

## ORIGEN Y DESARROLLO DEL CONCEPTO DE NORMA FUNDAMENTAL\*

Robert WALTER\*\*

### I

El concepto de la norma fundamental juega, en el marco de la *Teoría pura del derecho*, un papel esencial. Mediante la introducción de una norma precediendo al objeto de conocimiento, dicho objeto adquiere su carácter normativo. Esa norma fundamental, precisamente, confiere al objeto “derecho positivo” su unidad. Es por ello que, actualmente, no se puede pensar en una norma fundamental separada de la Teoría pura del derecho. Sin embargo, esto no siempre ocurrió así.

En los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*.<sup>1</sup> obra aparecida en 1911, en la cual se basa la *Reine Rechtslehre* (Teoría pura del derecho), no encontramos el concepto de norma fundamental. En los *Hauptprobleme* se establece una distinción entre el “ser” (*Sein*) y el “deber ser” (*Sollen*) como formas diferentes del conocimiento —dos mundos separados— marcadamente diferentes y recíprocamente independientes.<sup>2</sup> Asimismo, con ello se deja en claro que a partir de un “ser” no se puede derivar un “deber ser”. Esto permite echar a un lado la teoría, muy difundida entonces, de la “fuerza

---

\* Este artículo es una adaptación de la conferencia dictada por el autor en el Seminario Internacional sobre la obra de Kelsen, organizado por el Institut Stiftung de Viena, la Fiscalía General de la República de Cuba, y la Unión Nacional de Juristas de Cuba, celebrado en la ciudad de La Habana, Cuba. El tiempo transcurrido para la publicación de este artículo no es imputable al autor.

\*\* Profesor miembro del Instituto Hans Kelsen de Viena

<sup>1</sup> Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1911. Se hizo una reproducción fotomecánica (Tubinga, J. C. B. Mohr, 1923). Existe una reimpresión de la edición de 1923 por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1960. Existe versión española de Wenceslao Roces, con introducción de Ulises Schmill: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM-Editorial Porrúa, 1987 (Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 103). NE.

<sup>2</sup> *Vid.: op. ul. cit.*, pp. 7 y s.

normativa de los hechos”.<sup>3</sup> La cuestión del origen del “deber ser” (*Sollen*) es considerada por Kelsen existente más allá de su observación. El punto decisivo es formulado por él de la siguiente manera:

... la cuestión de la creación ... del “deber ser” (*Sollen*) no tiene ... cabida en el punto de vista proyectado sobre el deber ser dentro del método de conocimiento peculiar de éste que es el normativo.<sup>4</sup>

Sin duda, si Kelsen hubiera desarrollado desde entonces el concepto de norma fundamental, nos hubiésemos acercado en ese punto a remitir la existencia del “deber ser” (*Sollen*), ciertamente no al “ser” (*Sein*), lo que hubiera sido imposible, pero sí a una norma superior, claro, a una norma aceptada.

De todas formas, las reflexiones de Kelsen contienen ya lo esencial para la introducción de una norma fundamental, la cual habría de realizarse posteriormente. Por una parte, existe ya la idea de que el “deber ser” (*Sollen*) solamente puede ser derivado de un “deber ser” (*Sollen*) y, por otro lado, el conocimiento de que el problema de la última fundamentación del “deber ser” (*Sollen*) supera los límites la observación científica del “deber ser».

Como para entonces no se había elaborado aún el concepto de norma fundamental, los *Hauptprobleme* concentran su observación en las leyes ya creadas, entendidas como “deber ser” (*Sollen*) y consideran la elaboración de las leyes como un proceso metajurídico, que se encuentra fuera de las consideraciones [científicas].

## II

En el año 1913, Frantisek Weyr,<sup>5</sup> al igual que lo había hecho en un trabajo anterior,<sup>6</sup> se pronunció en favor de la teoría de Kelsen, acercán-

<sup>3</sup> *Vid.: ibidem*, p. 9 y s.

<sup>4</sup> Hemos seguido la traducción de Wenceslao Roces (*Vid.: Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., p. 9). NE

<sup>5</sup> Frantisek Weyr fue partidario de la teoría de Kelsen; autor de numerosos trabajos fundamentales y de importantes contribuciones sobre ella. Fue el principal incursor de la renovación escolar en la Universidad de Brunn (“Brünner Schule”). Consultar sobre Weyr, Merkl, “Frantisek Weyr” en *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, NF 5, 1953; Walter, Robert. “Franz Weyr als deutschsprachiger juristischer Autor”, en *Rechtstheorie*, ..., 1992, p. 149. Kelsen escribe en este prólogo a la segunda edición de “Los Hauptprobleme” que Weyr ha culminado esencialmente una “Teoría pura del derecho” (*Vid.* p. VIII).

<sup>6</sup> Weyr, Frantisek. “Über zwei Hauptpunkte (oder Hauptprobleme (?) *Vid.: Métall*) der Kelsenschen Staatsrechtslehre”, en *Grünhuts Zeitschrift* 40. Band, 1913, p. 175; Reimpreso en Métall, Rudolf Aladar. (Ed.), 33 *Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, ..., ..., 1974. p. 455.

dose, así, a la idea de la norma fundamental. En una recensión a un artículo de Rudolf Laun: *Eine Theorie von naturalischen Recht* (Una teoría de derecho natural),<sup>7</sup> Frantisek Weyr y Hans Kelsen se contaron “entre los representantes más extremos” de aquella dirección “de que ninguna fuente jurídica reconocida puede derivarse de fuente jurídica ulterior alguna”, sino de más allá del derecho dado, que no puede registrarse en términos jurídicos y que, por tanto, se encuentra fuera de toda discusión (Dios, Estado, voluntad del pueblo, etcétera). Él llega a la conclusión de que “constituye una objeción metajurídica..., cuando se enfrenta a un sistema jurídico es responsable de que no se puede aclarar el fundamento de la obligatoriedad del derecho...” Se trata aquí de la “forma de enfoque” del jurista, que no puede seguir demostrándose. Detrás de lo que Weyr ha dado en llamar ‘la forma de enfoque’ del jurista, la que no puede ser más fundamentada, se encuentra, de cierta manera, la idea de norma fundamental, sólo que aún no de manera explícita.

