

LA NORMA FUNDAMENTAL, UNA FICCIÓN AUTÉNTICA DOBLEMENTE CONTRADICTORIA

Carlos RODRÍGUEZ MANZANERA*

SUMARIO: I. *Prólogo.* II. *La norma fundamental y el hilo conductor.* III. *Otros argumentos que muestran la necesidad de la norma fundante básica.* IV. *La norma fundamental como la Constitución en sentido lógico-transcendental.* V. *La reelaboración de la norma fundamental.* VI. *El hilo conductor y la norma como esquema de interpretación.*

I. PRÓLOGO

En el desarrollo de este artículo es muy importante citar pasajes de diversas obras de Hans Kelsen para mostrarle al lector que se trata de hacer hasta donde eso sea posible, una correcta interpretación de su pensamiento, mostrando la necesidad de encontrar una primera norma que sirva como el esquema de interpretación de la realidad, es decir, que proporcione un sentido objetivo a los actos subjetivos del primer legislador. El problema que encuentra Kelsen es que dicha norma, para poder serlo, es necesario que haya sido creada por una voluntad suprema que de antemano sabemos no existe, pero que podemos suponerla a través de una ficción: como si realmente esa voluntad ficticia creara dicha norma. Esta solución lleva a su vez a un problema insoluble imposible de resolver o aclarar.

II. LA NORMA FUNDAMENTAL Y EL HILO CONDUCTOR

En este Seminario Internacional sobre Hans Kelsen, que lleva por título “Un diálogo desde el contexto actual”, me quiero referir a una de las cuestiones

* Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: crmcrm1@gmail.com.

que durante toda su vida fue objeto de una constante reflexión, y es la que consiste en responder las siguientes preguntas: ¿qué le da validez al derecho?, ¿qué le da unidad y validez a un sistema de normas jurídicas?

Si el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma, la búsqueda por esa validez no puede prolongarse hasta el infinito, tiene que concluir en una norma que *supondremos* la última, la suprema y de la cual no puede volverse a cuestionar el fundamento de su validez [dice Kelsen].¹

Estas aseveraciones encajan muy bien en lo que me permito designar como los dos primeros postulados o principios de los que parte la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*² (en adelante TPD2), y que van a ser explicados más adelante, pues es con base en ellos como se construye la mencionada teoría.

Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*)... Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el *fundamento de validez* de todas las normas que pertenecen a ese orden.³

Dicha norma ha recibido otros nombres en la explicación que Kelsen ha dado de ella y de acuerdo con lo que él quiere resaltar. Tal es el caso de la teoría pura del derecho, en la cual se le denomina al principio como una *norma hipotética fundamental*, a partir de la cual se establece el fundamento y los cimientos para construir la ciencia jurídica que explique el derecho positivo.

“Establecer este presupuesto es una función esencial de la *ciencia del derecho*. En este presupuesto se encuentra el *último fundamento* de un orden jurídico, un fundamento condicional según su esencia, y en ese sentido, *hipotético*”.⁴

Ahora bien, quisiera llamar la atención sobre un razonamiento empleado por todos los juristas, y del cual Kelsen afirma no ser el creador, pero sí tiene el mérito de hacerlo consciente. Me permito denominar a este razonamiento el *hilo conductor* (un hilo de ideas)⁵ siguiendo a Emanuel Kant, en

¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1998, pp. 201 y 202.

² Rodríguez Manzanera, Carlos, *Los postulados de la teoría pura del derecho*, México, tesis doctoral, 2005, capítulos 2 y 3.

³ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 202. El resaltado en cursivas es mío con motivos didácticos.

⁴ *Ibidem*, p. 59.

⁵ La norma como un esquema de interpretación (The norma as scheme of interpretation).

el entendido de que Kelsen nunca lo nombró, sino que se refirió a él de esta manera. Tiene mucha importancia, porque Kelsen lo mantendrá hasta el final de su argumentación como el último recurso para mostrar la necesidad de la presuposición de una norma fundamental que se convertirá, por motivos de la teoría del conocimiento y de los postulados empleados por él, en una *ficción auténtica doblemente contradictoria*.

