

A propósito de la *Grundnorm* kelseniana

Regarding the kelsenian Grundnorm

Gustavo E. Silva Tamayo*

RESUMEN

La teoría pura del derecho de Hans Kelsen representó un esfuerzo para llevar al derecho al estatus de saber científico. Más allá de las críticas que pudo merecer, la teoría se destacó por su rigor metodológico y originalidad. No obstante ello, uno de los aspectos más cuestionados de esta construcción fue el de su Norma Fundamental (*Grundnorm*), presupuesto gnoseológico imprescindible para brindarle sustento y coherencia lógica a la formulación. En este trabajo analizamos las aporías y contradicciones que advertimos en ella, muchas admitidas por el propio Kelsen en vida. Sin embargo, por razones no del todo claras hasta hoy, su cambio de postura acerca de la naturaleza de la Norma Fundamental solo habría de ser universalmente conocida con la publicación de su obra póstuma.

PALABRAS CLAVE: Kelsen, teoría pura del derecho, *Grundnorm*, validez de las normas, presupuesto gnoseológico, problemas.

ABSTRACT

Hans Kelsen's Pure Theory of Law represented an effort to elevate Law to the status of a scientific knowledge. Despite any criticisms it may have garnered, the theory stood out for

* Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (USAL). Posdoctor en Derecho (UBA). Especialista en Administración Financiera (UBA). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Profesor titular de Derecho Administrativo (USAL). Profesor adjunto regular de Elementos de Derecho Administrativo (UBA). Profesor titular y adjunto de Posgrado (UBA).

its methodological rigor and originality. Nevertheless, one of the most criticized aspects of this framework was its Fundamental Norm (Grundnorm), an indispensable epistemological presupposition required to provide support and logical coherence to the formulation. In this paper, we analyze the aporias and contradictions that we observe in it, many of which were acknowledged by KELSEN himself during his lifetime. However, for reasons not entirely clear until today, his change of stance regarding the nature of the Fundamental Norm would only become universally known with the publication of his posthumous work.

KEYWORDS: Kelsen, Pure Theory of Law, Grundnorm, validity of norms, epistemological presupposition, problems.

1. INTRODUCCIÓN

Imaginemos que nos encontramos frente a una máquina de aspecto desconocido, reluciente, con una botonera y controles sofisticados, llena de luces de colores, silenciosa y alimentada a energía solar, construida para proporcionar, con velocidad y precisión, un sinnúmero de algoritmos que nos son enunciados (no importa aquí describirlos). Pero cuando le pedimos al autor del invento que ponga en funcionamiento esa maravilla tecnológica, nos confiesa, muy apesadumbrado, que no ha dado con la pieza maestra que logre su operatividad y que se halla abocado a elaborarla¹.

La situación enunciada es similar a la que se le plantearía al jurista que ha elaborado una teoría jurídica (la máquina) que requiere de un axioma (la pieza maestra) para lograr la completitud de su enunciado y así funcionar correctamente, por lo que debe, imperiosamente, encontrarlo.

¹ La alegoría de la máquina la hemos tomado, y adaptado a los presentes fines expositivos, del trabajo de Echave, Urquijo y Guibourg (2008, p. 146).

En el año 1934, Hans Kelsen publicó su *Teoría Pura del Derecho* (TPD), con la pretensión de dotar al derecho de una científicidad semejante a la alcanzada por las ciencias exactas y naturales. Por ello es que, al igual que toda máquina, la TPD fue construida *para algo*: elevar al estatus de ciencia al derecho.

Con tal propósito es que Kelsen estimó que el rasgo fundamental de toda ciencia era la exclusión de los juicios de valor y por ello distinguió, de manera tajante, el derecho que *es* del derecho que *debe ser* y, de este modo, se preocupó en trazar una nítida frontera entre el derecho y todo otro tipo de valoraciones como las provenientes de la moral o de la justicia. Desde esa mira es que se asentó uno de los presupuestos esenciales de su TPD: el rechazo al postulado del iusnaturalismo clásico de que el deber ser (*sollen*) derivaba del ser (*sein*).