Al año siguiente (1914), Weyr al comentar el trabajo: *Zum Konstruktion des Völkerrechts* (La construcción del derecho internacional),<sup>8</sup> escrito por Alfred Verdross, discípulo de Kelsen, se acerca nuevamente a la concepción de una norma fundamental, cuando, sobre este particular, “cualquier construcción jurídica [porte] sostiene un punto no demostrado y no demostrable”.

### III

Volvamos a Kelsen. En 1914 Kelsen publicó *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung* (Ley del Reich [nacional] y ley del estado federado [local] según la constitución austriaca).<sup>9</sup> Donde trata de esclarecer el derecho constitucional de la monarquía austro-húngara. El problema que se planteó Kelsen fue si debía partir exclusivamente de la Constitución de diciembre de 1867<sup>10</sup> o si se debía tener

---

<sup>7</sup> *Archiv des öffentlichen Rechts*, 30, Band, 1913, p. 369. El tratado de Laun se ocupa de la obra de Jung, *Das Problem des natürlichen Rechts* (... , ..., 1912). Hubo también una reseña de este trabajo, en su primera publicación, de Adolf J. Merkl, en *Österreichischen Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1. Band, 1914, p. 570. En esa reseña se trata asimismo de la función que, para el derecho positivo, desempeña el principio regulativo.

<sup>8</sup> *Zeitschrift für Völkerrecht*, 8. Band, 1914, p. 329.

<sup>9</sup> *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32. Band, 1914, p. 202, véase también, 216 y ss. y 413 ss.

<sup>10</sup> Sobre este particular, véase: Walter, Robert y Mayer, Heinz. *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Viena Manz, 1992. Rz 47.

en cuenta, además, otros actos constituyentes anteriores, como por ejemplo, el *Oktoberdiplom*<sup>11</sup> y el *Februarpatent*.<sup>12</sup> Al mismo tiempo, Kelsen formula, la cuestión del “punto de partida de la construcción jurídica”<sup>13</sup> y explica que “toda construcción jurídica ... tiene que partir de normas determinadas que actúan como proposiciones jurídicas (*Rechtsätze*) válidas”.<sup>14</sup> Kelsen dice:

Hay que partir de cualquier norma suprema presupuesta que, en última instancia, sea válida por sí misma. La cuestión de la validez de esta última, como presupuesto de conocimiento jurídico, [se encuentra],<sup>15</sup> por tanto, por fuera del mismo. Este punto último, entendido como norma suprema presupuesta, se asemeja al punto arquimédico a partir del cual se pone en movimiento el mundo del conocimiento jurídico. Escoger este punto de vista no constituye básicamente una cuestión jurídica, sino una cuestión política...<sup>16</sup>

En el desarrollo de sus investigaciones, Kelsen asume como “norma constitucional suprema, que no deriva de otra superior”, a la Constitución de diciembre de 1867, y añade “que la selección de cualquier punto en que comienza la construcción jurídica [es]<sup>17</sup> más o menos arbitrario. [Es], por tanto, afirma Kelsen, una cuestión... metajurídica escoger qué norma será considerada norma última o suprema de manera que renunciemos a seguir justificando jurídicamente su validez. Toda observación jurídica debe enfrentar en algún momento el punto sobre el cual descansa todo el sistema de la construcción jurídica, apoyado desde afuera”.<sup>18</sup>

Cabe observar qué tanto los trabajos de Kelsen de entonces se acercaron a la idea de la norma fundamental: tiene que haber una norma suprema a partir de la cual deriven las demás, cuya selección y la aceptación de su validez sean una decisión metajurídica. Lo que separa aún a esta construcción de Kelsen de la doctrina de la norma fundamental, que elabora posteriormente, es que aún no distingue entre la norma jurídico-positiva suprema (la “Constitución en sentido jurídico-positivo”) y una norma presupuesta (la “Constitución en sentido lógico-jurídico”). El propio Kelsen hace referencia a este hecho en el prólogo a la

<sup>11</sup> Sobre este particular, véase: Walter, Robert y Mayer, Heinz. *op. ul. cit.*, Rz (?) 35.

<sup>12</sup> Sobre este particular, véase: Walter, Robert y Mayer, Heinz, *op. ul. cit.*, Rz 39.

<sup>13</sup> *Vid.*: *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, cit.*, pp. 215.

<sup>14</sup> *Op. ul. cit.*, p. 216

<sup>15</sup> Los corchetes se encuentran en el original alemán. NE.

<sup>16</sup> *Vid.*: *Ibid.*, p. 217.

<sup>17</sup> Los corchetes se encuentran en el original alemán. NE.

<sup>18</sup> *Vid.*: *Ibid.*, pp. 413 y s.

segunda edición de los *Hauptprobleme*<sup>19</sup> y añade que Alfred Verdross había desarrollado, considerablemente, sus propias consideraciones. Antes de profundizar sobre ese particular queremos llamar la atención acerca de un concepto paralelo, que no cae dentro de la Teoría pura del derecho.

#### IV

En el año 1913 apareció el conocido libro de Walter Jellinek: *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung* (La ley, su aplicación y su finalidad),<sup>20</sup> donde presenta, de modo interesante, la idea de enunciados supremos a todo orden jurídico.<sup>21</sup> Jellinek considera que el constituyente se encuentra de cierto modo limitado, fenómeno que solamente puede ser explicado “mediante proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*) superiores, de manera que las disposiciones de las respectivas instancias supremas, sean derecho”; así se llega “a la proposición suprema de todos los ordenes jurídicos”,<sup>22</sup> la cual Jellinek diferencia de todos los demás enunciados del derecho positivo. Jellinek señala, también, que, de cierta forma, es algo presupuesto: “... es una necesidad gnoseológica (*Denknotwendigkeit*)”.<sup>23</sup> Lo que diferencia a esta “proposición suprema” de la norma fundamental es el fuerte vínculo que establece Jellinek entre ella y el “poder supremo”.

Kelsen, posteriormente, criticó elogiosamente la teoría de Jellinek —la cual, evidentemente, desconocían los autores de la escuela de Viena— señalando, sin embargo que Jellinek había mezclado la realidad natural con la realidad del derecho;<sup>24</sup> esta objeción, aunque no la refuta no le permite afirmar qué tanto separa a Jellinek de la idea de la norma fundamental.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*<sup>2</sup>, cit., xv (Vid: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., p. lv. NE.

<sup>20</sup> Tubinga, 1913. Existe una reimpresión de la edición de 1913 por Scientia verlag Aalen, Darmstadt, 1964.