Este *hilo conductor* se compone de un sentido *subjetivo* y de un sentido *objetivo*. El *sentido subjetivo* es el que cualquier persona le da a los hechos o a los actos, atribuyéndoles un significado jurídico. Ejemplo: alguien redacta su testamento en un papel estando seguro de esa manera de disponer de sus bienes para el momento de su muerte. El *sentido objetivo* es el significado que una norma le asigna e impone a los hechos o a los actos, dotándolo de un carácter “jurídico”. Ejemplo: el testamento anterior no vale desde una visión o perspectiva jurídica porque no se otorgó ante un notario público.

Son las normas jurídicas las que proporcionan el *sentido objetivo* y, vistas desde la ciencia jurídica, funcionan como esquemas de explicación de la realidad. Son, en sentido didáctico, *lentes jurídicos* hechos 100% de normas que hacen ver la realidad a los juristas de otra manera. Por ello, los juristas siempre están rodeados de libros, pues ante los diversos casos que se les presentan, recurren a revisar las leyes, las jurisprudencias, los códigos, los reglamentos y los textos jurídicos en los cuales se comenta y explica todo lo anterior.

En función del sentido objetivo, Kelsen comprendió y nos hace comprender que es necesario contar con una *primera norma* que sirva como un primer esquema de explicación de los actos que llevará a cabo el primer legislador que redacte una Constitución, y que precisamente esa norma le proporcionará *objetividad* a sus actos *subjetivos*.

“Si el derecho es concebido como un orden coactivo, la norma fundante de un orden jurídico estatal reza en su formulación: la *coacción* entre los hombres debe ser ejercida en la manera y bajo las condiciones que se determinan en la primera constitución histórica”.⁶

El derecho ha sido definido por el propio Kelsen como el orden coactivo de la conducta humana; entonces, es necesario tener presente que la *coacción* puede ser entendida como una *facultad* o como la *consecuencia de realizar un hecho ilícito*.

En el caso de la norma fundante básica, ésta estatuye a la coacción como una *facultad* o *competencia* que se le da al primer legislador histórico, precisamente para poder instituir en todos los casos en que se realicen con-

⁶ *Ibidem*, p. 63.

ductas contrarias a las conductas jurídicamente obligatorias, un acto coactivo contra los hombres que así actúen o contra sus allegados. “Debe advertirse, con todo, que el acto coactivo mismo no tiene que ser obligatorio en este sentido, puesto que tanto el disponerlo como el cumplirlo pueden ser sólo facultativos”.⁷

La consecuencia de realizar un hecho ilícito, por otra parte, será la de una sanción que se aplicará mediante la fuerza física legal y en contra de la voluntad del infractor. En la siguiente cita de Kelsen aparece con toda claridad la relación entre el “hilo conductor y la norma fundamental.

La función de esta norma fundante básica es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo, es decir, de las normas implantadas mediante actos humanos de voluntad en un orden coactivo eficaz en términos generales; es decir, interpretar el *sentido subjetivo* de esos actos como su *sentido objetivo*.⁸

De esta manera, esta norma pensada autoriza y le da sentido objetivo a los actos del primer legislador.

III. OTROS ARGUMENTOS QUE MUESTRAN LA NECESIDAD DE LA NORMA FUNDANTE BÁSICA

Frente a la corriente del positivismo surgieron las escuelas neokantianas de Marburgo (Hermann Cohen y Paul Nartop, entre otros) y la de Baden (Wilhelm Windelband y Heinrich Rickert, entre otros), que clamaban por un retorno a la lectura de las obras de Emanuel Kant tanto para superar el idealismo hegeliano como para poder resolver el problema que el empirismo positivista planteaba en el conocimiento con el empleo en forma preponderante del método inductivo que requiere la comprobación o verificación de todos los enunciados o proposiciones.

La escuela neokantiana de Marburgo centró sus estudios en la *Crítica de la razón pura* y bajo su influencia, Kelsen, en su *Teoría pura del derecho*, sostendrá el primer postulado de que *es el método el que determina el objeto de conocimiento*. Mientras que la escuela neokantiana de Baden focaliza sus estudios en la *Crítica de la razón práctica*, y de ella Kelsen, en su teoría del derecho, tomará el segundo postulado de la tajante separación entre el ser y el deber ser.

