LA NORMA FUNDAMENTAL ES UNA FICCIÓN

*Carlos M. CÁRCOVA**

I. Introducción

Los comentarios que siguen se refieren a una cuestión de enorme trascendencia en el campo de la teoría jurídica y tienen por objeto brindar una sucinta explicación acerca de las razones que oportunamente formulara Hans Kelsen, el gran jurista austríaco, para modificar su punto de vista, mantenido por más de 40 años, acerca de la naturaleza epistemológica de la “Norma fundamental” (Gründnorm), que fue el presupuesto desde el cual otorgó unidad y validez al derecho concebido como sistema de normas.

Lo cierto es que la inmensa novedad que ese cambio implica no ha sido tematizada por los adeptos a Kelsen y tampoco por quienes desde distintos puntos de vista, no coincidían con sus análisis acerca de la estructura del ordenamiento jurídico. Se trata de una tarea pendiente en razón de que otras problemáticas han ocupado el centro de la escena teórica desde hace un par de décadas: el debate Hart—Dworkin y la cesura entre derecho y moral; las teorías acerca de la legitimidad del orden desde puntos de vista no ontológicos (Rawls/Habermas), las teorías críticas y el igualitarismo, las perspectivas sistémicas y otras.

Por otro lado, la cuestión fue tratada en los años setenta, cuando aun la nueva postura del autor de *Teoría Pura del Derecho* (en adelante, “TPD”) no era demasiado conocida por uno de sus más distinguidos y consecuentes seguidores, me refiero a

* Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Norberto Bobbio, quien llega a las mismas conclusiones que el último Kelsen, aunque recorriendo otro sendero conceptual. El gran maestro italiano, a pesar de que alude a aspectos que aparecen en la *Teoría General de las Normas*, obra póstuma de Kelsen publicada después de su fallecimiento por sus discípulos en la que desarrolla su renovado enfoque con precisión, parece no haber reparado en ello. En la versión castellana (Edit. Trillas, México, 2003, con prólogo del Prof. Mario Lozano) los minuciosos análisis del autor de la TPD pueden encontrarse en las páginas 251 y ss.

Al lado de su importancia teórica, el asunto que nos ocupa posee un conjunto de aspectos fácticos especialmente atractivos y hasta cierto punto misteriosos que, hoy por hoy, fallecidos ya los principales protagonistas de los costados anecdóticos de esta historia, seguramente ellos permanecerán para siempre, en el sugestivo ámbito de la intriga.

II. La carta perdida

El 3 de agosto de 1933 Kelsen remitió a su amigo, el Prof. Renato Treves, una larga misiva que se publicó recién en 1977, en la revista *Droit et Société*, número 7, páginas 333 a 335. Más tarde fue divulgada en Brasil en la revista *Contradogmáticas* que dirigían dos jóvenes y estudiosos profesores, el argentino Luis Alberto Warat y el brasilero Leonel Severo Rocha. La fecha de la comunicación indica que fue escrita con anterioridad a su partida hacia los Estados Unidos de América después de un periplo que lo llevó a distintos países vecinos de Alemania en procura de una tranquilidad que la progresiva agresividad de la política del nazismo le negaba por su condición de judío y de hombre de compromiso democrático. Como es conocido, poco tiempo después de estos hechos nuestro autor conseguirá salir de Europa y refugiarse en la prestigiosa Universidad de Berkeley (Estados Unidos).

Los primeros párrafos de la carta se refieren elogiosamente a una traducción de un texto suyo denominado "Método y Fundamentos de la Teoría Pura del Derecho" llevada a cabo por Treves, a quien —sin perjuicio de los halagos— le formula ciertas aclaraciones, que parecen tener intención rectificatoria. En ellas distingue con firmeza su posición de la de otros autores de la época como Laband —a quien acusa de monárquico, o como Tripel o Anzilotti. Luego, reconoce la influencia que sobre sus posiciones ejerce la doctrina kantiana, aunque aclara que es la versión "coheniana" de esa teoría la que él ha recogido de manera esencial. Incluso sostiene

que la TPD intenta de manera inédita presentar el pensamiento de Kant como una teoría del derecho positivo, a pesar de que este último había abandonado su método trascendental, a la hora de explicar el fenómeno de la juridicidad. En tal circunstancia es posible afirmar —sostiene Kelsen— que la TPD administra lo más fielmente posible la herencia espiritual de Kant. Luego diferencia también sus posiciones de las de Cohen. Cree que las de Cohen, tanto como las de Stammler, son doctrinas del derecho natural y no del derecho positivo, en gran medida por la influencia religiosa que pesaba sobre las concepciones de estos autores.

