

LEGISLACIÓN DE EXCEPCIÓN.

UNA PROPUESTA
DE ANÁLISIS SOBRE
LA BASE DE LA TEORÍA
DEL DERECHO
DE HANS KELSEN

MARCELA **CHAHUAN ZEDAN**



Legislación de excepción.

Una propuesta de análisis sobre la base de la teoría del derecho de Hans Kelsen

Emergency Legislation.

An Analytical Proposal Based on Hans Kelsen's Legal Theory

MARCELA CHAHUAN ZEDAN

Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile

E-mail: marcela.chahuan@uai.cl

ABSTRACT

El presente comentario tiene por objetivo realizar una propuesta de análisis teórico jurídico sobre la normativa que un sector de la teoría política contemporánea denomina “legislación de excepción”. Para ello utilizaré la tesis de cláusula alternativa tácita (CAT) que Kelsen formuló en su *Teoría Pura del Derecho*. La CAT puede ser una herramienta teórica útil para dar cuenta de la “legislación excepcional”, cuando con dicha expresión se alude a normativa que se considera contradictoria con normas constitucionales que establecen requisitos o condiciones para producción normativa, en especial, aquellas que limitan los contenidos de las normas a producir mediante la consagración de derechos considerados garantías básicas de los estados contemporáneos. La tesis de Kelsen tendrá un mayor rendimiento explicativo en la medida que se interprete como una tesis que busca describir lo que en los hechos puede ocurrir en la realidad jurídica: que las autoridades normativas formulen normas que son consideradas inconstitucionales por otros intérpretes y que, de acuerdo al diseño institucional de una buena parte de los órdenes jurídicos actuales, pueden ser utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores del derecho, mientras no sean expulsadas del orden jurídico mediante la decisión del órgano competente para ello.

This paper proposes a legal theoretical analysis of the norms that some contemporary political theorists label as “emergency legislation”. For that purpose, the author draws upon the alternative tacit clause (ATC) thesis, which Kelsen formulated in his *Pure Theory of Law*. The ATC may be a useful theoretical instrument to account for “emergency legislation” when this notion is used to refer to legislation that contradicts constitutional norms establishing requirements or conditions for normative production, in particular, those setting limits to the content of norms produced by the embodiment of rights regarded as basic guarantees in modern States. Kelsen's thesis will have a higher explanatory power inasmuch as it is interpreted as a thesis that intends to describe what in fact may happen in the legal domain: that is, that normative authorities formulate norms that are regarded as unconstitutional by other interpreters, and, in accordance with the institutional design of an important part of contemporary legal systems, they may be invoked as a justification for the decision of those bodies which apply the law as long as they are not removed from the legal system by the competent authority.

KEYWORDS

legislación de excepción, normas irregulares, tesis de la cláusula alternativa tácita

emergency legislation, irregular norms, alternative tacit clause

Legislación de excepción.

Una propuesta de análisis sobre la base de la teoría del derecho de Hans Kelsen

MARCELA CHAHUAN ZEDAN

1. *Legislación de excepción ¿a qué tipo de normativa se alude?* - 2. *La tesis de la cláusula alternativa tácita de Kelsen* - 3. *Algunos comentarios finales.*

«Quien alza el velo y no cierra los ojos
es deslumbrado por la Gorgona del poder».
(KELSEN 1927,55)

1. *Legislación de excepción ¿a qué tipo de normativa se alude?*

Hace ya algunos años, especialmente a partir de ciertas circunstancias, tales como los atentados en Estados Unidos en el año 2001, y los sucesivos atentados en ciudades europeas y, por otra parte, en el contexto de crisis políticas y económicas que han afectado a algunos países de Europa y Latinoamérica, se ha echado mano de la expresión “legislación excepcional” para dar cuenta de cierta de normativa que ha estado en el centro del debate público de los últimos años y ha sido, también, objeto de análisis teórico. La presente edición de la Revista *Diritto & Questioni Pubbliche* invita a reflexionar sobre la legislación de excepción o de emergencia, cuyo análisis puede realizarse desde diversas disciplinas (teoría política, sociología, economía, teoría jurídica, entre otras). En este comentario, abordaré un análisis desde la teoría jurídica, y tomaré como punto de partida la teoría del derecho de Hans Kelsen¹.

Ahora bien, ¿qué es lo que se identifica, concretamente, como legislación de excepción?, ¿Cómo puede ser analizado lo anterior desde una teoría del derecho? Estas son las preguntas en torno a las cuales enfocaré el presente comentario.

En primer lugar, es preciso determinar si lo que se identifica en las últimas décadas como legislación excepcional alude a la declaración de un estado de emergencia constitucionalmente regulado (el tradicional “estado de emergencia o de excepción”) y al conjunto de normativa dictada en dicho contexto, o bien, se designa cierto tipo de legislación que no necesariamente es formulada en el contexto de una *expresa* declaración de estado de emergencia. Me parece relevante responder dicha pregunta a efectos de situar el análisis, al menos, el propiamente jurídico.

¹ Me referiré, principalmente a la segunda de edición de *Reine Rechtslehre* (traducida al castellano como *Teoría Pura del Derecho*), en adelante RR2. KELSEN 1960.

En la actualidad, no todos identifican exclusivamente como legislación de excepción a una expresa declaración de un estado de emergencia constitucional que habilita a las autoridades normativas a restringir algunos derechos constitucionales (tales como el derecho a reunión, el derecho a la libre circulación, el derecho a la información, a la libertad de expresión, entre otros) cuando las autoridades normativas deciden que se dan los supuestos que la misma regulación del estado de emergencia especifica (tales como el supuesto de una guerra interna o externa). Así, a modo de ejemplo, se señala que las leyes que regulan los delitos terroristas y el narcotráfico, así como la actual normativa de algunos países que regula la inmigración son de legislación de excepción. También ha sido calificada como legislación de emergencia aquella que surge especialmente en momentos de crisis económica relativa a recortes en materia de salud, educación, el salario de los trabajadores de las entidades públicas, entre otras restricciones de los derechos sociales. Respecto a esto último, Luigi Ferrajoli detecta una «crisis de la democracia constitucional, producto de una frágil concepción de la democracia»², lo cual se manifiesta en lo que designa como “poderes salvajes”, entendido como una forma incontrolada de poder, en el marco de la legalidad, asociado a ataques a los derechos de los trabajadores³.

Por su parte, autores como Giorgio Agamben, y quienes siguen esta línea teórica, utilizan la expresión “legislación o estado de excepción” para designar al conjunto de normativa que restringe considerablemente los derechos de ciertos sujetos, señalándose que la política actual opera como un “estado de excepción permanente”⁴. Agamben sostiene que las legislaciones de excepción son el paradigma de la política de nuestro tiempo. Retomando la tesis de Walter Benjamin⁵, afirma que el «estado de excepción se ha convertido en regla», en tanto el estado moderno incorpora al estado de excepción en el orden jurídico, pero éste mantiene un carácter excepcional, puesto que lo que regula es la propia suspensión de la aplicación de las normas jurídicas que garantizan los derechos que el estado liberal prometía resguardar⁶.