⁷ *Idem.*

⁸ *Ibidem*, p. 210.

Estos dos postulados son la base del método de la pureza metódica; pero lo importante por el momento es analizar su influencia y su relación en la norma fundamental que la hacen ver como necesaria. Voy a citarlos directamente de la teoría pura del derecho.

1. *El postulado de que es el método
el que determina el objeto de conocimiento*

Es también verdad que, en el sentido de la teoría del conocimiento kantiana, la ciencia jurídica, como conocimiento del derecho, y al igual que todo conocimiento, posee un carácter constitutivo, y, en consecuencia, *produce* su objeto al concebirlo como una totalidad significativa... Pero esta *producción* tiene un carácter puramente epistemológico. Es algo enteramente distinto de la producción del derecho por la autoridad jurídica.⁹

La influencia de Kant es manifiesta; pero lo importante es que en esa producción de carácter puramente epistemológico se necesita una primera norma, y esa norma es la *grundnorm* o norma fundante básica que permite entender la unidad del derecho.

Por ello, Kelsen asegura que la totalidad significativa, esa *unidad* en una pluralidad de normas jurídicas que se designa como sistema jurídico u orden jurídico, lo constituye la *presuposición hipotética* de todo conocimiento jurídico, a saber: la idea de una *norma fundamental* que la teoría pura del derecho aporta en función de su primer postulado: es el método el que determina el objeto de conocimiento. Es por ello que “La norma fundamental representa la razón de validez de todas las normas que pertenecen a un mismo orden jurídico”.¹⁰

2. *El postulado de la tajante separación entre el ser y el deber ser*

“La distinción entre ser y deber ser no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia”.¹¹

Bajo la influencia de David Hume, a quién Kelsen menciona en su obra póstuma afirmando que es más consecuente que Emanuel Kant (porque esta separación lo posibilita a él para sostener la existencia de una razón

⁹ *Ibidem*, p. 85.

¹⁰ Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México, Fontamara, 1991, p. 20.

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, pp. 19 y 21.

práctica con la que Kelsen no está de acuerdo), se recoge el segundo postulado que guía la elaboración de la teoría pura del derecho y el método de la pureza metódica:

Nadie puede negar que la afirmación de que “algo es” —esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real—, es esencialmente diferente del enunciado que dice que “algo debe producirse”, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea.¹²

Y más adelante, y apoyándose en este postulado, Kelsen afirma: “Luego si de que algo *sea*, no puede seguirse que algo *deba* ser; así como, de que algo *sea debido*, no puede seguirse, que algo *sea*. El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma”.¹³ Lo anterior nos conduce al siguiente problema: ¿qué es primero, el legislador que crea las normas, o la norma que lo autoriza a crearlas? Kelsen responde de la siguiente manera:

Solo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas... pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito... tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema.¹⁴

Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*).¹⁵

Mas adelante voy a referirme a la norma fundamental como la *constitución en sentido lógico-trascendental*, recurriendo al pensamiento de Emanuel Kant para poder explicarla, y será el momento de mostrar por qué Kelsen opta por esta respuesta, es decir, no coloca al legislador al principio del argumento, sino a la norma que lo faculta a crear normas.

A continuación, un último argumento para mantener la necesidad de presuponer una norma fundamental.

¹² *Idem.*

¹³ *Ibidem*, p. 201.

¹⁴ *Ibidem*, p. 202.

¹⁵ *Idem.*

3. *El método de la pureza metódica* versus *el sincretismo metódico*

Tomando en cuenta los postulados antes explicados, se trata ahora de depurar y hacer a un lado los métodos de todas las demás ciencias en el estudio del derecho para crear una ciencia jurídica autónoma. El sincretismo metódico consiste en emplear métodos de las otras ciencias para explicar el derecho. A continuación se realiza una semblanza breve del método de Kelsen y de cómo y por qué se excluyen los métodos de todas las otras ciencias.