<sup>21</sup> *Op. ul. cit.*, pp. 26 y s.

<sup>22</sup> *Vid.: Ibid.*, p. 27.

<sup>23</sup> *Vid.: Ibid.*, p. 28.

<sup>24</sup> *Vid.: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), se hizo una reproducción fotomecánica por la misma editorial en 1928. Existe reproducción de la edición de 1928 por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1960. NE.) p. 97 y s Anm 1.

<sup>25</sup> Später hat Kelsen, ha denominado a la teoría de Jellinek un “pensamiento paralelo original”, en *Recht, Rechtswissenschaft und Logik*, *Archiv für Rechts- und Sozial Philosophie*, LII Band, 1966, p. 549. (Existe versión española de Ariel Peralta García: “Derecho, ciencia del dere-

## V

Pasemos ahora al trabajo de Alfred Verdross,<sup>26</sup> el cual constituyó su aporte a la discusión, e hizo decir a Kelsen que Verdross “continuó desarrollando profundamente” la teoría de norma fundamental. Este trabajo de Verdross fue publicado bajo el título *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers* (Sobre el problema de la subordinación del legislador al derecho).<sup>27</sup> En este trabajo, básicamente dedicado a otro tema,<sup>28</sup> Verdross parte de la materia jurídica dada, para cuya descripción parte de ideas científico jurídicas, entendidas como hipótesis científicas, que llama fundamentación (*Grundlegung*).<sup>29</sup> Cada presunta fundamentación tiene que permitir la descripción del material jurídico en su totalidad”. De ahí que sea a lo sumo, una “hipótesis” (“una suposición hipotética”)<sup>30, 31</sup>

---

cho y lógica”, en revista Jurídica del Poder Judicial del Estado de Morelos[México], Cuarta Época, núm. 6, mayo –1991, pp. 25-33). Jellinek ha reiterado después la idea de “una proposición superior” a todo orden jurídico. Comparar, por ejemplo, *Verwaltungsgesetzgebung* (1931) 16; en ambas obras confirma que su proposición esencialmente es, nada menos, como la norma originaria de Kelsen. En el *Verwaltungsrecht*<sup>3</sup> (1931) 119, Anm I, observa que ha reflexionado una vez mas acerca del problema...” Sin embargo otros trabajos de Jellinek muestran que no hizo ninguna otra formulación de sus ideas. Confrontar los trabajos de Jellinek en: GEDS W. Jellinek (1955) pp. 647 y ss. En el artículo *Hans Kelsen und Rudolf Smend*, en (DJZ, 20, 1952), Jellinek realza a la norma originaria de Kelsen y dice que responde a “una urgente necesidad lógica” (p. 21). Sobre el paralelismo y diferencia de las construcciones de Kelsen y Jellinek, véase Walz, *Die Ursprungsnorm im System des Staats- und Völkerrechts*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 19. Band, 1930, p. 1.

<sup>26</sup> Sobre la persona, véase: *Seidl-Hohenveldern...*, “Alfred Verdross (1890-1980)”, en; Brauneder, Wilhelm (Hrsg), *Juristen in Österreich*, Viena, Orac, 1987, p. 304.

<sup>27</sup> en *Juristischen Blätter*, 45, Jhg., 1916, pp. 471-483. El trabajo se publicó el mismo año en forma de separata.

<sup>28</sup> El objeto principal del escrito era contestar a la pregunta de si un orden jurídico permanecía inalterable ante las proposiciones jurídicas”, lo cual había negado de manera interesante (*Juristische Blätter*, 1916, p. 387). Esto, visto al través de la suposición —infundada— del dogma de una soberanía del legislador. Verdross muestra entonces que la pregunta sobre la modificación de las normas jurídicas debe ser contestada con base en el derecho positivo. La suposición de Weyr, con respecto a la soberanía incompatible del Estado, de que una regla dispositiva del legislador estatal sea retirada, la califica Verdross, a causa de la inadmisibile materia jurídica seleccionada, con un dogma (p. 472). Contra la concepción de Weyr se ha pronunciado también Adolf Merkl (*Die Unveränderlichkeit von Gesetzen ein normologisches Prinzip*, en *Juristische Blätter*, 1917, p. 109). Verdross muestra también muy claramente el sistema (comprendido en la hipótesis) del orden positivo: “Así se conceptúa finalmente la totalidad del orden estatal en la Constitución, de la cual derivan todas las autorizaciones y todas las obligaciones...” p. (485).

<sup>29</sup> “Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers” *cit.*, p. 472.

<sup>30</sup> En cuanto al fundamento filosófico, Verdross se remite al Idealismo crítico”, en particular a “las investigaciones fundamentales de Hermann Cohen: *Logik der reinen Erkenntnis* (Berlín, 1908) und Paul Natorp: *Die Logik der exakten Wissenschaften*”.

<sup>31</sup> Verdross se había aproximado a la idea de una norma fundamental; en el mismo año (1916) publicó su ensayo: *Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen in ihrer Bedeutung*

## VI

En 1917 Leonidas Pitamic<sup>32</sup> en su ensayo: *Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft*<sup>33</sup> (Presupuestos de la ciencia del derecho) dio nuevo sesgo a la teoría de la norma fundamental: Pitamic parte del hecho de que “entre la norma suprema de un sistema... debido, precisamente, a ser ella la última fundamentación lógica de la validez de las demás normas que le están subordinadas, no [puede]<sup>34</sup> seguir siendo derivada, sino que su validez sólo puede presuponerse”. A la cuestión de la selección del punto de partida (es decir, la cuestión de qué norma, de todos los posibles sistemas de normas, será norma suprema), la respuesta es que “cualquiera, la que se aplique con mejor consonancia a los hechos reales... que resultan de las ideas del “deber ser” (*Sollvorstellungen*), por ende, la que pueda ser considerada la más económica”.<sup>35</sup> [gnoseológicamente hablando].