Los análisis sobre el estado de excepción suelen remitirse a las tesis que Carl Schmitt formulara sobre el caso excepcional. El jurista alemán planteaba que el estado de excepción consiste en la suspensión total del orden jurídico a fin de resguardar la propia vigencia de éste⁷. Sin embargo, Schmitt apunta que el estado de excepción o caso excepcional no es lo mismo que los estados de emergencia regulados en las constituciones, dado que el primero excede los márgenes

² Una versión completa de la teoría del derecho y la teoría política de Ferrajoli, en la cual aborda su propuesta de una democracia constitucional es encuentra en FERRAJOLI 2007.

³ FERRAJOLI 2011.

⁴ Véase AGAMBEN 2003; AGAMBEN, BADIOU et al. 2010; ŽIZEK 2010.

⁵ BENJAMIN 1942.

⁶ AGAMBEN 1995, AGAMBEN 2003.

⁷ SCHMITT 1922.

constitucionales, consiste en la suspensión *total* de la constitución. El estado de excepción, según sostiene, no puede regularse, pues las situaciones excepcionales no pueden ser previstas. Escapan a las determinaciones generales y, en tal sentido, afirma que «no hay una sola norma que pueda aplicarse al caos»⁸. Según explica, la aplicación de normas generales presupone una situación de normalidad que no se da en los casos excepcionales⁹. En estos momentos críticos, no hay norma general que pueda aplicarse, sino sólo la decisión del soberano de suspender completamente el orden jurídico. Schmitt construye su teoría de la soberanía a partir del caso excepcional, señalando en su *Teología Política* que «es soberano quien decide sobre el estado excepción»¹⁰.

Al comienzo de este comentario señalé que utilizaré la teoría del derecho de Kelsen para el análisis. Sin embargo, debo advertir que si por estado de excepción se entiende la situación política límite que describe Carl Schmitt, es decir, una *total* suspensión del orden jurídico, los análisis desde una teoría kelseniana no resultan oportunos. Ya el propio Schmitt detectaba lo anterior, pues una de las principales críticas que formuló a Kelsen¹¹ consiste en no prestar atención a la situación límite o caso excepcional¹². A lo anterior puede contestarse, precisamente, con la misma observación: la propuesta teórica de Kelsen no está dirigida a explicar los momentos de caos, ni los hechos que dan lugar a la instauración de un orden jurídico, sino que analiza el funcionamiento del orden jurídico en contextos de una cierta estabilidad necesaria para la aplicación de normas jurídicas generales.

Se ha intentado mostrar que con la expresión “estado o legislación de excepción” se busca explicar una serie de situaciones jurídicamente diversas. Precisar el tipo de fenómeno al que se alude es central para poder encaminar un análisis teórico jurídico que pueda resultar pertinente. Como se ha señalado, por

⁸ SCHMITT 1922, 42.

⁹ Las tesis de Schmitt sobre aplicación judicial de normas generales a casos concretos en contextos de normalidad pueden revisarse en SCHMITT 1912.

¹⁰ SCHMITT 1922, 23.

¹¹ Schmitt y Kelsen mantuvieron también un interesante debate acerca de quién debe ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Véase KELSEN, SCHMITT 1931. Las distintas posturas pueden explicarse, en parte, sobre la base de la distinta concepción que tienen sobre el Estado y el orden jurídico. Kelsen concibe al Estado como un concepto puramente jurídico, no sería otra cosa que el orden jurídico mismo relativamente centralizado (KELSEN 1960, 291). Según plantea Schmitt, en cambio, el estado de excepción demostraría que el Estado no es siempre coincidente con el orden jurídico. En el estado de excepción el orden jurídico se suspende, pero no desaparece el Estado, definiéndolo como «una unidad sustancialmente política» (SCHMITT 1932, 193).

¹² Schmitt sostiene que si bien el caso excepcional no puede ser objeto de regulación, no pierde el vínculo con el orden jurídico, pues su finalidad es proteger la propia vigencia del mismo, crear una situación de normalidad fáctica que permita la aplicación de las normas jurídicas. En este sentido, sostiene que: «Se ubica fuera del orden jurídico normal y con todo forma parte de él, porque le corresponde la decisión de si la constitución puede suspenderse *in toto*» SCHMITT 1922, 27. Y más adelante: «Lo excepcional es lo que no se puede subsumir a la regla; escapa a toda determinación general, pero al mismo tiempo, pone al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico, la “decisión”» SCHMITT 1922, 28.

una parte, en la actualidad se utiliza la expresión “legislación de excepción” para designar disposiciones constitucionales que regulan la declaración de un estado de emergencia en ciertos supuestos, autorizando a las autoridades normativas a suspender la aplicación de algunas normas que consagran derechos. Además, en los debates políticos algunos autores identifican como legislación de excepción no exclusivamente a la normativa dictada en el contexto de una expresa declaración de estado de emergencia en su sentido tradicional, sino que creen que lo decisivo para hablar de “legislación de excepción” es constatar la existencia de normativa que “suspende” o restringe garantías constitucionales básicas. Al parecer, en los términos de la teoría del derecho, se alude a normativa creada de modo irregular que puede resultar contradictoria con las normas superiores de un orden jurídico, en especial, aquellas normas constitucionales que establecen límites a contenidos de las normas a producir, como son aquellas que consagran un listado de derechos de las personas, o establecen las condiciones o requisitos relativos al procedimiento a seguir para la creación normativa.

Desde un punto de visto jurídico es relevante la existencia o la falta de una declaración de estado de emergencia, a efectos de revisar la validez de la normativa formulada, entendida la validez como la conformidad con otras normas del sistema jurídico que establecen las condiciones formales y materiales para la creación normativa. En caso de que exista una declaración de estado de emergencia, la validez de la normativa formulada en dicho contexto debe revisarse teniendo en consideración las normas que regulan el estado de emergencia que *expresamente* habilitan a las autoridades a decretar normativa restrictiva de derechos. Si el estado de emergencia no ha sido expresamente decretado, el examen sobre la validez jurídica consiste en determinar la adecuación con las normas sobre producción jurídica que el propio orden jurídico contempla para los momentos de “normalidad”, tanto las que establecen condiciones o requisitos de carácter formal relativos al órgano competente para formularlas, y normas de procedimiento, como la validez material o relativa al contenido de las normas producidas.