Primero, hacer a un lado los métodos de las ciencias físicas o naturales, que son los de la causalidad y la probabilidad; no pueden ser aplicados en el estudio de las normas jurídicas, pues para ello la teoría pura crea el método de la imputación. En segundo lugar, los métodos de las ciencias sociales con los que se estudian los hechos no son aplicables en el estudio de las normas; es decir, las ciencias sociales no son ciencias normativas, como sí lo son la ciencia jurídica y la ética, que es una disciplina filosófica. Estas ciencias sociales, al igual que las ciencias físicas, resultan ser auxiliares en el estudio de los contenidos de las normas jurídicas. En tercer lugar, prescindir de los métodos de las disciplinas filosóficas: axiología, teleología, deontología y ética, porque con ellos se estudia “cómo deberían” ser las normas jurídicas atendiendo precisamente a valores y fines. La ciencia jurídica tiene que estudiar el derecho tal y como lo crea el legislador, es decir, describir y explicar las normas jurídicas “como son”, aunque ellas sean injustas. Por último, y tal vez la distinción más importante, hacer a un lado los métodos de las ideologías y de la ciencia política, porque pugnan por estudiar solamente las normas jurídicas que protegen los intereses que conducen y mantienen a las personas en el poder, es el estudio de un deber ser político interesado.

Al finalizar, Kelsen llega a la conclusión de que la ciencia jurídica solamente puede ser una ciencia formal que se ocupe de aquello que no cambia en cualquier derecho positivo: la estructura jerarquizada de las normas jurídicas, la estructura de la norma jurídica y la norma fundamental que faculta a crear el derecho, entre otros temas. No hay que olvidar que lo que es puro es la teoría, y no el derecho, el cual se encuentra cargado de diversos contenidos. “Pero la teoría pura del derecho es una *teoría pura* del derecho, no la teoría de un *derecho puro* como sus críticos han afirmado erróneamente a veces”.¹⁶

La ciencia jurídica no se ocupa del contenido, porque éste cambia de un lugar a otro, de una época a otra, y muy difícilmente puede establecerse

¹⁶ Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura...*, cit., p. 30.

una ciencia sobre un contenido cambiante. Ejemplos: el aborto es permitido en unos Estados y en otros no; la eutanasia activa ya es permitida en unos Estados y en otros aún no.

Es aquí donde la ciencia jurídica se vale de todas las demás ciencias que juegan como sus auxiliares, pues se ocupan de estudiar los diversos contenidos de las normas jurídicas, como serían en los ejemplos anteriores las nociones de aborto y eutanasia, que llegan a adquirir una denominación jurídica propia.

Vale la pena observar que Kelsen, vislumbrando los límites del formalismo, señala que el legislador puede establecer en la Constitución ciertos contenidos que a él mismo lo obligan. Tal es hoy el caso de los derechos humanos.

Lo que no se le acepta a Kelsen es su afirmación de que el derecho puede tener cualquier contenido, y que no es posible demostrar por medios racionales (científicos) que hay muchos contenidos que no podrían llegar a formar parte del derecho, y ellos son hoy en día todos los que atenten contra los derechos humanos. Ésa es la labor de la humanidad, irlos descubriendo y desterrarlos de toda la legislación, e impedir que lleguen a ella. Aquí aparece la fórmula de Gustav Radbruch leyes (injustas) que establecen medidas insoportables, y que desconocen la igualdad de los seres humanos, “no son” ni pueden ser derecho. Algo ha aprendido la humanidad en el transcurso de la historia.

En conclusión, la teoría pura del derecho tiene que partir de la suposición de una norma fundamental, porque ello es indispensable en el sentido de la filosofía kantiana y neokantiana que la inspira. Lo anterior nos llevará ahora a explicar la *Constitución en sentido lógico-trascendental* que es diferente de la Constitución positiva creada por los hombres.

IV. LA NORMA FUNDAMENTAL COMO LA CONSTITUCIÓN EN SENTIDO LÓGICO-TRASCENDENTAL

Entender a la norma fundamental como la Constitución en sentido lógico-trascendental implica el distinguirla de la Constitución en sentido positivo, que es la que crea el legislador. Es necesario, aclara la noción de trascendental y de *a priori*, a la que hace referencia ese otro concepto de Constitución. Antes de ello, voy a citar y comentar pasajes de una famosa carta¹⁷ a Renato Treves* del 3 agosto de 1933:

¹⁷ Carta de Hans Kelsen a Renato Treves, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, núm. 8, 2012, pp. 175-178.