Pitamic reconoce que él asume con su solución una norma sobre cómo proceder al presuponer la norma suprema,<sup>36</sup> considerando a esa norma, por tanto, como una “norma gnoseológica “un principio del pensamiento””.<sup>37</sup>

---

*für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie*, en *Juristische Blätter*, 1916, pp. 121, 134, Verdross acentúa la importancia que tiene, para la confrontación jurídica, volver a plantear el problema de la “suposición fundamental” (“bases de construcción”, “presuposiciones”, “suposiciones”, p. 121. La “suposición fundamental” es “siempre una presuposición metajurídica ... indemostrable” p. 123. Sólo es posible fundar un orden jurídico eficaz sobre la base de consideraciones finalistas, p. 134. Resulta interesante en esta opinión el uso del término “norma fundamental”; es cierto que es utilizada para la Constitución en el sentido jurídico positivo, o sea cuando un autor ha buscado “primero una ley fundamental”, una norma fundamental, una fuente constitucinal superior, es decir, cuando ha investigado, por medio de proposiciones jurídicas, las bases que sostienen la construcción jurídica, 122: Verdross se ha esforzado más tarde, particularmente en relación con la construcción del Derecho internacional, para lograr una formalización y conceptualización adecuadas a la norma fundamental (comparar sobre esta materia, por ejemplo, Walz, *Die Ursprungsnorm im System des Staats- und Völkerrechts*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 19. Band, 1930, p. 1. Verdross abandonó pronto —como Walz también señala— el suelo del positivismo jurídico crítico y se dedicó a especular acerca de una “norma fundamental jusnaturalista”. Consultar, ahí mismo p. 52).

<sup>32</sup> Sobre la personalidad de Pitamic, se puede consultar Walter, Robert. “Die Lehre des Verfassungs- und Verwaltungsrechts an der Universität Wien von 1810-1938”, en *Juristische Blätter*, 1988, p. 620.

<sup>33</sup> *Österreichische Zeitschrift Für Öffentliche Rechts*, 3. Band, 1917, p. 339.

<sup>34</sup> Los corchetes se encuentran en el original alemán. NE

<sup>35</sup> *Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft*, cit., p. 347.

<sup>36</sup> *Vid. op. ul. cit.*, p. 355

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp. 355 y s.

Kelsen reconoció abiertamente la aportación de Leonidas Pitamic,<sup>38</sup> aunque realmente no puede ser considerada como una continuación. La cuestión de la selección de la norma suprema del conocimiento jurídico puede conducir a aplicaciones las cuales, con toda posibilidad, serán “interesantes” y se les pueda llamar a estas “economognoseológicas del pensamiento”. Dichas reflexiones, las más de las veces, traen como resultado que los órdenes coactivos efectivos sean descritos como órdenes jurídicos normativos. No obstante, no se puede encontrar una “norma gnoseológica” que lo pueda hacer. Una norma “económica” requiere, por cierto, de una fundamentación con respecto a un propósito determinado. Y la determinación de ese propósito es, nuevamente, una cuestión de decisión.<sup>39</sup>

## VII

En 1920 Kelsen publica su libro: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*,<sup>40</sup> obra concluida desde 1916.<sup>41</sup> Desde el prólogo, Kelsen destaca que es esencial para su teoría que “el derecho concluya en una norma descriptiva, general, suprema, que, como origen lógico, a manera de hipótesis jurídica, confiera validez a la autoridad constitucionalmente establecida” de forma “que la validez jurídicamente relevante de la constitución

---

<sup>38</sup> En el prólogo a la segunda edición de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1923) Kelsen escribe que Pitamic “ha hecho una contribución valiosa sobre el problema de la determinación de la norma fundamental, entendida como el supuesto del conocimiento jurídico...” p. xv.

<sup>39</sup> Posteriormente, Pitamic ha sostenido, en *Die frage der rechtlichen Grundorm, Festschrift Für Alfred Verdross*, Viena, Spinger Verlag, 1960, p. 207 que un principio económico no puede presentar solución satisfactoria alguna *Vid. Ibid.*, p. 210. Ciertamente exagera la pretensión, que puede ser ubicada en una situación tal, cuando critica a ésta, pues no es posible explicar la “cualidad obligatoria” de las normas jurídico coactivas” *Vid Ibidem.*, p. 210. Esto es ciertamente correcto, por supuesto que siempre se puede probar la existencia de un “principio económico” mediante una interpretación finalista, pero no un deber válido, de lo contrario, el principio económico reemplazaría a la norma asentada sobre la norma fundamental. Las reflexiones de Pitamic lo conducen —por un camino aún no investigado, si bien metódico-crítico— a la conceptualización de una norma fundamental objetiva, que debe justificar aquel orden eficaz, que es “humano”. Esta norma jurídica fundamental, empero, nada tiene que hacer con la norma fundamental de una teoría del derecho, puesto que entre ellas existe una oposición total como la que hay entre las doctrinas del derecho natural y la teoría del positivismo jurídico.

<sup>40</sup> Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), se hizo una reproducción fotomecánica por la misma editorial en 1928. Existe reproducción de la edición de 1928 por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1960.

<sup>41</sup> *Vid. op. ul. cit.*, p. viii.

derive de la norma de origen presupuesta”.<sup>42</sup> Solamente un “dogmatismo acrítico podría imaginar posible un sistema de derecho positivo sin presupuestos”; son, por consiguiente, los consabidos a priori —relativos— de este sistema. Kelsen lo logra siguiendo la filosofía trascendental de Kant.<sup>43</sup>

En el curso de sus investigaciones Kelsen habla de ‘la hipótesis jurídica de la norma originaria’,<sup>44</sup> así como de ‘la constitución en sentido lógico-jurídico’, de ‘la norma originaria’, de ‘la última fuente del sistema de derecho’.<sup>45</sup> Ciertamente, “la selección del presupuesto jurídico fundamental puede ser considerada... en principio, arbitraria”.<sup>46</sup> No obstante, la economía del conocimiento pudiera proponer (*darstellen*) un principio general que presuponga válido un orden efectivo. Se puede tener por válida una pretensión con la cual se reconozcan los más posibles estados de cosas como normas (*normentsprechen*) y, por consiguiente, válidos (*wertvoll*).

Kelsen prosigue en esta dirección a partir del trabajo de Pitamic ya mencionado.<sup>47</sup> Pero, aunque los argumentos de Kelsen son más cuidadosos y sutiles, no se encuentra la buscada fundamentación “extra-jurídica” en un principio economognoseológico.

En realidad, no es dable ninguna fundamentación obligatoria, mas que una interpretación de los estados de cosas como normas. Kelsen habría de abandonar el recurso a este argumento. En la *Allgemeine Theorie der Normen* (Teoría general de las normas),<sup>48</sup> se lee: “la norma fundamental puede, pero no tiene que, estar presupuesta”. Se trata de una norma fundamental porque no se puede profundizar en el cuestionamiento del fundamento de su validez.<sup>49</sup>

También en la segunda edición de la *Reinen Rechtslehre*<sup>50</sup> Kelsen dice en cuanto a la norma fundamental que “su validez no puede ser

<sup>42</sup> *Vid. op. ul. cit.*, p. vii.