Ese designio *purista* aparece, por otro lado, explícito en el pensamiento del maestro austríaco (Kelsen, 1974):

El principio de separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la teoría pura, tiene naturalmente consecuencias, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto no debe sorprender que los adversarios de la teoría pura no estén dispuestos a reconocerla y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. (p. 12)

Kelsen (1974) sostuvo, así, que la validez de las normas jurídicas no dependía de su contenido y que el derecho podía tener cualquiera puesto que ninguna conducta humana era, por sí misma, inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. En su concepción, la validez de esa norma no se encontraba afectada por el hecho de que su contenido se hallase en oposición a un valor moral u otro cualquiera. Para el autor de la

TPD una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, por el órgano competente y de acuerdo con un método específico, según el cual cada una de ellas reconoce como antecedente otra de mayor jerarquía, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma fundamental (*grundnorm*), en adelante NF, la que, en su idea, representa el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico (1974, pp. 135 y ss.). Vale decir que toda norma jurídica reconoce su validez de otra que le está supraordenada y que, a la vez, es el fundamento de validez de otras infraordinadas.

2. ¿PERO QUÉ OBJETO CUMPLE LA NF DENTRO DE LA TPD?

La NF tiene por objeto hacer posible la interpretación normativa de ciertos hechos, esto es, la intelección de estos como creación y aplicación de normas válidas (Kelsen, 1995, pp. 135 y 141).

Así, una sentencia es una norma individual que dicta un juez y su validez resulta del hecho de que ha sido pronunciada conforme a la ley, la que, a su vez, ha sido emitida por el órgano competente, de acuerdo a las reglas establecidas por la Constitución. Esta última encuentra su fundamento de validez en la anterior y así sucesivamente hasta llegar a una primera Constitución:

establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada como poseedora de un carácter normativo, y de esa hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos... (Kelsen, 1974, p. 138)

Vale decir que la validez de esa primera Constitución depende de la *grundnorm* a la que Kelsen (1974) sitúa al final de toda esa cadena de validaciones sucesivas. Es el punto de partida de un procedimiento y su carácter es formal y dinámico.

La NF, entonces, y en nuestra opinión, no sería una norma positiva, ni un acto de voluntad y, por lo tanto, no sería querida, sino, como dice Kelsen, “pensada”. No sería una norma “puesta”, sino un presupuesto metodológico que confiere unicidad y coherencia al ordenamiento jurídico. Se trataría de una hipótesis gnoseológica, un constructo que le permite al jurista determinar el carácter normativo del objeto de su conocimiento. De allí es que podría afirmar que, en definitiva, se trate de la Constitución o de las demás normas que se derivan de ella, todas presuponen la existencia de una NF.

En la 2º edición de la TPD, Kelsen (1960) admite que la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, sino que tiene que concluir en una “norma fundante básica como presupuesto lógico-trascendental”. Esta norma, en última instancia, establece la manera de impartir normas. Los individuos deben comportarse de acuerdo a la Constitución histórica y al orden jurídico subsecuente (o a este último directamente si la Constitución aparece implantada por vía de costumbre). Una norma jurídica puesta o implantada vale por haber sido producida de la manera determinada por la norma fundante. Pero la norma fundante básica no afirma ningún valor trascendente al derecho positivo (1960, pp. 208-209).

Si bien, como dijimos, la NF es el fundamento de validez del ordenamiento jurídico en su conjunto, aquella depende, para el autor de la TPD, de cierto grado de eficacia de este último, con lo cual se advierte: a) que se introduce una cuestión fáctica, lo cual resulta contradictorio con el postulado de “pureza” sobre el que gira toda la teoría, y b) que así como no hay ordenamiento jurídico válido sin NF, tampoco esta última es concebible sin el

primero, por lo que ambos objetos resultan conceptualmente interdependientes. Kelsen postula, además, aunque a nuestro modo de ver con poca precisión, que la pérdida de eficacia mínima de un ordenamiento jurídico (vgr. por una revolución o una situación de anarquía) podría llevar al establecimiento de un ordenamiento jurídico que reemplazase al anterior, por fuera de los mecanismos de reforma que este último establece.