C)... El fundamento Kantiano de la TPD puede ser contestado por aquellos que no reconocen a la ética Kantiana como la única y auténtica filosofía de Kant. Será sin duda fácil, para aquellos que consideran que la obra principal de Kant reside en su filosofía trascendental que aquello es carente de valor.¹⁸

Resulta obvio que Kelsen está rechazando la *Crítica de la razón práctica* de Kant y está privilegiando la *Crítica de la razón pura*, y en particular el conocimiento trascendental que se encuentra esbozado en ella.

D) Aun así, en cierto sentido, es exacto afirmar que la teoría de la norma fundamental encuentra su origen en el principio de economía del pensamiento de Mach y en la teoría de la ficción de Vaihinger, prefiero renunciar en la secuencia de tantos malos entendidos a inspirarme en estos dos autores.¹⁹

Entonces, de Ernest Mach (1838-1916), famoso físico y filósofo austriaco, toma *el principio de la economía del pensamiento*, que consiste en buscar la hipótesis o la explicación más simple de los hechos, con el menor gasto intelectual posible. La idea de una norma fundamental para explicar la validez del derecho cumple con este requisito. Y de Hans Vaihinger recoge esa estrategia de pensar *como si el mundo encajara en nuestros modelos a través de nuestras "ficciones"*. La norma fundamental se convertirá en una ficción auténtica doblemente contradictoria, pero esto será explicado con todo cuidado al final de este artículo.

Dice Kelsen:

...Lo esencial es que la teoría de la norma fundamental proviene enteramente del método de la hipótesis desenvuelto por Cohen. La norma fundamental responde a la siguiente pregunta ¿Cuál es el *presupuesto* que permite sostener que determinado acto jurídico puede ser calificado como tal, esto es definido como un acto que sirve de base al *establecimiento* de la norma tanto como a su *ejecución*? Esta cuestión se inserta completamente en el espíritu de la lógica trascendental.²⁰

* Renato Treves (1907-1922), filósofo y sociólogo del derecho italiano, amigo y traductor de la *Teoría pura del derecho*, que ve la luz antes de la versión en alemán, comparte con Kelsen el positivismo y el neokantismo. Véase Domingo, Rafael, *Juristas universales del s. XX*, Marcial Pons, 2004, vol. 4, pp. 501 y 502.

¹⁸ Carta de Hans Kelsen a Renato..., *cit.*, p. 176.

¹⁹ *Ibidem*, p. 177.

²⁰ *Idem*. Las cursivas son mías.

Se trata de Hermann Cohen (1842-1918), filósofo alemán que funda la escuela neokantiana de Marburgo²¹ siguiendo a Emanuel Kant, quien dice a su vez lo siguiente: “Llamo *trascendental* a todo conocimiento que se ocupa, no tanto de los objetos, cuanto de nuestro modo de conocerlos, en cuanto este modo ha de ser posible *a priori*. El sistema de semejantes conceptos se llamaría *filosofía trascendental*”.²²

Trascendental, entonces, es aquello que hace posible el conocimiento de la experiencia, y no va más allá de ella; es el concepto que se aplica a la posibilidad del conocimiento *a priori*. Un conocimiento *a priori* tiene las siguientes características: puro, necesario, universal y formal. Puro es el conocimiento absolutamente independiente de la experiencia, pues es precisamente lo que aporta la facultad de la razón en el proceso del conocimiento. Necesario es un conocimiento que no deriva ya de otro, por lo que resulta ser imprescindible al fundar a todos los demás. Universal es el conocimiento al que no se le encuentra excepción alguna y se aplica a todos los casos. Formal es un conocimiento que puede llenarse de múltiples contenidos porque su función es explicar la realidad.²³

Kant aporta los siguientes ejemplos: todo cambio ha de tener una causa: $7 + 5 = 12$. ¿Piense el lector si la norma fundamental que propone Kelsen cumple con las anteriores características?