<sup>43</sup> *Vid. Ibid.*, p. viii

<sup>44</sup> *Vid. Ibid.*, p. 93.

<sup>45</sup> *Vid. Ibid.*, p. 94.

<sup>46</sup> *Vid. Ibid.*, p. 97.

<sup>47</sup> *Vid. Ibid.*, pp. 98 y ss.

<sup>48</sup> Editado por Kurt Ringhofer y Robert Walter, Viena, *Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung*, 1979. No existe versión española aún, pero existe versión italiana de Mirella Torre con un estudio preliminar de Mario Lozano: *Teoría generale delle norme*, Turín, Giulio Einaudi editore, 1985. También existe una excelente versión inglesa de Michael Hartney: *General Theory of Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1991. NE.

<sup>49</sup> *Op. cit.*, p. 206. (*Vid.*: *General Theory of Norms, cit.*, p. 255.

<sup>50</sup> *Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage*, Viena, Franz Deuticke Verlag, 1960. (Reimpresa por la misma editorial en 1983. Existe versión española de Roberto J. Verengo, con Presentación de Rolando Tamayo y Salmorán: *Teoría pura del derecho*, México,

más cuestionada”.<sup>51</sup> Un fundamento ulterior ha de abandonarse. Pero, desde la primera edición de la *Reinen Rechtslehre*<sup>52</sup> ya no se habla más de un principio económico.<sup>53</sup> En el mismo sentido en la *Allgemeine Staatslehre*,<sup>54</sup> donde se dice que sobre esta norma fundamental... no se puede buscar más allá.<sup>55</sup>

## VIII

El ulterior desarrollo de la doctrina de la norma fundamental correspondió esencialmente a Kelsen. En esa etapa de desarrollo no se trataba ya de los rasgos característicos de la norma fundamental ni de su función en el sistema de la Teoría pura sino de su ubicación filosófica.

a) En su *Allgemeine Staatslehre*, publicada en el año 1925, Kelsen introduce la norma fundamental, sin referencia filosófica, como *hypothese* o *hypothesis* y la llama ‘norma hipotética’ presupuesta. “En cuanto hipótesis, tiene que ser introducida por el conocimiento jurídico para poder comprender como elementos del mismo sistema de “derecho”, tanto el material que ha de ser calificado de jurídico, como los hechos que han de ser interpretados como actos jurídicos”.<sup>56</sup> Con la norma fundamental se trata simplemente “de afirmar, desde un punto de vista re-

---

UNAM., Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979 (con sucesivas reimpresiones). Primera edición de editorial Porrúa, S.A. 1991 (con sucesivas reimpresiones).

<sup>51</sup> *Op. cit.*, p. 197. (*Vid.*: Teoría pura del derecho, *cit.*, p. 202).

<sup>52</sup> La primera edición de la *Reine Rechtslehre* apareció con el subtítulo: *Einleitung in die rechtswissenschaftliche problematik*, Leipzig y Viena, Franz Deuticke Verlag. Reimpresión por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, en 1985 con un prólogo de Stanley L. Paulson. Existe versión española de Jorge G. Tijerina: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, con Introducción de Carlos Cossío, Editorial Lozada, S.A., 1941 (Reimpresión por la misma editorial en 1946 y, posteriormente en México por Editora Nacional 1981). Esta traducción fue precedida por la publicación de un trabajo inédito en alemán traducido por Luis Legaz y Lacambra: *La teoría pura del derecho. Método y conceptos fundamentales*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1933 (reimpreso en México por Colofón, S.A., 1989). **NE.**(En lo sucesivo se cita: *Reine Rechtslehre*).

<sup>53</sup> *Vid. op. ul. cit.*, p. 66. (*Vid. La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho, cit.*, p. 99).

<sup>54</sup> *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften*, 23. Band, Berlín, J. Springer, Berlín, 1925. Existe versión española de Luis Legaz y Lacambra: *Teoría general del Estado*, Barcelona, Editorial Labor, S.A. 1934. (Reimpresión en México por Fondo de Cultura Económica, 1948 y, posteriormente, por Editora Nacional, 1959, 1965 y 1974).

<sup>55</sup> Véase: *Op. cit.*, p. 104. *Zutreffend wird dies von H. Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* (LUGAR..., EDITORIAL..., 1990, p. 122 Anm 195

<sup>56</sup> *Vid.*: *Allgemeine Staatslehre, cit.*, p. 104. Hemos seguido la traducción de Luis Legaz y Lacambra, *Vid.*: *Teoría general del Estado, cit.*, p. 135.

lativamente hipotético y formal, que... unos tienen derecho de mandar y otros están jurídicamente obligados a obedecer”.<sup>57</sup> La norma fundamental se califica, también, de “supuesto hipotético”.<sup>58</sup>

Las explicaciones de Kelsen permiten conocer que la expresión ‘hipótesis’ [en el marco de la teoría pura del derecho]<sup>59</sup> no tiene el sentido que posee dentro del de las ciencias exactas, fundamentalmente no en el sentido de que [la hipótesis], de alguna manera, pudiera verificarse.<sup>60</sup> Es por ello que Kelsen habla también de una “hipótesis referida al material del derecho positivo, por analogía con la hipótesis de las ciencias exactas”.<sup>61</sup> Se trata, por tanto, de un presupuesto que Kelsen califica de “hipotético”, porque no es coactiva, no tiene que ser realizada, sino, solamente, puede ser realizada. Ahora bien, si era apropiado hablar de *hypotheses* y no, continuamente, de *hypothesis*, queda en suspenso. Pero lo que resulta obvio es que con norma fundamental se entiende una norma que se antepone al derecho positivo, es simplemente asumida y no es demostrable.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> Vid.: *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 251. Hemos seguido la traducción de Luis Legaz y Lacambra, Vid.: *Teoría general del Estado*, cit., p. 328.

<sup>58</sup> *Ibid.*, *Ibid.* En relación con la exposición de la norma fundamental Kelsen indica que la doctrina iusnaturalista encuentra en el contrato que fundamenta el Estado (contrato originario o contrato fundamental) a un necesario sustituto de la norma fundamental. Cf. *ibid.*, p. 250; *Ibid.*, pp. 328-329.