3. ALGUNAS CUESTIONES QUE NOS SUSCITA LA NF

A nuestro modo de ver, la NF representa un constructo analítico —con cierta reminiscencia de los imperativos categóricos kantianos—, que permite “cerrar” conceptualmente la TPD de un modo congruente con las proposiciones que plantea. Sin embargo, la descripción que de ella hace Kelsen nos suscita algunos interrogantes que pasamos a describir con sus (posibles) respuestas.

Por un lado, si dentro del marco conceptual que representa la TPD se pretendiera adjudicar un contenido a la NF, ello resultaría imposible, en tanto, según la teoría, su fundamento de validez debería hallarse en otra norma, que estaría sujeta a otra de rango superior, llevando *ad infinitum* a la cadena de validez que, precisamente, Kelsen se propone cerrar con la NF.

Por otro lado, si la NF es el fundamento de validez de la Constitución, forzosamente debe tener carácter de norma —pero no de derecho positivo, sino hipotética y metajurídica—, que tendría la singularidad de “positivizar” a las demás normas. En ese orden de ideas, podríamos concluir que, de acuerdo a la TPD, el sustento de validez de las normas jurídicas que integran un ordenamiento reposa en una norma no positiva, lo cual constituye, para nosotros, una aporía.

Por otra parte, de conformidad con el esquema desarrollado por Kelsen (1974), el fundamento de validez de un ordenamiento jurídico pareciera depender de una norma hipotética que está por fuera de él y que, para peor, al no conocerse su contenido, podría hallarse teñida de bien ocultos componentes políticos, sociológicos o históricos (¿y aun morales?) que son aquellos que, precisamente, la TPD pretende apartar de su objeto de conocimiento científico para, así, “descontaminarlo”.

Finalmente, Kelsen (1974) también expone, consideramos que de modo algo confuso, que la NF de un derecho nacional es una norma del derecho internacional y que si la NF de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo — como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido—, no hay NF en la base de los órdenes nacionales, sino en la base del derecho internacional. Ello por cuanto nuestro autor postula la primacía del derecho internacional sobre los nacionales (1974, pp. 143-144). Entendemos que esta absorción de la NF *nacional* a expensas de la *internacional* solo podría verificarse cuando la comunidad internacional alcanzara grados de integración semejantes a los de la Unión Europea.

Llegados aquí podríamos aseverar que la “pieza maestra-NF” ha sido por fin confeccionada pero que, una vez instalada en la “máquina-TPD” y puesta esta última en funcionamiento, los importantes cabos que deja sueltos la tornan incapaz de proporcionarnos la finalidad para la que había sido construida.

Algo semejante a lo que ocurriría si nuestra máquina imaginaria, una vez colocada su pieza maestra, no hubiese respondido de acuerdo a lo planificado: no trabajara silenciosamente, gastase más energía de la prevista, no destellasen todas sus luces pero, lo que es peor, no nos entregara los esperados algoritmos.

4. LA NF COMO FICCIÓN

Es sabido, aunque no tan difundido o tratado, que Kelsen varió sustancialmente su concepción ontológica de la NF, giro en su pensamiento que aparece en su obra póstuma (1994). Señala allí Kelsen que la *Grundnorm* no es norma positiva alguna, sino una norma pensada, es decir, una norma *simulada* que no es producto de un acto de voluntad real. Concluye que la NF es una auténtica o verdadera ficción en el sentido de la filosofía del *Como si vainhingeriana* (se refiere al filósofo neokantiano Hans Vaihinger).

Este cambio de postura, en realidad, reconocía varios antecedentes del autor vienés —y de larga data—, que Cárcova (2015) se ha encargado de consignar en un trabajo². También hay referencias a escritos de Kelsen en ese sentido en una publicación debida a Cracogna (1996, pp. 51-59).