Pero en realidad, es en la parte final de la misiva que comentamos, en donde se encuentra planteada la cuestión que de manera principal concierne al objeto de estas notas. Dice allí literalmente el autor:

[a]un si, 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 Vahinger, prefiero renunciar en la secuencia de tantos malos entendidos a inspirarme en estos dos autores. Lo esencial es que la teoría de la norma fundamental proviene enteramente del método de la hipótesis desarrollado 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.

La carta termina con comentarios breves referidos a otros temas y con una amistosa invitación dirigida al destinatario para que lo visite si pasa por Ginebra, donde permanecerá —afirma— durante los siguientes tres años, en función de que ha sido contratado por el Instituto de Altos Estudios Internacionales con sede en aquella ciudad, para dictar clases de Derecho Internacional.

De lo expuesto hasta aquí resulta que ya en 1933, nuestro autor estaba pensando en la idea de norma fundamental como ficción. Sin embargo, pese a las muchas publicaciones que realizó y polémicas que sostuvo, durante las siguientes

tres décadas no volvió sobre el asunto. Recién en la primera mitad de los años sesenta, retoma la idea y escribe un valioso y conclusivo texto que piensa utilizar como discurso central en la Segunda Jornada Austríaca de Juristas. Sin embargo, una indisposición en su salud le impidió estar presente y, en consecuencia, el texto se incorporó a las Actas de esas Jornadas (Viena, 1964) y fue publicado finalmente en la *Revista Forum*, año XI, fascículo 132, páginas 583 a 586. Como resulta evidente su posición innovativa, drásticamente innovativa, no alcanzó divulgación en aquella época. La incognita es: ¿por qué Kelsen demoró tantos años en hacer explícita una posición de tan importante gravitación para el coherente desarrollo de su obra? Como veremos más adelante Norberto Bobbio tiene una hipótesis. El autor de estas notas tiene otra diferente.

III. La ponencia de Kelsen para las Jornadas de 1964

El título que a la misma le adjudicara el autor fue "La función de la Constitución". Se publicó por primera vez en castellano por gestión del Prof. Enrique E. Marí que obtuvo las autorizaciones legales pertinentes y que incorporó el texto a un *reading* que el mismo organizó bajo el título de "Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática", publicado por Ed. Edicial (Buenos Aires, 1994), que incluía ensayos del propio organizador, de Enrique Kozicki, de Pierre Legendre y de Arnoldo Siperman.

Nuestro autor, en pocas pero muy densas páginas, pone de manifiesto las razones que lo inducen a revisar sus puntos de vista precedentes. Intentaré una paráfrasis que resulte breve y sencilla, aunque se trate de una tarea más que difícil.

Las normas —dice Kelsen— pueden entenderse como el sentido objetivo de un acto de voluntad. La orden de un cierto sujeto expresa algo más que su voluntad subjetiva si el sujeto en cuestión está facultado por una norma para emitir dicha orden. Se trata de un acto de voluntad real y exteriorizado y no apenas de un acto de pensamiento. Una norma puede ordenar, pero también puede autorizar a emitir órdenes. Debe tratarse, claro está, de una norma válida, es decir, creada de la forma prevista en una norma de nivel jerárquico superior. Ésta será válida por las mismas razones, con lo cual la investigación acerca de su validez nos conducirá a una primera norma que será presupuesta y no positiva. Una TPD preguntaría: ¿cómo es posible interpretar el sentido subjetivo de ciertos hechos como sistema de normas

legales objetivamente válidas, sin recurrir a fundamentos metalegales? La respuesta es que se dé por supuesta la norma fundamental (que opera como condición lógico trascendental en sentido kantiano), cuya función es atribuir validez al sistema de normas derivadas que constituyen un orden coactivo, en general efectivo.