He indicado que abordaré el análisis teórico-jurídico sobre la base de la teoría del derecho de Kelsen, en concreto, mediante la tesis que el autor de la *Teoría Pura del Derecho* sostiene, específicamente, al pronunciarse sobre los conflictos entre normas de distinto nivel. Me refiero a la tesis de la *cláusula alternativa tácita* (en adelante, CAT), bastante polémica entre los teóricos del Derecho. La tesis de la CAT presentada por Kelsen no está dirigida a dar cuenta de las disposiciones constitucionales que, en determinados supuestos, habilitan *expresamente* a las autoridades a formular normativa restrictiva de derechos. Esta tesis puede ser una herramienta de análisis jurídico a tener en consideración, cuando con “legislación de excepción” se alude, en general, a normativa que “suspende”, transgrede, o más propiamente, puede resultar contradictoria con las normas sobre producción jurídica de fuente constitucional, especialmente aquellas normas que limitan el

contenido o procedimiento de la normativa a producir. Así, por ejemplo, se designa como excepcional a la normativa que, de acuerdo con las normas sobre producción jurídica, debe formularse mediante normas de origen legislativo, pero se formula mediante decretos del ejecutivo, y/o legislación que se considera contradictoria con normas constitucionales que establecen un listado de derechos fundamentales de las personas. En este sentido, se denomina “legislación de excepción” a ciertas regulaciones sobre control migratorio que restringen o prohíben la migración de personas, y regula los procedimientos de expulsión, considerada contradictoria normas que consagran derechos como el de la libre circulación de personas, la igualdad ante la ley, y las garantías de un debido proceso; a los recortes en materia de gasto social efectuados mediante decretos contradictorios con derechos sociales; a ciertas regulaciones sobre control de identidad de las personas, o a la legislación sobre delitos terroristas que se considera contradictoria con ciertas garantías procesales básicas. No obstante, hay que tener en consideración que en no pocas ocasiones las propias normas que condicionan la producción normativa contemplan, incluso a nivel constitucional, que en determinadas materias (como ha ocurrido en algunos ordenamientos jurídicos respecto del terrorismo) las autoridades normativas no tienen los mismos límites al contenido que existe respecto del resto de la legislación. Esta habilitación para que las autoridades normativas puedan omitir los límites al contenido y restringir o eliminar los derechos o garantías procesales de los sujetos a los que se aplica dicha legislación, ha sido objeto de bastantes debates políticos. En el plano jurídico, determinar si una cierta normativa contradice normas superiores es también un problema en sede de interpretación jurídica, es decir de atribución de significado de los textos en cuestión, y de las disposiciones constitucionales.

2. *La tesis de la cláusula alternativa tácita de Kelsen*

Según plantea Kelsen, toda norma jurídicamente existente es válida y tiene fuerza vinculante, lo cual implica que Kelsen no concibe la existencia de normas inválidas.

«Una norma no válida es una no existente, es la nada jurídica. La expresión “ley inconstitucional”, aplicada a un precepto legal que se considera válido, es una contradicción en los términos»¹³.

Por su parte, de acuerdo con Kelsen la validez de una norma requiere que ésta se encuentre autorizada por la Constitución:

¹³ KELSEN 1960, 277. Véase también KELSEN 1945a, 185.

«Una ley sólo puede ser válida fundándose en la Constitución. Si hay alguna razón para suponer que una ley es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la Constitución»¹⁴.

Hay que considerar que Kelsen utiliza el término “validez” para designar, indistintamente, tanto la conformidad con las normas sobre producción jurídica, como para referirse a la existencia jurídica de normas – entendida como la pertenencia a un sistema jurídico – como así también, a la fuerza obligatoria, es decir, la obligatoriedad de obedecer lo prescrito por una norma¹⁵. De lo anterior podría concluirse que, según Kelsen, una norma que no resulta conforme con la constitución no es válida y, por tanto, inexistente. Sin embargo, Kelsen llega a una conclusión diversa cuando introduce la tesis de la cláusula alternativa tácita para referirse, concretamente, a la antinomia entre una ley y la constitución, y entre una sentencia judicial y una ley¹⁶. En este contexto Kelsen se pregunta:

«Qué vale como derecho cuando una norma no corresponde a la norma que determina su producción, y especialmente, cuando determina su contenido»¹⁷.

El fenómeno que Kelsen intenta explicar consiste en que, aun cuando ciertas normas no resultan conformes con las normas sobre producción jurídica, son tratadas por el derecho como válidas, entendidas como dotadas de fuerza obligatoria. Estos fenómenos resultan problemáticos para una ciencia del derecho con pretensiones coherentistas, pues al menos hasta RR₂ Kelsen creía que una ciencia del derecho valiosa requería una descripción del derecho de manera tal que resulte un orden jurídico unitario y coherente¹⁸. De esta manera, sostenía que la ciencia jurídica, en tanto conocimiento científico del derecho positivo, debía presentar su objeto de estudio como un todo carente de contradicciones¹⁹. La manera

¹⁴ KELSEN 1960, 277.

¹⁵ Esta confusión conceptual de Kelsen sobre el término “validez” ha sido detectada y criticada por una serie de autores, entre ellos: HART 1958; ROSS 1961; RAZ 1971, RAZ 1979; NINO 1978; CELANO 1999; BULYGIN 1982, 195-196; BULYGIN 1990; GUASTINI 1992, GUASTINI 1995; GUASTINI 2002.

¹⁶ KELSEN 1960, 273 y ss. Previo a RR₂ Kelsen había esbozado la tesis del supuesto carácter alternativo de las normas constitucionales en la primera edición de la Teoría Pura del Derecho (RR₁). Véase KELSEN 1934, 93-95, 112, 115, 116, y 120. y también en *Natural Law Doctrine and Legal Positivism* (KELSEN 1945b, 401-407).

¹⁷ KELSEN 1960, 274.

¹⁸ Por ello Kelsen expresa: «Si hubiera algo así como un derecho contrario a derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico, quedaría eliminada». KELSEN 1960, 274.

¹⁹ En este sentido KELSEN 1945a, 401 ss.; KELSEN 1960, 81 ss., 273 ss. Kelsen afirmaba que la lógica se refleja en las aserciones respecto a la validez de una norma, de manera que una afirmación “verdadera” de la ciencia jurídica, conlleva afirmar la validez de la norma respecto de la cual se hace la aserción (KELSEN 1960, 87-88; KELSEN 1960b, 271 ss.). Lo anterior implicaba también que una aserción que constata que en un sistema jurídico hay dos normas contradictorias entre sí, es ella misma una aserción contradictoria. De esta manera, Kelsen suponía erróneamente que la descripción de una contradicción implica en sí misma una contradicción. Con posterioridad a RR₂ Kelsen se da cuenta de tal error, y en obras tales como

de conciliar lo anterior con el hecho de que en algunas ocasiones las autoridades normativas no siguen los procedimientos o contenidos indicados en las normas de producción, tuvo como resultado la tesis de la cláusula alternativa tácita.

Según plantea, cada norma que regula la producción y el contenido de las leyes y/o de las sentencias futuras obliga *aparentemente* al legislador o al juez a dictar una ley general o una sentencia en conformidad con las primeras; pero *en realidad* se autoriza tácitamente al legislador y/o al juez a dictar también una ley y/o una sentencia con un contenido opuesto o de acuerdo con un procedimiento distinto al regulado por las normas de producción. Así, llega a sostener que incluso las “leyes inconstitucionales” y las “sentencias ilegales” están autorizadas por la constitución, otorgándoles validez mientras no sean eliminadas por la decisión de los órganos encargados de controlar la misma²⁰.