Esencialmente, y según estos precedentes, Kelsen reconoció que ya no podía seguir manteniendo que la NF no es el sentido de un acto de voluntad y que es supuesta por el pensamiento, porque un deber tiene que ser el correlato de un querer. Una NF, según Kelsen, es, entonces, una norma ficticia que presupone, a la vez, un acto de voluntad ficticio que la establece. La NF, en suma, es la ficción de una voluntad que no existe.

En nuestra opinión, esta nueva condición *ficcionista* que Kelsen endilga a la NF le hace perder a esta la riqueza conceptual que derivaba de su condición de *constructo gnoseológico apriorístico*, dirigido a la labor del jurista. Pero, como contrapartida, al quedar ahora a salvo de los cuestionamientos de los que la NF podía ser merecedora en su caracterización originaria, le hace ganar en coherencia a toda la TPD. Se trata de un acto de

² Tanto BOBBIO, citado por CÁRCOVA (2015), como este último, arriesgan hipótesis respecto a los motivos por los que Kelsen no haya dado a conocer suficientemente que el fundamento sobre el que, en su fuero interno, reposaba la NF era distinto del que había vertido en su TPD. Ambos autores coinciden en que su actitud se habría debido a motivaciones políticas, aunque discrepan sobre su contenido.

voluntad *ficticio* emitido por el detentador del poder, que configura una norma metajurídica.

Y consideramos que es aquí cuando el “inventor” (Kelsen) ha encontrado por fin su “pieza maestra” (NF-ficción) para hacer funcionar correctamente su “máquina” (TPD). ¿Autoriza ello a colegir que, si según la TPD, el fundamento de validez de todo ordenamiento jurídico reposa en una ficción, entonces el sistema normativo también debería ser considerado ficcional en su integridad? No creemos que así sea.

En efecto, las ficciones, entendidas como recursos intelectuales a los cuales se echa mano cuando el material con el que se cuenta es insuficiente para alcanzar un propósito del pensamiento, son harto frecuentes en el derecho. Algunas de dimensiones tan “fundacionales” como la propia NF, tal aquella que expresa que: “El Derecho se reputa conocido sin admitir prueba en contrario”.

¿De allí podría extraerse que *todo* el Derecho es una ficción? No nos parece en absoluto.

5. CONCLUSIÓN

Todos sabemos que, en la actualidad, la TPD ha perdido gran parte de su predicamento, un poco por el tiempo transcurrido desde que Kelsen la diera a la luz y otro, íntimamente relacionado, por la pléyade de teorías postpositivistas surgidas después de su aparición.

Sin embargo, estas breves líneas sobre las cuestiones que nos plantea un asunto tan trascendente para el armazón lógico de la TPD, como lo es el de la caracterización de la NF, no han pretendido generar un vacuo juego dialéctico.

Por el contrario, tratándose, a nuestro entender, del último paradigma científico que ha conocido el derecho (KUHN, 2013, pp 209-255), sus efectos, de un modo u otro, perduran hasta el presente y han sido —y continúan siéndolo—, punto de partida y de referencia insoslayable para la inmensa mayoría de las elaboraciones llevadas a cabo por la ciencia del derecho.

Referencias

- CÁRCOVA, C. M.. (2015). La norma fundamental es una ficción. *Revista del Centro de Estudios Interdisciplinario en Ciencias Jurídicas y Sociales*. UNAM. Disponible en www.juridicas.unam.mx
- CRACOGNA, D. (1996). La teoría de la norma fundamental. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Sección Teoría General. Abeledo Perrot.
- ECHAVE, D., URQUIJO, M. E., GUIBOURG, R. (2008). *Lógica, proposición y norma*. Astrea.
- KELSEN, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*, 2.^a edición, traducción de Roberto J. Vernengo. UNAM.
- KELSEN, H. (1974). *Teoría Pura del Derecho*, 12.^a edición, traducción de Moisés Nilve. Eudeba.
- KELSEN, H. (1994). *Teoría General de las Normas*, traducción de Hugo Carlos Delory Jacobs. Trillas.
- KELSEN, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez. UNAM.

KUHN, T. S. (2013). *La estructura de las revoluciones científicas*, traducción de Carlos Solís Peña. Fondo de Cultura Económica.