Por consiguiente junto a la norma fundamental pensada (*sollen*) es necesario también postular un querer (*wollen*) (un sujeto constituido como autoridad imaginaria: individuo, asamblea, etc.) cuyo acto de voluntad fingido encuentre sentido en la norma fundamental.

Recuérdese que en su primera versión (y también en la segunda de 1960) la validez de una primera constitución histórico-positiva, descansaba en la norma fundamental, una premisa cuyo contenido podía definirse de muchas maneras similares: "debe ser lo que dice el primer legislador" o "si alguien manda y es generalmente obedecido, debe ser que mande". Pero si esta premisa tiene el carácter de ser una norma, entonces debería también ser el sentido objetivo de un acto de voluntad de alguien. Sin embargo, ya se había afirmado que por detrás de la voluntad del primer legislador histórico no existía ninguna persona sino una norma hipotética. Esta descripción —dice Kelsen— se contradice con la idea de que la primera constitución histórica, fundada en la norma fundamental constituya el sentido de un acto de voluntad de una primera/máxima/última autoridad por sobre la cual no puede haber otra. Consiguientemente la norma fundamental se transforma en una ficción en el sentido del "como si" de Hans Vahinger, pues se contradice con la realidad y también consigo misma. Se trata según la descripción de este último autor en una ficción propia, esto es, un enunciado falso y autocontradictorio. Para Vahinger una ficción es un recurso del pensamiento susceptible de utilizarse cuando no se alcanza cierto objetivo con el material dado. En este caso el objetivo es dar fundamento a un orden positivo de normas, lo que sólo se alcanza con recurso a una ficción. Por consiguiente, la norma fundamental no puede ser una hipótesis que tiene siempre vocación de verdad, de ajuste con la realidad, sino, por el contrario, el carácter de un supuesto ficcional. Tal como se señalara más arriba, la ponencia de 1964 careció de trascendencia y ni los más ortodoxos discípulos de las enseñanzas kelsenianas se ocuparon del asunto. De una manera indubitable y universalmente conocida por la repercusión de su obra póstuma, la novedad introducida por el autor

en su concepción acerca de la situación epistémica de la norma fundamental¹ adquiere enorme divulgación con los párrafos que al asunto le dedica en *La teoría general de las normas*. En el capítulo correspondiente repite sustancialmente su posición tal como fuera formulada en la ponencia analizada de 1964. En lo específico el texto es virtualmente una copia de lo que en esa fecha había planteado, sólo agrega ahora mayores desarrollos de cuestiones lateralmente vinculadas.

IV. La intuición bobbiana

Como tantos otros, Norberto Bobbio desconoce los escritos de Kelsen de 1964. No hay una sola referencia a ellos en su trabajo, sino más bien una crítica inteligente y siempre comprensiva, para el hombre cuyas posturas han alimentado su propio y autónomo desarrollo como destacada figura de la filosofía del derecho del siglo XX.

En el año 1978, Bobbio dictó una conferencia extensa y profunda en el marco del XII Congreso Italiano de Filosofía Jurídica y Política, realizado en la ciudad de Ferrara, cuyo título era "Kelsen y el problema del poder". Para la época fue publicada en italiano en la *Revista Internacional de Filosofía del Derecho* y unos años después, en español, en el número 8 (año 1988) de la prestigiosa revista *Crítica Jurídica*, que editaba y dirigía en México el Prof. Oscar Correas.

