No afectará mucho las conclusiones generales de la doctrina de Kelsen, pero consideramos que cuando menos vale la pena plantear el problema.

II.

La norma fundamental de Derecho Internacional es una norma que establece como hecho creador de derecho a la costumbre constituida por la conducta recíproca de los Estados. Entonces, Kelsen enuncia en la Teoría General del Derecho y del Estado «Los Estados deben conducirse como habitualmente lo hacen»⁹.

Es solamente en un sentido figurado que Kelsen atribuye una conducta a los Estados. «El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo»¹⁰.

En conclusión, la norma fundamental de Derecho Internacional es la premisa que permite pensar en ciertas conductas humanas como productoras de normatividad: «Lo habitual debe ser».

III.

Por su relación con la norma fundamental internacional, las normas que pertenecen al orden pueden ser clasificadas en «originarias» y «delegadas».

Llamamos «originaria» a una norma cuya validez depende directamente de esta norma fundamental, como el derecho internacional consuetudinario.

(1) Lo habitual debe ser.

«*Pacta sunt servanda*» es habitual.

Entonces, «*pacta sunt servanda*» debe ser.

⁸ Hacemos abstracción del problema que plantea la sugestión realizada por Kelsen en la «Teoría General del Estado» tendiente a distinguir el «principio de eficacia» de la «Norma Fundamental de cada Estado». Consideramos que la solución que presentaremos a este problema no afectará las conclusiones de este trabajo.

⁹ TG.

¹⁰ TPD, p. 161.

Llamamos «delegadas» a las normas creadas por medio de una «delegación»; es decir, por actos de un órgano establecido a su vez por otra norma, «delegada» u «originaria».

(2) Lo habitual debe ser.

Obedecer las órdenes de Juan es habitual.

Las órdenes de Juan deben ser.

(3) Juan ordena que obedezcamos a Pedro.

Las órdenes de Pedro deben ser.

Al comparar los esquemas 2 y 3 con el esquema 1 vemos que, para poder constatar la validez de las normas delegadas, no es necesario constatar su eficacia, mientras que para las originarias no solo es necesario sino suficiente.

IV.

Hemos proporcionado como ejemplo característico de una norma «originaria» la de la «norma consuetudinaria internacional», pero si analizamos con cuidado el concepto de «*consuetudo*» (costumbre) en Kelsen, parece que llegaremos a la conclusión de que todas las normas consuetudinarias (internacionales y nacionales) son originarias.

«Las normas jurídicas son siempre establecidas por un acto que tiende directamente a crear derecho, excepto en el caso en que encuentran 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 derecho, aun cuando tengan que considerar sus acciones como conformes a una norma obligatoria y no como materia de una elección arbitraria»¹¹.

Como consecuencia, en el derecho consuetudinario, no hay delegación posible, y si pensamos en la totalidad del orden jurídico como si estuviera fundado sobre la norma fundamental de Derecho Internacional, es de aquí que esta especie de derecho recibe su validez.

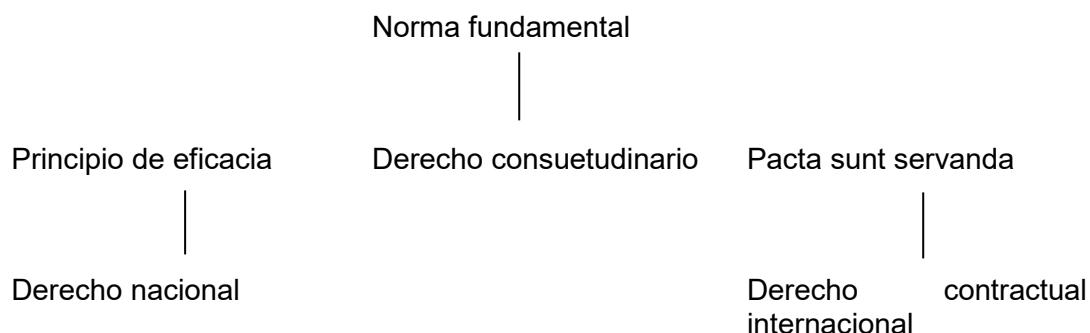
V.

Las consecuencias posibles de lo que ha sido expuesto son las siguientes: la metáfora de la «Pirámide Jurídica» solo se puede aplicar al derecho positivo nacional, y al derecho contractual internacional. El derecho consuetudinario internacional se encuentra en el mismo plano que el derecho consuetudinario nacional, los dos adquieren su validez directamente de la norma fundamental, y como consecuencia es inútil presuponer una constitución nacional consuetudinaria junto con la constitución nacional escrita. La diferencia con el derecho consuetudinario internacional no es más una cuestión de rango sino una cuestión de extensión espacial de la validez¹². Finalmente, la división entre normas originarias y delegadas, como la hemos propuesto en este trabajo, toma una precisión que, viablemente, podrá contribuir a nuevos estudios sobre la relación entre la eficacia y la validez de las normas: en el plano de las normas originarias, la validez equivaldrá a la eficacia, mientras que para las normas delegadas se encontrará fundada en el principio de legitimidad. Podríamos

¹¹ TG, p. 134.

¹² TPD, p. 32.

decir que una norma es válida cuando la misma es eficaz, o bien cuando ha sido dictada por un órgano establecido a su vez por otra norma eficaz. La estructura de la nueva «Pirámide Jurídica» será la siguiente:



El autor no pretende haber resuelto los problemas que plantea la jerarquía de normas, sino que presentó los problemas que encontró a partir de la lectura de las obras de Kelsen y ha buscado mostrar cuánto es impropia la metáfora puesto que su uso ha conducido a importantes confusiones en el estudio de la *Teoría Pura del Derecho*.