Por lo tanto, según Kelsen, cuando la constitución determina el procedimiento de acuerdo con el cual las leyes deben ser dictadas y/o fija restricciones al contenido de las mismas, debe interpretarse que esas disposiciones constitucionales van acompañadas de una autorización tácita de apartarse de ellas. De este modo, la constitución autorizaría al legislador a producir normas generales según un procedimiento diverso de aquel determinado directamente por las normas constitucionales y, también, a dar un contenido diferente al directamente regulado por éstas. Cuando en un sistema jurídico se contemplan mecanismos de control de la constitucionalidad de las normas, se opta por preferir que las normas sean producidas de acuerdo con los requisitos establecidos por otras normas del sistema jurídico. Sin embargo, luego señala que incluso las normas irregulares están autorizadas por la constitución y, por tanto:

Derogation, Law and Logic, y General Theory of Norms (KELSEN 1962, KELSEN 1965, KELSEN 1979, respectivamente) asume que la ciencia jurídica puede describir conflictos entre normas sin contradirse. Aun cuando la lógica pueda aplicarse a las aserciones descriptivas de la ciencia jurídica, ello no se refleja en las normas, de modo que la lógica no es aplicable ni de modo directo ni modo indirecto a las normas. KELSEN 1979, 195 ss., 306 ss., 350 ss., 364 ss., 378 ss.; KELSEN 1965, 233 ss.; KELSEN 1962, 40 ss. Al respecto puede consultarse CONTE 1967, 200-201; BULYGIN 1983, 141; GUASTINI 1992, 65 ss.; GUASTINI 1996, 127-131; GIANFORMAGGIO 1994, 47 ss.; CHIASSONI 2013: 16 ss.; CHIASSONI 2017.

²⁰ «La constitución faculta al legislador a producir normas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la constitución, dándoles otro contenido del que determinan directamente las normas constitucionales. Estas normas de la constitución formulan sólo una de las dos posibilidades que la constitución crea. La otra posibilidad es creada por la constitución al no delegar en ningún otro órgano, salvo el legislativo, la decisión sobre la cuestión de si una ley promulgada por ese órgano es una ley en sentido constitucional. Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. La Constitución contiene una regulación directa y una indirecta de la legislación teniendo el órgano legislativo la elección entre ambas. Esta situación puede muy bien que no haya llegado a ser consiente en el constituyente o en el legislador, o por lo menos, no plenamente consiente. Pero una descripción objetiva de la situación jurídica creada- consiente o inconscientemente- por una constitución, que delega el examen de constitucionalidad de las leyes en un órgano no diferente del propio órgano legislativo, no puede llevar a ningún otro resultado» (KELSEN 1960, 279-280).

«son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por un órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la constitución»²¹.

De esta manera, otorga validez a las normas irregulares para explicar así su existencia, es decir, sin tener que asumir la existencia de normas inválidas.

«Una norma es, pues, válida, si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno u otro término de la alternativa contenida en esa norma superior»²².

Por ello tiene sentido que, en este mismo contexto, haga la famosa referencia al Rey Midas:

«En este respecto, el Derecho se asemeja al Rey Midas. Así como todo lo que aquel tocaba se convertía en oro, todo aquello a que el derecho se refiere, toma carácter jurídico. Dentro del orden jurídico, la nulidad es sólo el grado superior de la anulabilidad»²³.

Por su parte, hay que considerar que según el mismo autor, las denominadas «declaraciones de la inconstitucionalidad de una ley» son decisiones que tienen valor constitutivo, pues constituyen la invalidez si es que así lo decide un órgano competente para pronunciarse sobre la misma²⁴. Al fin y al cabo, según plantea Kelsen, la diferencia entre normas regulares y normas irregulares depende de la existencia de garantías jurisdiccionales de control, idea que subraya también en sus escritos dedicados a las garantías constitucionales:

«Sin duda la Constitución dice y quiere decir en su texto que las leyes no deben ser elaboradas más que de tal o cual forma y que no deben tener este o aquel contenido: pero, al admitir que las leyes inconstitucionales sean también válidas, en realidad quiere decir que leyes pueden hacerse de forma distinta y que su contenido puede desconocer límites fijados; dado que las leyes inconstitucionales no pueden ser válidas más que en virtud de alguna regla de la Constitución, estas mismas leyes deben también ser de alguna forma constitucionales, puesto que son válidas. Pero esto significa que el procedimiento legislativo expresamente indicado por la Constitución y las directivas de contenido establecidas por ella no son, a pesar de las apariencias, disposiciones obligatorias, sino meramente facultativas. Que las Constituciones que carecen de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no sean de hecho interpretadas de esta forma es precisamente el extraño efecto»²⁵.

²¹ KELSEN 1960, 280.

²² KELSEN 1960, 283.

²³ KELSEN 1960, 283. En este mismo sentido véase también KELSEN 1945a, 190-191.

²⁴ KELSEN 1960, 246-251.

²⁵ KELSEN 1988, 150-151.

La tesis de la CAT ha causado un fuerte impacto en la teoría jurídica. Gran parte de los autores rechazan esta tesis y han planteado importantes críticas, dedicándose también a explicar su inserción sobre la base de ciertas confusiones conceptuales presentes en la *Teoría Pura del Derecho*²⁶. A grandes rasgos, los críticos proponen que la tesis de la CAT es incompatible con la idea de Kelsen del orden jurídico como un sistema dinámico de normas jerarquizadas, y afirman que conduce a consecuencias catastróficas, principalmente, las siguientes:

1. La pérdida del contenido normativo de las normas generales, entendido como la capacidad de guiar la conducta de los destinatarios. Según afirma Eugenio Bulygin, de seguirse esta tesis cualquier curso de acción que se siga resultaría conforme a las normas generales, de modo que no podrían ser infringidas y, por tanto, no podrían regular el comportamiento²⁷. En una línea similar, Juan Ruiz Manero apunta que, sostener que las autoridades normativas están autorizadas a apartarse de las normas sobre producción jurídica, conlleva al derrumbe de la concepción kelseniana de estructura jerárquica del orden jurídico²⁸.

2. Una absoluta discrecionalidad de los jueces, en la medida que la actividad judicial de creación de una norma individual no estaría determinada por las normas generales. Esta tesis sería incompatible con el proyecto kelseniano de situarse en una posición intermedia entre el formalismo y el decisionismo. Se señala que la alternatividad podría incluso afectar al órgano, de modo que cualquiera pueda dictar normas de cualquier contenido, y según cualquier procedimiento²⁹.

Los críticos de esta tesis han ofrecido ciertas explicaciones a la inserción de la misma en la obra de Kelsen. Eugenio Bulygin detecta que la confusión entre validez y obligatoriedad de las normas jurídicas impide a Kelsen constatar que hay normas inválidas (en el sentido de disconformidad con las normas sobre producción) pero que pueden resultar aplicables en razón de otras normas del sistema jurídico que ordenan su aplicación³⁰. La segunda confusión de Kelsen que, según Bulygin, explica la incorporación de la tesis de la CAT en la *Teoría Pura del*

²⁶ En esta línea: NINO 1978; GIANFORMAGGIO, PAULSON 1995; BULYGIN 1995; RUIZ MANERO 1990, RUIZ MANERO 1995; MORESO 1993; ORUNESU, RODRÍGUEZ, SUCAR 2001.