<sup>59</sup> Lo que se encuentra entre corchetes no aparece en el original.

<sup>60</sup> Kelsen habla —al parecer indistintamente— de *Hypothesis* según su finalidad, si se entiende siguiendo a Eisler... (*Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, ..., ..., 1927, p. 647), sería un “juicio fundamental como suposición fundamental, presuposición, fundamentación de sus proposiciones consecuentes, condición a priori del conocimiento”. En este sentido se puede denominar absolutamente a la norma fundamental como “hipótesis”.

Sin embargo, es oportuno observar que la palabra “hipótesis”, utilizada también por Kelsen, siempre es considerada en la conceptualización filosófica como un recurso auxiliar, privativo del pensamiento de las ciencias empíricas. Eisler ... (*Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, cit., p. 644), da a la palabra no sólo la significación de la “formulación de un principio para la explicación de los hechos”, sino también las de “presuposición” y “suposición”. También Stockhammer, Morris, *Philosophisches Wörterbuch*, Essen, Magnus Verlag, 1980, p. 159 se ocupa del significado de la hipótesis en las ciencias naturales y en las del espíritu. Rescher, por su parte... (*Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basilea- Stuttgart, Schwabe & Co. Verlag, 1974, B. III, p. 1260), se refiere tanto a la Hypothese —como a la Hypothesis— y las interpreta no sólo como resultados de las ciencias naturales sino también como suposiciones.

<sup>61</sup> Vid.: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*<sup>2</sup>, cit., p. xv (Vid.: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., p. iv. NE.

<sup>62</sup> Kelsen ha explicado (*Recht, Rechtswissenschaft un Logik*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 52, Band, 1996, p. 547.- p. 31 de la traducción de este ensayo citada en la nota 25) que quiere expresar con el término “hipótesis” que la norma fundamental no es ninguna ley, sino una norma presupuesta. La palabra “hipótesis” significa originariamente “suposición”.

b) En la primera edición de la *Reine Rechtslehre* Kelsen califica a la norma fundamental de “presupuesto fundamental” (*Grundvoraussetzung*)<sup>63</sup> y de “fundamento hipotético” (*hypothetischen grundlage*).<sup>64</sup> La denominación “hipotético” tenía manifiestamente hacer claro que su validez no es demostrable, puesto que, igualmente, más adelante se dice que “bajo el presupuesto de que ella vale, vale, también, el orden jurídico que descansa en ella”.<sup>65</sup> Más adelante se dice —donde vuelve a manifestarse un acento kantiano— que con la teoría de la norma fundamental se ponían al descubierto “las condiciones lógico-trascendentales del método positivo que se aplica, desde siempre, al conocimiento jurídico”.<sup>66</sup>

Kelsen se mantiene en la línea de que la norma fundamental es presupuesta a los órdenes efectivos, que, ciertamente, es una reflexión útil, sin que haya aclarado mayormente este concepto.

c) Con su libro *General theory of law and State*, publicado en 1945, Kelsen dio a conocer su teoría al mundo de habla inglesa. En el prólogo señala que la norma fundamental es “una hipótesis jurídica” (*a juristic hypothesis*),<sup>67</sup> en el texto se habla de que la (norma “fundamental”) (*basic norm*) debe ser “presupuesta válida” (*presupposed as valid*).<sup>68</sup> En dicho trabajo se dice, también, de la norma fundamental que es “norma hipotética presupuesta” (*a hypothetical, presupposed norm*), con lo que se observa que el [carácter] hipotético de la norma [fundamental], reside en que no se “conoce” sino que sólo se “presupone”.<sup>69</sup>

<sup>63</sup> Vid. *Op. cit.*, p. 65. En la versión española aparece la expresión ‘supuesto fundamental’. (Vid.: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, cit., p. 98).

<sup>64</sup> Vid. *Op. cit.*, p. 66. (Vid.: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, cit., p. 99).

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 66. (Vid.: *Ibid.*: p. 99).

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 67. (Vid.: *Ibid.*: p. 100).

<sup>67</sup> (Trad. de Anders Wedberg, Cambridge Mass. Harvard University Press, 1945 con el *Appendix: Natural Law Doctrine and Legal Positivism*, trad. por Wolfgang Kraus, versión inglesa de *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, Pan-Verlag, R. Heise, 1928 (Kant-Gesellschaft, 31); obra reimpressa por Russell & Russell, Nueva York, 1961. Existe versión española de Eduardo García Maynez: *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1949. La segunda edición apareció en 1958 y se ha reimpresso en 1969, 1979, 1983 y 1988). (En lo sucesivo se cita: *General Theory*). NE. Vid.: *General Theory*, p. xv. (Vid.: *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. vii).

<sup>68</sup> Vid. *General Theory*, p. 111. (Vid.: *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 129; Véase, también, *Ibid.*, p. 116 (*Ibid.*, p. 137).

<sup>69</sup> Vid.: *Ibid.*, p. xv, 115 y s y 401. (*Ibid.*, p. vii. 137 y El *Appendix: Natural Law Doctrine and Legal Positivism*, no se encuentra en la versión española)

d) En la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen llama la norma fundamental de norma “presupuesta” (*vorausgesetzte*),<sup>70</sup> con el mayor cuidado, explica que la norma fundamental opera, “si cabe recurrir *per analogiam* a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento, como la condición lógico-trascendental” de la interpretación de un orden jurídico. Por ello, aclara:

Así como Kant pregunta: ¿cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos?... la Teoría pura del derecho se pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza,... de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas objetivamente válidas, descritas en proposiciones jurídicas? La respuesta gnoseológica de la Teoría pura del derecho es: bajo condición que se presuponga la norma fundamental.<sup>71, 72</sup>

En este contexto se señala, también, que la norma fundamental no es una norma deseada, sino una norma pensada”.<sup>73</sup>

e) Tras la publicación de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, en 1960, comienza un desarrollo que concluye en 1979, con la *Allgemeine Theorie der Normen*.<sup>74</sup> No se trata de la función de la norma básica, la cual se ha mantenido igual durante todo el tiempo del desarrollo de la Teoría pura del derecho, sino de su correcta calificación gnoseológica.<sup>75</sup> Dicha calificación la encuentra Kelsen, finalmente, en la filosofía del *Als-ob* (del como-si). Esta es la doctrina del filósofo neokantiano

<sup>70</sup> *Op. cit.*, pp. 199 y ss. (204 y ss.)