El problema que intenta resolver Kant es el de la “validez” del conocimiento, su justificación. La noción de lo *a priori* juega en esto el papel principal, pues el sujeto como portador de lo *a priori* funda la objetividad, en tanto que “constituye” la experiencia, la hace posible. En comparación, Kelsen tiene ante sí el problema de la “validez” del derecho.

Para Kant, el conocimiento *a priori* se caracteriza porque es primero en el *orden lógico de la razón*, y no lo es en el *orden temporal*, porque en ese orden, ningún conocimiento precede a la experiencia, y todo conocimiento co-

²¹ Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura...*, cit., pp. 45 y 46. “En su «Lógica del conocimiento puro» (pág. 587) dice el fundador de la escuela de Marburgo, el filósofo kantiano Hermann Cohen: «Solo lo formal es objetivo, y por lo tanto, cuanto más formal es un método, tanto más objetivo puede ser. Y cuanto más objetivamente, en toda la profundidad de la cosa, se formule un problema, tanto más formal deberá ser su fundamento». Quien no comprende esto no sabe qué es lo que le interesa al conocimiento científico”.

²² Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Madrid, España, Alfaguara, 1995, pp. 58 y 59. “La filosofía trascendental es la idea de una ciencia cuyo plan tiene que ser enteramente esbozado por la crítica de la razón pura de modo arquitectónico, es decir, a partir de principios, garantizando plenamente la completud y la certeza de todas las partes que componen este edificio. [Es el sistema de todos los principios de la razón pura]”. Completud = completitud, es un término filosófico que ya viene en el diccionario de la lengua española.

²³ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

mienza con ella. Pero hay al menos un conocimiento que no procede de la experiencia, es independiente de ella, porque es precisamente lo que aporta la razón en el proceso del conocimiento, y sirve para ordenar todas nuestras experiencias.²⁴ Por ello, Kant, sin prescindir de la experiencia, hace prevalecer lo que aporta la razón, y ese es el conocimiento *a priori*.

Entender lo anterior es la llave para comprender por qué para Kelsen primero se encuentra la norma que autoriza al legislador a crear normas (en el orden lógico de la razón) y luego se encuentra el legislador autorizado precisamente por esa norma.

Si se hiciera prevalecer al legislador (en el orden temporal), si se le colocara primero y a las normas después (explicación que desde luego aparece más apegada a la realidad), el derecho sería un simple acto de poder, y no podría explicarse mediante el método de la pureza metódica y de sus postulados, porque se estaría pasando de lo que *es* a lo que *debe ser*, violando el segundo postulado y cometiendo la falacia naturalista, y además la razón no estaría determinando el objeto de conocimiento, quebrantando el primer postulado que establece que es el método el que determina el objeto de conocimiento y del que se sigue la necesidad de una norma pensada que le proporcione validez a todas las demás.²⁵

No cabe duda que en el *orden del tiempo* primero existió el legislador o primer constituyente que creó el derecho. No obstante, en el *orden de la razón* primero tiene que pensarse en una Constitución en sentido lógico-trascendental que funciona como la norma que autoriza al primer legislador a crear derecho.

Llegado este momento, es necesario preguntar por qué será que es hasta su obra póstuma donde aparece con toda claridad la referencia a la obra del neokantiano Hans Vaihinger (1852-1933). La filosofía del *como si Philosophie des Als Ob* de 1911, ¿cómo la solución al problema de la validez del derecho? Una pista a esta pregunta parece estar en esta famosa carta de 1933, en la que Kelsen ya comenzaba a tener dudas sobre la norma básica fundamental.