²⁷ BULYGIN 1995, 17.

²⁸ RUIZ MANERO 1990, 65.

²⁹ NINO 1978, II, 34; BULYGIN 1995, 17; RUIZ MANERO 1990, 66-67; MORESO 1993, 90.

³⁰ Bulygin plantea que una norma es aplicable cuando el juez tiene el deber de aplicarla al caso en cuestión. Este deber es impuesto por otras normas positivas que Bulygin llama “normas sobre la aplicación”. Así, un juez podría encontrarse obligado a aplicar una norma que no pertenece al sistema, como ocurre con las normas del derecho internacional privado y con las normas irregulares (véase BULYGIN 1982, BULYGIN 2005, BULYGIN 2006, 18-19). Sin perjuicio de lo anterior hay que considerar que la aplicabilidad de las normas jurídicas es diversa de la aplicación de hecho normas. La constatación fáctica sobre la eficacia de una norma, que de hecho sea aplicada, es una cuestión distinta de la aplicabilidad entendida como un concepto que describe la existencia de ciertos elementos de un sistema jurídico que pueden justificar normativamente que una norma pueda ser aplicada.

Derecho se relaciona con la idea kelseniana, de acuerdo con la cual, las sentencias judiciales nunca son meramente declarativas, sino siempre constitutivas tanto de los hechos como de las normas³¹. Sobre la base de la distinción propuesta por H.L.A. Hart entre el carácter definitivo de las sentencias y la corrección de las decisiones del juez³², Bulygin y otros autores que se han pronunciado al respecto³³ señalan que esta tesis de Kelsen es producto de la confusión entre ambos aspectos. Argumentan que los tribunales constitucionales, al pronunciarse sobre la validez de una norma, lo que hacen es declararla y no constituirla, sea la validez o la invalidez. En mi opinión, no creo que Kelsen apunte hacia que las sentencias no puedan ser objeto de críticas, como leen los objetores de esta tesis. Sino que subraya los efectos jurídicos que producen las decisiones de los intérpretes que tienen la última palabra sobre la validez jurídica. En efecto, las afirmaciones sobre el carácter constitutivo de las sentencias deben conectarse con su noción de interpretación auténtica. El sentido de la interpretación auténtica de Kelsen es diverso a aquel que se utiliza habitualmente en la teoría jurídica. En el lenguaje jurídico común la interpretación auténtica es aquella realizada por el mismo autor del texto interpretado (ej. la interpretación de la ley realizada por el propio legislador). En cambio, la interpretación auténtica de Kelsen es aquella realizada por cualquier autoridad competente para interpretar a la que ordenamiento jurídico le atribuye consecuencias jurídicas³⁴. Al apartarse de la noción tradicional de interpretación auténtica, Kelsen busca subrayar los efectos jurídicos que produce la actividad de interpretación de los órganos aplicadores, haciendo especial énfasis en las decisiones interpretativas de los órganos que tienen la última palabra, por su carácter definitivo. El autor de la *Teoría Pura del Derecho* destaca que, aun cuando las leyes sean susceptibles de diversas interpretaciones, sólo la efectuada por los órganos a los que el propio sistema jurídico atribuye competencias normativas producirá efectos jurídicos.

En relación con el objeto de análisis estas observaciones de Kelsen son relevantes, pues hay que considerar un texto normativo puede interpretarse de diversas

³¹ El carácter constitutivo de las sentencias judiciales se encuentra en el apartado dedicado a la función judicial de RR2 (KELSEN 1960, 246 ss.). En esta materia, Kelsen afirma: «La sentencia judicial no tiene, como se suele suponer, un carácter meramente declaratorio. El tribunal no sólo tiene que descubrir y reformular un derecho ya concluido como creación y fijo, cerrado ya el proceso de su producción. La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación del derecho, y en este sentido, declaratoria. El descubrir el derecho se da solamente en la determinación de la norma general aplicable al caso concreto. Y también esta determinación tiene un carácter, no puramente declaratorio, sino constitutivo. El tribunal que tiene que aplicar en un caso concreto las normas generales válidas de un orden jurídico, debe decidir la cuestión de si la norma que aplicará fue producida por la constitución, es decir, por vía de un proceso legislativo determinado por la constitución, o por vía de la costumbre en que la constitución delegara» (KELSEN 1960, 247).

³² HART 1961, 141 ss.

³³ Véase BULYGIN 1995, 23; MORESO 1993, 87; ORUNESU, RODRÍGUEZ, SUCAR 2001, 14.

³⁴ KELSEN 1960, 354. En este sentido, puede verse TROPER 1999, 475-476.

maneras. Así, por ejemplo, de acuerdo con una cierta interpretación se concluye que una norma es irregular debido a su contenido, puesto que se considera contradictoria con disposiciones constitucionales, que también han sido interpretadas de una determinada manera. Al respecto puede existir controversia, debido a que otros intérpretes pueden concluir que la disposición en cuestión expresa una norma que resulta conforme a las normas constitucionales. Sin embargo, sólo la decisión de un intérprete privilegiado (el intérprete auténtico en los términos de Kelsen) producirá consecuencias jurídicas directas. Éste será el órgano al que ciertas normas del sistema jurídico de referencia le atribuyan la competencia de control de constitucionalidad, lo cual dependerá de cómo estén configuradas las garantías de control de cada sistema jurídico en concreto.

Por otra parte, se ha señalado que la tesis de la coherencia antes mencionada impide a Kelsen dar cuenta de las normas irregulares, en tanto creía que la ciencia del derecho debe reconstruir el material jurídico de modo tal que aparezca como carente de contradicciones. Esta observación también es desarrollada por autores que han rescatado algunos aspectos de la tesis de la CAT. Desde otra perspectiva y en defensa de la tesis de la cláusula alternativa tácita se manifiestan autores provenientes de escuelas realistas del derecho, en especial, de la escuela genovesa. Paolo Comanducci, a diferencia de los críticos, cree que la CAT es una tesis consistente con la *Teoría Pura del Derecho*, y útil para explicar ciertos aspectos del funcionamiento de los sistemas jurídicos. Es una tesis consistente con otros aspectos de la obra de Kelsen, postula Comanducci, debido a que refleja dos niveles de conocimiento presentes en la Teoría Pura. Uno de estos niveles está dado por el “material jurídico bruto” identificado mediante criterios realistas: el criterio de la eficacia o el de la vigencia orientados a observar aquello que *en los hechos* produce efectos jurídicos. En un segundo nivel se encontraría el “material jurídico puro” identificado según hipótesis de corte neokantiano, como es la tesis de la norma fundante básica, también, la cláusula alternativa tácita. Una vez identificado el material bruto, es decir, las normas que en los hechos producen consecuencias jurídicas, la doctrina pura reconstruye el sistema jurídico a través de hipótesis o construcciones argumentativas para que parezca coherente. De este modo la tesis de la CAT es un supuesto metodológico para dar cabida a la tesis de la coherencia³⁵. Sin embargo, de acuerdo con Comanducci y otros miembros de la escuela genovesa como Pierluigi Chiassoni y Giovanni Ratti, la tesis de la cláusula alternativa tácita es también una construcción de la doctrina pura del derecho mediante la cual Kelsen intenta dar cuenta de lo que acaece en el mundo: que hay leyes inconstitucionales y sentencias ilegales que producen o pueden producir efectos jurídicos³⁶.