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 205. (*Vid.: Teoría pura del derecho, cit.*, pp. 209-210. Hemos cambiado un par de expresiones a la traducción de Roberto Vernengo).

<sup>72</sup> Kelsen, (*Recht, Rechtswissenschaft und Logik, cit.*, p. 551 pp. 31-32 de la traducción de este ensayo citada en la nota 25) ha explicado su posición aun ahí y observado que “La palabra “trascendental” tiene una significación teórica-cognoscitiva. Según Kant, un conocimiento es “trascendental si está dirigido no a los objetos sino a la posibilidad de su conocimiento”, citando a Eisler ..., *Wörterbuch der philosophischen Begriffe, cit.*, B. t. III, 258.

<sup>73</sup> La opinión de que la norma fundamental sea una norma “pensada”, o sea el sentido de un acto del pensamiento, la expresa Kelsen posteriormente; opina que una norma sólo puede ser el sentido de un acto de voluntad y, por tanto, no puede ser conceptualizada como el sentido de un acto del pensamiento. La norma fundamental ciertamente es el sentido de un acto de voluntad fingido. El viraje de esta opinión se encuentra en Kelsen, *Logisches und metaphysisches Rechtsverständnis, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 18. Band, 1968, p. 25, pero se preparaba ya en: *Zum Begriff der Norm*, en *Festschrift für Nipperdey (... 1965)*, 57 ff. y en: *Die Funktion der Verfassung*, Verhandlungen des 2. Österreichischen Juristentages II/7 (1964) 70 f.

<sup>74</sup> Véase, en particular: d) *Die Grundnorm - Eine fingierte Norm*. (pp. 206 y ss.). (D. *The Basic Norm Is a Fictitious Norm (Vid.: General Theory of Norms, cit.*, p. 256).

<sup>75</sup> Las cursivas son del original.

Hans Vaihinger (1852-1933)<sup>76</sup> quien, precisamente, propuso la introducción de suposiciones contrarias a la realidad (*wirklichkeitwidrige Annahmen*), es decir, ficciones,<sup>77</sup> para alcanzar un propósito del conocimiento (Denkziel).

La norma fundamental, ahora, puede ser descrita —lo que hace Kelsen en su última teoría— como una ficción en el sentido de la filosofía de Vaihinger. Consecuentemente, la norma fundamental, en realidad, no existe, únicamente se asume su existencia; es, más bien, un supuesto contrario a la verdad (*wirklichkeitswidrige*).

Vaihinger con la exposición ‘ficciones’ se refiere a los [conceptos] herramientas cognocitivo a las cuales se recurre cuando, no puede alcanzarse el propósito cognocitivas (*Denkzweck*), con el material dado. Vaihinger distingue entre ficciones: las que únicamente no corresponden con la realidad, (“semificciones”) y las que, además, son contradictorias (*widerspruchvoll*) en sí mismas, las “ficciones verdaderas”. Kelsen consideró a la norma fundamental entre las “verdaderas ficciones”, ya que “no sólo contradice la realidad”..., sino que “representa el facultamiento (*Ermächtigung*) de una autoridad jurídica o moral suprema, con lo que surge una autoridad que, aunque sólo ficticia, se coloca por encima de esa autoridad establecida”<sup>78, 79</sup>.

La calificación de *hypothese* en el sentido de la filosofía de Vaihinger, es rechazada por Kelsen, lo que resulta acertado, toda vez que para Vaihinger, bajo la expresión *Hypothese*, indica supuestos verificables,<sup>80</sup> la norma fundamental, sin embargo, no lo es.<sup>81</sup> Kelsen, anteriormente,

---

<sup>76</sup> Sobre Vaihinger consultar por ejemplo, Schmidt-Schischkoff, *Philosophisches Wörterbuch*<sup>22</sup> Stuttgart, Krüner Verlag, 1991, p. 750. La obra de Vaihingers, a la cual se refiere Kelsen, es su *Philosophie des Als-Ob* 7,8 Leipzig, 1922. Existe una reimpresión de la edición 9./10 de 1927 por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1986.

<sup>77</sup> Las cursivas son del original.

<sup>78</sup> *Vid.*, *Allgemeine Theorie der Normen*, *cit.*, p. 207. *Vid.* (*General Theory of Norms*, *cit.*, p. 256).

<sup>79</sup> La diferenciación de ambos actos de ficciones, en Vaihinger, no es muy clara; al hablar de ella, afirma que existe una transición constante y paulatina entre ambas... ficciones (*Die Philosophie des Als-Ob* [...], 1922] p. 123). Kelsen interpreta que Vaihinger considera a las ficciones prácticas como “transiciones” hacia las ficciones auténticas y ellas regulan a éstas (*Vid.* p. 123).

<sup>80</sup> *Vid.*, pp. 143 y ss.

<sup>81</sup> Cuando Kelsen dice, en esta relación que ha denominado ocasionalmente a la norma fundamental como hipótesis, es claro que no la ha entendido en absoluto como hipótesis en el sentido de Vaihinger.

Vaihinger mismo habla de que “la ficción como hipótesis” parecería extensamente muy semejante, pues ambos hechos no están siempre estrictamente separados (*Die Philosophie des Als-Ob* 7, 8, 1922) p. 143.

había hablado, de una *Hypothese* (o *Hypothesis*) aunque en un sentido completamente distinto, refiriéndose a un simple presupuesto.<sup>82</sup>

Resumiendo podemos decir que haber recurrido a la filosofía de Vaihinger no arroja luz.<sup>83</sup> La norma fundamental continúa siendo lo que era: un supuesto —ahora llamado ficción—. Calificarla como tal [como supuesto], sin referencia a ningún orden filosófico, ha sido una propuesta mía desde hace mucho tiempo.<sup>84</sup>

## IX

Para finalizar debemos presentar nuestra posición con respecto al carácter trascendental de la norma fundamental, [carácter] frecuentemente señalado por Kelsen.