V. LA REELABORACIÓN DE LA NORMA FUNDAMENTAL

Yo he hablado en mis anteriores escritos de normas que no son el sentido de actos de voluntad. He presentado mi teoría de la norma fundamental como si

²⁴ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

²⁵ *Lo a priori* = antes de, si lo es en el orden temporal, es la historia, la génesis de las cosas, su surgimiento. *Lo a priori* = antes de, si lo es en el orden lógico es lo que aporta la razón en el proceso del conocimiento, aquello que es la condición de que los conocimientos puedan darse, el modo en que los conocemos, es lo trascendental.

fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es su-
puesta por el pensamiento. Ahora debo, lamentablemente, aceptar, señores,
que esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella. Me pueden
creer que no es fácil renunciar a una teoría que yo he representado por dece-
nios. He renunciado a ella en el convencimiento de que un deber tiene que
ser el correlato de un querer.²⁶

En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* aparece lo que yo de-
nominó el tercer postulado que inspira el pensamiento de Kelsen, y consiste
en establecer la separación entre la voluntad y la razón, pues la función de
la primera es querer y prescribir, y la de la segunda, describir y conocer. Ya
antes Kelsen lo había enunciado de la siguiente manera: “La razón humana
puede comprender y describir, pero no prescribir. Pretender encontrar en la
razón normas de conducta humana es una ilusión semejante a la de querer
obtener tales normas de la naturaleza”.²⁷

Es con base en este postulado, que establece la separación entre la vo-
luntad y la razón, que Kelsen acepta que su *norma pensada* no es una norma,
porque no proviene de la voluntad, que es la única que puede prescribir
normas.

Me parece que es posible poner en duda la aplicación del principio de
no contradicción que emplea Kelsen para distinguir a las facultades de la
voluntad y la razón, pues éstas no funcionan de esa manera. Por ello, Luis
Recaséns Siches tiene una excelente crítica a dicho postulado, y dice que
una voluntad que no sabe lo que quiere es un *contradictio in adjecto*, una con-
tradicción en términos.

Me reprochan con razón que yo hable contra una teoría propia que he
representado durante años. Esto es completamente correcto: tengo que mo-
dificar mi teoría de la norma fundamental y su representación correspon-
diente. No puede haber una norma puramente pensada, es decir, normas
que no son el sentido de actos de voluntad, sino que son el sentido de actos
del pensamiento. Lo que se piensa con la norma fundamental es la *ficción de
una voluntad que no existe*.²⁸

“Una norma fundamental es una norma ficticia, que presupone un acto
de voluntad ficticio que establece una norma. Es la ficción de que debe ser
lo que una autoridad quiere”.²⁹

²⁶ Schmill, Ulises y Vernengo, Roberto J., *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, México, UNAM, 1984, p. 36.

²⁷ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, 2001, pp. 71 y 72.

²⁸ Schmill, Ulises y Vernengo, Roberto J., *op. cit.*, p. 36.

²⁹ *Idem*.

La norma fundamental no es una norma positiva, es una norma pensada y, por ello, es una *norma ficticia*, es el sentido de un acto de voluntad meramente ficticio.

“En cuanto tal es una ficción auténtica o «propia», en el sentido de la filosofía del *como si* de Vaihinger: una ficción que se caracteriza porque no solo contradice la realidad, sino que también en sí misma es contradictoria”.³⁰

Entonces, es una construcción de la imaginación doblemente contradictoria, y en el sentido de la filosofía de Vaihinger es por ello una *auténtica* ficción. Para Hans Vaihinger,³¹ la filosofía es más amplia que la ciencia, y Kelsen la emplea para establecer “como si” existiera una norma ficticia resultado de una voluntad también ficticia.

Dice Vaihinger lo siguiente: “...una ficción es un recurso del pensamiento del que nos servimos cuando con el material dado no conseguimos alcanzar la meta del pensamiento...”³²

¿Cuál es la meta de Kelsen? Responder a la pregunta por la validez del derecho. ¿Qué tiene a la mano Kelsen, cuál es el material con el que cuenta para responder a la pregunta por la validez?

El hilo conductor, los dos primeros postulados (el método determina el objeto de conocimiento, y la tajante separación entre el ser y el deber ser), el método de la pureza metódica y el tercer postulado (separación entre la voluntad y la razón), que lo obliga a reformular a la norma fundamental como una ficción doblemente contradictoria.

El tercer postulado establece la distinción entre la voluntad que quiere y prescribe normas y la razón que describe, explica y comprende la necesidad de la norma fundamental. Esta norma para poderlo ser tiene que provenir de una voluntad y no de la razón. Entonces, Kelsen, para cumplir con este requisito, la convierte en una *ficción doblemente contradictoria*, pero sin renunciar al hilo conductor ni a los dos anteriores postulados, ni a la pureza metódica.