También en este caso intentaré una sintética paráfrasis de la muy grávida conceptualización del texto presentado por el Maestro de Turín. Comienza este último, por sostener que el problema del poder ha sido poco trabajado en la tradición del pensamiento kelseniano, lo que se explica por la importancia relativa que el mismo supone para una teoría normativa del derecho, que incluye la noción de Estado dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo ese problema fue adquiriendo en fases sucesivas en la obra del autor de la TPD, mayor importancia, hasta culminar en *La teoría general de las normas* en donde dedica al tema un capítulo especial. Alguna dificultad debió de generar la circunstancia de que en idioma alemán existen dos palabras diferentes para referirse al poder, aunque cada

1 Según la traducción ésta es denominada en ocasiones "norma básica". Con una u otra denominación queda claro que nos estamos refiriendo a la "gründnorm", es decir al presupuesto que otorga validez a la primera constitución histórica y no a esta última.

una de ellas aluda ambiguamente a distintos contenidos. "Gewalt" ha sido traducida en inglés como "power" (poder) pero también puede implicar "potencia". Por otro lado "match" puede referir a poder o fuerza. En cualquier caso, para Kelsen, la norma fundamental tiene como función precisamente transformar el poder en derecho. Cuando se edita la TPD en 1934, su autor define el denominado derecho subjetivo de manera muy crítica, embarcado como estaba en luchar contra lo que llamaba los falsos dualismos de las teorías tradicionales. Desde su punto de vista, la noción de derecho subjetivo era auxiliar y subsidiaria de la de derecho objetivo. Puedo hacer valer mi derecho subjetivo de naturaleza creditoria, porque éste es nada más que el correlato de la obligación de otro de pagarme el precio convenido bajo amenaza de sanción. En el caso del derecho de propiedad pasa otro tanto. Mi derecho a usar mi propiedad, por ejemplo, no es sino el correlato de una obligación pasivamente universal que pesa sobre la comunidad en su conjunto, también como condición en caso contrario de una sanción. Hay un sólo sentido en el que para Kelsen la noción de derecho subjetivo goza de autonomía. Lo llama derecho subjetivo en sentido técnico y consiste en la facultad de cualquier individuo de poner en marcha el mecanismo jurisdiccional, aún cuando no tenga en realidad razón para hacerlo, es decir, aun cuando su pretensión sea jurídicamente rechazada. Sería un derecho que no depende de la obligación de otro.² También implica un derecho subjetivo de la misma índole el de naturaleza política, que el individuo lleva adelante cuando participa a través de sus representantes en la formación de las leyes.

Cuando el tema es tratado en la segunda versión de TPD (publicada en 1960), el derecho subjetivo como poder de crear normas implica, según la opinión de Bobbio, una teoría de la producción normativa equiparada a una teoría de las fuentes del derecho. La noción se complejiza en esta segunda versión de la obra, pues aparecen distinciones ausentes en la primera. El derecho subjetivo es visto aquí como permisión simple, como derecho reflejo, como derecho en sentido técnico, como derecho político y como permisión fuerte, v.gr. en el supuesto de la legítima defensa. Por fin, en *La teoría general de las normas*, el derecho autoriza, permite, ordena y también deroga. Ahora bien, definir el poder jurídico como el poder de producir y aplicar normas tiene como consecuencia que los conceptos de norma y de

² En verdad siempre he pensado que en este punto nuestro autor no era consecuente. Porque el derecho del individuo a ejercer la acción jurisdiccional, tiene como correlato la obligación del Juez, que no puede rechazarla sin causa. Otro tanto vale para el órgano de la administración, cuando de lo que se trata es del ejercicio de un derecho político.

poder se entrelacen muy estrechamente, lo que permite pensar a la TPD como una teoría del derecho como norma, pero también de una teoría del derecho como poder. Norma y poder —sostiene Bobbio— aparecen así como dos caras de la misma moneda. Llegado a este punto él afirma literalmente:

[]a norma fundamental de Kelsen, que ha generado tantas discusiones inútiles, tiene la función de cerrar un sistema de estructura jerárquica de normas, de la misma manera y por la misma exigencia lógica por la cual la *summa potestas superiorem non recognocens*, cierra un sistema jerarquizado de poderes. Aquello que puede ameritar reflexión es porqué Kelsen consideró apropiado, a diferencia de la tradición del derecho público, poner en el vértice del sistema no al poder supremo del que obtienen validez todas las normas del sistema, sino a una norma suprema, de la cual obtienen legitimidad todos los poderes.

Dado que sólo una norma puede válidamente proceder de otra norma, una teoría dinámica demanda un principio de autofundación. La norma no obliga porque sea justa, ni porque esté respaldada por la fuerza, sino porque es válida, es decir, deriva de otra norma.