³⁵ COMANDUCCI 1997, 173 ss.

³⁶ Véase, respectivamente: COMANDUCCI 1997, COMANDUCCI 1998; CHIASSONI 2010, CHIASSONI 2012, CHIASSONI 2013, CHIASSONI 2017; RATTI 2014.

La tesis de la CAT ha sido interpretada como una tesis afín al realismo jurídico. Incluso los críticos de esta tesis – aun cuando son partidarios de descartarla – así lo han planteado. No puede negarse que esta tesis tiene elementos que acercan a Kelsen al realismo jurídico, sobre todo si se vincula con las tesis que Kelsen sostiene en materia de teoría de la interpretación, más aún si se considera su noción de interpretación auténtica. Sin embargo, en mi opinión, tal como esta tesis fue formulada por Kelsen, no es propiamente una tesis realista. La tesis de la cláusula alternativa tácita podría encajar con una teoría realista del derecho si Kelsen la hubiese formulado de otro modo: como una descripción de cómo funcionan los sistemas jurídicos, pero no como una autorización o norma supuesta.

Esta última cuestión es, precisamente, lo que considero el principal problema de esta tesis de Kelsen: formularla como una autorización o norma tácita y no, en cambio, como una descripción de lo que puede ocurrir en la realidad jurídica, caso en el cual resultaría útil para explicar ciertos aspectos del funcionamiento del derecho. El problema es que la CAT no existe como norma positiva, y si existiera sería absurdo que el propio sistema jurídico contenga normas que establezcan condiciones para la producción normativa. Comanducci tiene razón en que es una tesis análoga a la tesis de la norma fundamental, no describe normas positivas, sino que es un supuesto metodológico para salvar la pretendida coherencia del sistema de normas, pero que al mismo tiempo intenta constatar lo que acaece en la realidad jurídica: que hay normas irregulares que producen efectos jurídicos.

A su vez, tal como observa Bulygin, esta tesis es producto de la confusión en la teoría kelseniana entre los conceptos de validez, entendida como la conformidad con todas y cada una de las normas sobre producción jurídica (tanto las que establecen condiciones formales, como las relativas a los límites al contenido de las normas a producir), y la obligatoriedad u aplicabilidad de las mismas. Sin perjuicio de lo anterior, la inserción de la tesis de la CAT se explica, además, por la ausencia de distinción en la teoría de Kelsen entre validez y existencia jurídica. El concepto de existencia jurídica, entendida como la formulación de la autoridad *prima facie* competente, permite mostrar que hay normas que puedan resultar inválidas por no adecuarse a todos y cada uno de los requisitos para la validez³⁷, pero que pueden igualmente producir efectos jurídicos mientras no sean expresamente expulsadas del orden jurídico mediante la decisión de la autoridad competente. La existencia jurídica es un requisito suficiente para la eficacia de una norma que se distingue de la validez, debido a que esta última requiere la conformidad con todas las normas sobre producción jurídica, formales y materiales, y no sólo aquellas referidas al órgano competente (concebido en su noción más básica de sujetos a quienes el propio orden jurídico atribuye poderes normativos³⁸). A su vez, la existencia jurídica

³⁷ Sobre la distinción entre validez y existencia jurídica, véase GUASTINI 1996, 320 ss.

³⁸ Esta concepción sobre la existencia jurídica presupone una noción de órgano competente que no incluye

se distingue de una existencia meramente fáctica de normas, precisamente, porque la primera indica la capacidad de producir efectos. Al no concebir una existencia jurídica distinta de la validez, Kelsen construye la tesis de alternatividad para dar cuenta del fenómeno de normas *jurídicas* (formuladas por la autoridad competente, de modo que pueden producir consecuencias jurídicas) pero irregulares al no cumplir con alguna otra de las condiciones para la validez.

El problema de la tesis de Kelsen está en su propio nombre “cláusula alternativa tácita”. No hay cláusula tal, sino aspectos de diseño o configuración de los sistemas jurídicos y decisiones que *en los hechos* toman las autoridades normativas. Sin perjuicio de lo anterior, la tesis de la CAT no debe ser descartada, pues aborda un aspecto que es central para el análisis de las normas irregulares y que suele ser omitido: el vínculo con los mecanismos de control de la regularidad. Kelsen intenta mostrar que el legislador y los jueces pueden, *en los hechos*, formular las normas que los mismos decidan, apartándose de los contenidos y procedimientos regulados, y que mientras no sean expulsadas del orden jurídico pueden ser utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores del derecho.

El autor de la *Teoría Pura del Derecho* es quien observa que, si en un sistema jurídico no hay un órgano diverso al legislador para controlar la regularidad de las normas, será este mismo quien determinará las normas que pueden ser aplicadas, aun cuando puedan contradecir a las normas constitucionales. En cambio, si, el control de la constitucionalidad se encarga a un órgano diverso al legislador para que determine si una norma se ajusta o no a ésta, será dicho órgano quien decidirá de modo definitivo, sobre la regularidad o irregularidad constitucional. Por lo tanto, se relaciona con cuestiones de diseño institucional.

Teniendo en consideración lo recién expuesto, creo que la tesis de Kelsen puede ser una herramienta teórica jurídica útil para analizar la legislación excepcional, cuando se alude a normas jurídicas creadas de modo irregular (o inválidas) por no adecuarse a alguno de las condiciones para la producción normativa establecidas en el propio sistema jurídico. Especialmente, cuando esas condiciones se consideran

a todas las condiciones para la validez, sino que es más estrecha: sólo incluye a aquellas normas que establecen condiciones relativas al sujeto o conjunto de sujetos a quienes se atribuyen poderes normativos, sumadas algunas reglas de procedimiento que permiten identificar al órgano actuando en su rol, de manera de poder distinguir sus actos de los actos de los sujetos que componen dicho órgano actuando como particulares. La competencia es así una condición necesaria, pero no suficiente para afirmar la validez de una norma jurídica. En este sentido puede verse FERRER BELTRÁN 2000. La concepción asumida proporciona espacio conceptual para diferenciar normas jurídicas irregulares emitidas por una autoridad *prima facie competente* y que pueden producir efectos jurídicos, de normas irregulares que no satisfacen ninguna condición para la validez, ni siquiera haber sido formulada por quienes son autoridades normativas, careciendo de la capacidad de producir efectos jurídicos, en la medida que difícilmente serán reconocidas como normas jurídicas por los órganos aplicadores del derecho. Una visión distinta a la asumida es la de aquellos autores que asimilan la competencia con la validez (Así, en HART 1961; VON WRIGHT 1963; ALCHOURRÓN, BULYGIN 1979; BULYGIN 1988; MORESO, VILAJOSANA 2004, entre otros).

garantías constitucionales básicas de un Estado de Derecho, como son la igualdad ante la ley, las garantías del debido proceso, el derecho a no ser discriminado, el derecho a la información, y las libertades de expresión, reunión, asociación, y circulación, entre otras.