Es doblemente contradictoria por lo siguiente:

1. Contradice la realidad, puesto que no existe una norma así que *provenga* de un acto de voluntad real. No puede tener un carácter *hipotético*, porque las hipótesis se elaboran para poderse comprobar o verificar en la realidad, y aquí se sabe de antemano (existe la conciencia) que no puede ser comprobada o verificada su existencia, puesto que

³⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, Madrid, España, Marcial Pons, 2018, p. 268.

³¹ Hans Vaihinger (1852-1933), filósofo neokantiano alemán, famoso por su *Philosophie des Als Ob (La Filosofía del «como si»)* de 1911.

³² Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, *cit.*, p. 269.

no existe el legislador que la haya creado. En otras palabras, la ficción no concuerda con la realidad, la contradice abiertamente.

2. Es contradictoria consigo misma, pues representa la autorización de una autoridad suprema, sin duda ficticia. Representa una facultad otorgada por una *autoridad* moral o jurídica suprema que solamente es ficticia; de antemano también se sabe que no existe dicha autoridad.

Me interesa resaltar de nuevo que Kelsen recurre al final, al argumento del hilo conductor cuando dice:

La meta del pensamiento en relación con la norma fundamental es la fundamentación de la validez de las normas que forman un orden moral o jurídico positivo, esto es, la interpretación del sentido subjetivo de los actos que establecen esas normas como su sentido objetivo, es decir, como normas válidas, y los respectivos actos como actos de establecimiento de normas. Este objetivo sólo puede alcanzarse a través de una ficción...³³

¿Una voluntad ficticia que quiere una norma ficticia para darle validez al derecho? ¿No es más bien la razón la que le adjudica esa función a esa voluntad ficticia a través de imaginar una ficción doblemente contradictoria?

VI. EL HILO CONDUCTOR Y LA NORMA COMO ESQUEMA DE INTERPRETACIÓN

¿Esta solución que encuentra Kelsen en la filosofía del *como si* de Vaihinger salva a su pensamiento; es decir, encuentra el fundamento de la validez del derecho?

A mí me parece que no, porque de acuerdo con el “hilo conductor” (sentido subjetivo y objetivo de los hechos y actos), que es el último argumento al cual Kelsen recurre, podemos volver a preguntar: ¿qué le da sentido objetivo a los actos de esa voluntad ficticia? ¿Cuál es la norma que dota de objetividad a esa voluntad ficticia de acuerdo además con los otros dos postulados y la pureza metódica?

En otras palabras, se requiere que esa voluntad ficticia considerada como la máxima autoridad cree esa norma fundante, pero por principio de cuentas tiene que haber por otra parte a su vez una norma (ficticia) que no

³³ *Idem.*

solamente la autoriza a crear normas, sino que además la distingue de todas las otras autoridades al señalarla como la suprema.

Preguntemos de otra manera: ¿qué es primero: el legislador o la norma que lo autoriza a crear normas? ¿Qué es primero: la voluntad o la norma que la autoriza a crear todas las demás disposiciones jurídicas?

Ahora Kelsen nos responde que, para poder cumplir con su tercer postulado, las normas solamente pueden provenir de una voluntad. ¿Cualquier voluntad? Desde luego que no, tiene que ser una voluntad autorizada por una norma, y por ello competente para crear esa norma.

No obstante, se requiere que esa norma (ficticia) que autoriza a la voluntad ficticia para poder ser considerada como una norma, a su vez haya sido creada por otra voluntad y, entonces, el argumento de Kelsen puede ser llevado al infinito:

Voluntad-norma, voluntad-norma, voluntad-norma, no importando que ambas sean ficticias.

Luego, si se finge la existencia de una voluntad que se considera la más alta, y que ha creado una norma que faculta al primer legislador a crear normas que deben ser obedecidas, se puede volver a preguntar: ¿dónde está la norma que faculta a esa voluntad ficticia a crear esa norma?, aunque esta voluntad se encuentre en un plano ideal o ficticio, y ello nos conduce a un argumento al infinito.