Pero el gran problema del positivismo jurídico ha sido distinguir la orden válida de la que no lo era. Una respuesta podría ser que la orden de un delincuente que me asalta es una orden aislada, que no pertenece a un sistema genéricamente aceptado. Sin embargo, argumenta Bobbio, la orden de un asaltante que pertenece a una banda que se ha dado para sí misma un conjunto de reglas que sus integrantes observan, podría interpretarse como una derivación de esas reglas. Finalmente, entonces, ¿cómo distinguimos un orden jurídico de uno que no lo es? La respuesta de Kelsen es que la primera posee una eficacia generalizada del que el segundo carece. Pero si realmente el canon de la validez termina por remitirse a la generalizada eficacia del conjunto de normas, dice Bobbio, ¿la norma fundamental no termina siendo una ficción?

Más bien afirma se trata de un instrumento ingenioso pero inútil. ¿Por qué no cerrar el sistema con un poder último, en vez de hacerlo con una norma última, si

todo ordenamiento depende de su eficacia y no de su validez? Cómo diría Austin, es derecho lo que de hecho es observado y cumplido.

V. Coda con enigma

Como ya se adelantara, resulta sorpresivo que una cuestión teórica que remite a la base misma de la construcción kelseniana haya recibido un tratamiento tan poco claro por parte de su autor. Que sospechara prácticamente al inicio de su imponente obra que el fundamento último sobre el que se asentaba aquella construcción era distinto del que explicitaba; que a mediados de los años sesenta haya decidido hacer pública la rectificación, pero que por circunstancias fortuitas ella no adquiriera el grado de divulgación que su importancia demandaba y que Kelsen no hiciera otros esfuerzos por dar a conocer sus renovadas conclusiones; y que sólo en su obra póstuma, que seguramente por su avanzada edad debía considerar como su testamento conceptual definitivo, haya decidido volver sobre el asunto.

Como adelanté párrafos arriba Bobbio formula una hipótesis para dar respuesta al enigma. Él piensa que se trata de una decisión política de Kelsen por detrás de la cual —afirma textualmente— campea el ideal del Estado de Derecho. Por mi parte, yo también creo que se trata de una decisión política, pero que no se explica a partir de una especie de ingenua postura democratista, que no calza demasiado con la tradicional rigurosidad intelectual del autor de la TPD. Considerar a la norma fundamental como ficción reposiciona en escena la discusión acerca de la naturaleza del poder y de su relación con el derecho. ¿Era en verdad el derecho un mecanismo de reproducción ideológica y material de las hegemonías sociales, como sostenía el pensamiento de la izquierda de aquel tiempo³ o en cambio, uno que producía paz y permitía previsibilidad de la conducta social, como sostenía la sociología de cuño funcionalista? ¿Era el de finales de la Segunda Guerra un momento propicio como para que un autor de la jerarquía del Kelsen, convocado para la redacción de la Carta de la Naciones Unidas, que ejercía su cátedra magistral en Berkeley, que vivía como exiliado y refugiado político en los Estados Unidos de la

3 Después de Althusser, de Poulantzas, de Foucault, las teorías críticas han propuesto una explicación más compleja y más satisfactoria respecto de esa antinomia simplificadora. Ver CÁRCOVA, C. (2009) "Las teorías jurídicas post positivistas", Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 127 y ss.

guerra fría y del macartismo, desatara una polémica de tanta densidad ideológica? Todo hace pensar que no. Y más tarde, cómo elegir el momento propicio en ese mundo bipolar, confrontativo, tenso, que le tocó en las décadas posteriores. Hay que pensar en algunas palabras que por su carga simbólica caracterizan esos años como, por ejemplo, Cuba, Hungría, Checoslovaquia, el Muro de Berlín, las guerras insurreccionales en distintas geografías del mundo y, en particular, en América Latina, para formular otra conjetura que es por completo justificable: Kelsen prefirió un discreto silencio en defensa propia, de su tranquilidad, de su labor intelectual, de su prestigio. Y si hubiera sido esa la razón de su actitud, creo que estaba en todo su derecho.