La teoría de Hans Kelsen puede tener rendimiento explicativo para análisis de este tipo de normativa en la medida que se interprete como una teoría que subraya que, aun cuando en los sistemas jurídicos existan normas que limiten a las autoridades mediante el establecimiento de condiciones formales y materiales para la producción normativa quienes tienen potestades pueden normativas en los hechos dictar normas que algún sector de la opinión pública considera inconstitucional por apartarse de dichas condiciones. Lo anterior, debido a que sólo la interpretación de los órganos que tienen competencias normativas tiene efectos jurídicos. La permanencia de estas normas en los sistemas jurídicos depende de la decisión interpretativa de los órganos competentes que tienen la última palabra al respecto, en los términos de Kelsen “el intérprete auténtico” de la constitución. Mientras la normativa en cuestión no sea expulsada positivamente del orden jurídico es tratada por el derecho como dotada de obligatoriedad, en el sentido que puede producir efectos jurídicos al ser utilizada como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores del Derecho. Pues en este contexto explicativo, Kelsen introduce la metáfora del Rey Midas: todo lo que es tocado por el derecho vale como derecho, de modo que *es como si* las autoridades normativas estuviesen autorizadas tácitamente a formular normas que los mismos estimen conveniente, aun cuando otros intérpretes consideren que son contradictorias con las normas supremas del orden jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando con “legislación excepcional” se alude a una declaración de estado emergencia *expresamente* regulado en norma de fuente constitucional, la tesis de Kelsen de la CAT no parece ser una tesis adecuada para dar cuenta de dicho fenómeno. Las normas dictadas como consecuencia de una declaración de estado de emergencia estarían autorizadas por una norma *expresa* del derecho positivo que habilita por una *vía directa* a las autoridades normativas a formular normas restrictivas de derechos constitucionales, cuando éstas deciden que se dan los supuestos que la misma señala. Un análisis político acerca de la existencia de normas de rango constitucional que habilitan a formular normativa que suspende o elimina la aplicabilidad de normas que consagran derechos considerados garantías básicas de las personas, y de cómo han sido utilizadas en la política contemporánea, es una interesante cuestión que no ha sido abordada en este trabajo. Tampoco he abordado un análisis jurídico con pretensiones normativas dirigido a ofrecer soluciones acerca de cómo deberían ser tratadas las leyes de emergencia en nuestros sistemas constitucionales. Me he limitado a analizar mediante el aparato conceptual kelseniano la legislación de emergencia que puede resultar contradictoria con las normas sobre producción jurídica, poniendo de relieve ciertos aspectos de diseño institucional.

3. Algunos comentarios finales

Un sector de la teoría política contemporánea observa que abunda cierto de tipo de normativa que restringe derechos consagrados en normas constitucionales considerados como garantías básicas de las personas. Al mismo tiempo se la designa como “excepcional” en la medida que rompen con la promesa del estado liberal de garantizar estos derechos respecto de todas las personas. La legislación excepcional, se señala, no necesariamente coincide con una declaración de estado de emergencia en su sentido tradicional, entendido como disposiciones constitucionales que habilitan en ciertos supuestos a restringir derechos. Sin embargo, aun cuando no se decrete expresamente un estado de emergencia, es como si estuviese vigente respecto de ciertos sujetos. Lo decisivo es, para algunos autores, que las autoridades normativas formulan normativa contradictoria con normas de rango constitucional que constituyen límites para la producción normativa, en sus términos, normativa que “suspende” o elimina las garantías de una democracia constitucional. Autores de esta línea de pensamiento se dedican, sobre todo, al análisis acerca del significado político de normativa restrictiva de los derechos.

El aparataje conceptual de la teoría del derecho puede ser útil para analizar los diversos discursos sobre el material normativo, y dar cuenta de ciertos aspectos del diseño institucional de los sistemas jurídicos que permiten explicar los efectos de las decisiones de las autoridades normativas. El examen teórico jurídico requiere de algunas precisiones y distinciones sobre el objeto de análisis. En algunos casos, como ha ocurrido respecto de la regulación del terrorismo y el narcotráfico, las autoridades normativas han decidido que el contexto amerita eliminar las barreras jurídicas, y son las propias normas que condicionan la creación normativa las que contienen excepciones, habilitando expresamente al legislador a producir normas que carecen de los mismos límites al contenido que las demás normas del orden jurídico, lo que se traduce en normativa restrictiva de derechos. Por supuesto que se puede criticar esta decisión, así como la evaluación del contexto realizada por el legislador, pero además del problema político, pueden darse problemas jurídicos relativos a la interpretación de los textos en cuestión. En especial, hasta qué punto las normas sobre producción habilitan a restringir derechos, y en qué medida la normativa formulada se ajusta a las normas superiores que condicionan la producción normativa, incluso considerando las excepciones. Pues al respecto tiene sentido tener en consideración las tesis de Kelsen acerca de los diversos intérpretes del material normativo. Aun existiendo diversas interpretaciones de los hechos y del material normativo, sólo las decisiones interpretativas de los sujetos u órganos a los que el propio sistema atribuye competencias para producir o eliminar normas producen consecuencias directas en la configuración de un sistema jurídico.

A su vez, puede que no exista una expresa habilitación, pero sucede que *de hecho* las autoridades normativas formulan normas jurídicas que, de acuerdo con otros intérpretes del material normativo, resultan contradictorias con normas superiores. En estos casos la tesis de la cláusula alternativa tácita (interpretada como una descripción de lo que puede acontecer en la realidad) es una herramienta de análisis que permite dar cuenta de aspectos fácticos y de diseño institucional. Lo que ha sido “tocado” por el derecho – es decir, producido por las autoridades normativas, aun de modo irregular – “vale” como derecho (puede producir consecuencias jurídicas), mientras no sea eliminado del orden jurídico mediante la decisión de los sujetos u órganos a los se ha atribuido la competencia para decidir.

Referencias Bibliográficas

- AGAMBEN G. 1995. *Homo Sacer: Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1995.
- AGAMBEN G. 2003. *Stato di Eccezione. Homo sacer, 2.1*, Torino, Bollati Boringhieri Editore, 2003.
- AGAMBEN G., BADIOU A. et al. 2010. *Democracia en suspenso*, Madrid, Casas belli ediciones, 2010.
- ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. 1979. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo, 1979.
- ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. 1991. *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BENJAMIN W. 1942. *Tesis de filosofía de la Historia*, en ID., *Discursos interrumpidos*, Madrid, Taurus, 1979.
- BULYGIN E. 1982. *Tiempo y Validez*, en ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 195 y ss.
- BULYGIN E. 1983. *Sobre la estructura lógica de proposiciones de la ciencia del derecho*, en ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 331 ss.
- BULYGIN E. 1988. *Sobre las normas de competencia*, en ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 484 ss.
- BULYGIN E. 1990. *Validez y positivismo*, en ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 499 ss.
- BULYGIN E. 1995. *Cognition and Interpretation of Law*, en GIANFORMAGGIO L., PAULSON S. (eds.). *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995, II ss.
- BULYGIN E. 2005. *El problema de la validez en Kelsen*, en KELSEN H., BULYGIN E., WALTER R. *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, 99-124.
- BULYGIN E. 2006. *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006.
- CELANO B. 1999. *La Teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*, Bologna, il Mulino, 1999.
- COMANDUCCI P. 1997. *Taking Kelsen seriously*, en GARZÓN VALDÉS E. et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 165 ss.
- COMANDUCCI P. 1998. *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, en «Assaggi di metaetica due», Torino, Giappichelli, 1998, 139 ss.
- CONTE A.G. 1967. *In Margine All'Ultimo Kelsen*, Pavia, Studi Giuridici, 1967.
- CHIASSONI P. 2010. *Dos preguntas, una solución. Sobre el realismo radical de Hans Kelsen*, en MORESO J.J, MARTÍ J.L, *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia Barcelona 2010*, Madrid, Marcial Pons, 2012, 177 ss.

- CHIASSONI P. 2012. *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2012, 240 ss.
- CHIASSONI P. 2013. *Wiener Realism*, en DUARTE D'ALMEIDA L., GARDNER J., GREEN L. (eds.), *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford-Portland (Or.), Hart Publishing, 2013, 157 ss.
- CHIASSONI P. 2017. *Cuatro etapas en la epistemología jurídica de Hans Kelsen*, en BERNAL C., PORCIUNCULA M. (eds.), *Kelsen para Erizos: Ensayos en Honor A Stanley L. Paulson*, Bogotá, Universidad Externado, 2017, 88 ss.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2007 (ed. or. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma, 2007).
- FERRAJOLI L. 2011. *Poderes Salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.
- FERRER BELTRÁN J. 2000. *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000.
- GIANFORMAGGIO L. 1994. *Estudios sobre Kelsen*, México, Fontamara, 1994.
- GIANFORMAGGIO L., PAULSON S. 1995. *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995.
- GUASTINI R. 1992. *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1992.
- GUASTINI R. 1995. *Normas supremas*, en «Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho», 17-18, 1995, 257 ss.
- GUASTINI R. 1996. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996.
- GUASTINI R. 2002. *Cinco observaciones sobre validez y derogación*, en «Discusiones. Inconstitucionalidad y Derogación», 2, 2002, 59 ss.
- HART H.L.A. 1958. *Derecho y Moral*, Buenos Aires, Astrea, 1962 (ed. or. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, en «Harvard Law Review», 71, 4, 1958, 593 ss., trad. cast. de G. Carrió).
- HART H.L.A. 1961. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963 (ed. or. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, trad. cast. de G. Carrió).
- KELSEN H. 1927. *Contribution to the discussion of Kaufmann's lecture*, en «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer» 3, 1927.
- KELSEN H. 1934. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1960 (ed. or. *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., trad. ing. de B.L. Paulson, S. Paulson. *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992).
- KELSEN H. 1945a. *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1989 (ed. or. *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, trad. cast. de E. García Maynez).
- KELSEN H. 1945b. *Natural Law Doctrine and Legal Positivism*, en ID., *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, 391 ss.

- KELSEN H. 1960. *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1986 (ed. or. *Reine Rechtslehre*, 2^a ed., Wein, Franz Deuticke, 1960, trad. cast. de R. Vernengo).
- KELSEN H. 1962. *Derogation*, en WEINBERG O. (ed.), *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht-Boston, D. Reidel, 1973, 261 ss.
- KELSEN H. 1965. *Derecho y Lógica*, México, UNAM, 1978 (ed. or. *Law and Logic*, en WEINBERG O. (ed.), *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht-Boston, D. Reidel, 1973, 228 ss., trad. cast. de U. Schmitt, J. Castro).
- KELSEN H. 1979. *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1991 (ed. or. *Allgemeine Theorie der Normen*, Wein, Manzsche Verlags- und Universitäts-buchhandlung, 1979, trad. ing. de M. Hartney).
- KELSEN H. 1988. *La garantía jurisdiccional de la Constitucional (la justicia constitucional)*, en ID., *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, Madrid, Editorial Debate, 1988, 109 ss. (ed. or. *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, en «Revue du Droit Public et de la Science Politique», XXXV, 1928, trad. cast. de J. Ruiz Manero).
- KELSEN H., SCHMITT C. 1931. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 2009 (ed. or. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin-Grunewald, W. Rothschild, 1931, trad. cast. de R.J. Brie).
- MORESO J.J. 1993. *Sobre las normas inconstitucionales*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 13, 38, 1993, 81 ss.
- MORESO J.J., VILAJOSANA J.M. 2004. *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- NINO C.S. 1978. El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen, en ID., *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985 (ed. or. *Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity*, en «Archiv für Rechts und Socialphilosophie», LXIV, 1978).
- ORUNESU C., RODRÍGUEZ J.L., SUCAR G. 2001. *Inconstitucionalidad y derogación*, en «Discusiones», 2, 2001, 11 ss.
- RATTI G.B. 2014. *Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación*, en «Discusiones», 14, 2014, 253 ss.
- RAZ J. 1971. *The Identity of Legal Systems*, en «California Law Review», 50, 1971, 795 ss.
- RAZ J. 1979. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- ROSS A. 1961. *Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law*, en «Revista Jurídica de Buenos Aires», IV, 1961, 46 ss.
- RUIZ MANERO J. 1990. *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990.

- RUIZ MANERO J. 1995. *On the tacit Alternative Clause*, en GIANFORMAGGIO L., PAULSON S. (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995, 247 ss.
- SCHMITT C. 1912. *Ley y Juicio*, en ID., *Posiciones ante e Derecho*, Madrid, Tecnos, 2012.
- SCHMITT C. 1922. *Teología Política*, en ORESTES AGUILAR H. (ed.), *Carl Schmitt Teólogo de la Política*, México, Fondo de Cultura económica, 2001, 21 ss. (ed. or. *Politische Theologie*, München-Leipzig, Dunker & Humblot, 1922).
- SCHMITT C. 1932. *El concepto de lo político*, en ORESTES AGUILAR H. (ed.), *Carl Schmitt Teólogo de la Política*, México, Fondo de Cultura económica, 2001, 247 ss. (ed. or. *Der Begriff des Politischen*, München-Leipzig, Dunker & Humblot, 1932).
- TROPER M. 1999. *Una teoria realista dell'interpretazione*, en «Materiali per una storia della cultura Giuridica», XXIX, 2, 1999, 473 ss.
- VON WRIGHT G.H. 1963. *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970 (ed. or. *Norm and Action. A Logical Inquiry*, London, Routledge & Keagan Paul, 1963, trad. cast. de P. García Ferrero).
- ŽIŽEK S. 2010. *A Permanent Economic Emergency*, en «New left review», 64, 2010, 80 ss.