Kant llama ‘trascendental’ al conocimiento que “no se ocupa de los objetos... sino del modo de conocer los objetos”.<sup>85</sup> Las reflexiones de la Teoría pura del derecho se ocupan de un objeto normativo: “el derecho positivo y lanza la cuestión de ¿cómo es posible conocer un objeto de ese tipo? Esto se considera posible cuando se presupone la norma fundamental. Con respecto a las consideraciones de Kant en torno al conocimiento trascendental podemos decir, en principio, que sólo se

---

<sup>82</sup> Todo indica en este aspecto que Verdross ha conceptualizado a la suposición fundamental, en primer lugar, como “hipótesis científica” y como “hipótesis” simplemente (“suposición hipotética”). (Comparar, arriba III). No obstante, después ha formulado, de manera singular, objeciones contra la tesis que interpreta en la misma norma fundamental como hipótesis: Alfred Verdross, *Die Rechtstheorie Hans Kelsen*, en *Juristische Blätter*, 59. Jhg., 1930, p. 423; en ésta, escribe que las hipótesis científicas “están expuestas allí en la plaza, donde pueden ser aceptadas o rechazadas mediante la experiencia correspondiente”. Consultar al respecto también a Kunst, *Zu Kelsens Rechtslehre* y a Walter, *Aufbau der Rechtsordnung*, en *ÖJZ*, 1965, p. 314.

<sup>83</sup> Para estudiar las críticas a las tesis que estiman a la norma fundamental como ficción, en el sentido de la filosofía de Vaihinger consúltese : Stewart, *The Critical Legal Scienc of Hans Kelsen*, en *Journal of Law and Society*, vol. 17, 1990, p. 273; y Stewart, *The Basic Norm Fiction*, en *The Juridical Review*, 1980, p. 199. Para la descripción del desarrollo crítico de este tema, véase: Leser, *Die Reini Rechtslehre im Widerstreit der philosophischen Ideen*, en: *Die Reine Rechtslehre in Wissenschaftlicher Diskussion (Schriftenreihe von Hans Kelsen Institut VII, 1982 p. 101*. Igualmente, R. Dreir, *Bemerkungen zur thoerie der Grundnorm*, en la misma serie de escritos citada, p. 38 f.

<sup>84</sup> Vid.: *Kelsen Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 18. Band, 1968, p. 339. También Werner Krawietz, *Grundnorm*, en: *Historisches Wörterbuch del Philosophie*, 3, 1974, pp. 914 y ss., da a la norma fundamental la connotación de “hipótesis”: utiliza este concepto bajo la conciliación de “hipótesis” y “ficción” (vid. *ibid.* p. 920).

<sup>85</sup> Kant, *Kritik der Reinen Vernunft*, B 25; Schmidt..., - Schischkoff..., *Philosophisches Wörterbuch*<sup>22</sup>, cit., 1991, p. 733.

establece una relación paralela con algunas de las consideraciones de la Teoría pura del derecho, por ejemplo las consideraciones de Kant sobre el conocimiento de la naturaleza, sirven a la Teoría pura del derecho en el conocimiento de la norma. Kelsen, acertadamente, ha hablado de aplicación analógica de la teoría del conocimiento de Kant.<sup>86</sup> Como sea, se trata de consideraciones trascendentales que conducen a la admisión de la norma fundamental, de manera que su caracterización como “presupuesto trascendental” es más que acertada. Existe una diferencia decisiva con respecto al programa trascendental de Kant; lo constituye la circunstancia de que, para el conocimiento de la naturaleza, las presunciones tienen que asumirse, mientras que en el caso de la norma fundamental sólo pueden asumirse.<sup>87</sup>

La estructura de este principio no es de utilidad para la comprensión. Así, para comprender la naturaleza, Kant necesita de su doctrina trascendental. Para Kelsen, sin embargo, la norma fundamental es igualmente necesaria si pretende conocer el derecho positivo (como orden normativo). En ese sentido es necesaria, también, la adopción de la norma fundamental.<sup>88</sup> De ahí que sea justificado calificarla de “trascendental”.<sup>89,90</sup>

Con la referencia a la filosofía del *Al-Ob* de Vaihinger en la teoría tardía, no estamos abandonando la teoría del conocimiento de tradición kantiana, pero su doctrina trascendental específica cede ante el “ficcionalismo”, el cual, ciertamente, también es una manifestación trascendental.

---

<sup>86</sup> *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup> cit., pp. 199 y ss.

<sup>87</sup> En nuestro tiempo ha discutido, en particular H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie*<sup>2</sup>, las afinidades paralelas de la Teoría Pura del derecho con la filosofía de Kant —con indicación de la literatura respectiva—. Llega a la conclusión de que “la lógica trascendental... en Kelsen disminuye su aceptación” (*Vid, Ibid.*, p. 89. Eso se puede decir, pero es indudable que existen esas afinidades paralelas. (Las cursivas del texto se encuentran en el original alemán).

<sup>88</sup> Es de recordarse sobre el particular que Jellinek (Véase sección IV) ha designado a la proposición superior una “necesidad del pensamiento”.

<sup>89</sup> Así también Leser, *Die reine Rechtslehre im widerstreit der philosophischen Ideen*, en: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion (Schriftenreihe des Hans Kelsen – Institut, VII, 1982)*, pp. 97 y ss; compara en especial, en Luf (106), la observación polémica contraria (107). Cuando Stanley L. Paulson, “*Läbt sich die Reine Rechtslehre transzendental Begründet?*” (en, *Rechtstheorie* 21. Band, 1990, pp. 115 y ss. ) opina que una fundamentación tal no sea posible, es porque al escéptico no puede decirsele que necesita suponer la norma fundamental, así sea para refutarla; el escéptico no necesita aceptar tampoco el programa trascendental de Kant, si renuncia al conocimiento de la naturaleza. La norma fundamental del escéptico obstruye con su escepticismo el camino para conocer al derecho positivo.

<sup>90</sup> Totalmente es otra cuestión si, y hasta qué punto, es aceptada la lógica trascendental kantiana. La que aquí debe ser expuesta únicamente es la posibilidad de interpretar, en sentido kantiano, a la norma fundamental.

## X

Creo haber mostrado que el concepto de norma fundamental surgió de la muy fructífera colaboración entre opiniones científicas y continúa siendo la base de la estructura de pensamiento que anima la Teoría pura del derecho. Lo que siempre fue considerado fue el carácter científico de la norma fundamental, el cual ha sido discutido en diferentes direcciones y que el propio Kelsen trató de hacer más preciso.<sup>91</sup> Esencialmente, nada novedoso ha surgido, pero quedó demostrada la admisibilidad de una supuesto fundamental de ese tipo.<sup>92</sup>

Traducción del original en alemán por los doctores Ariel Peralta García y Rolando Tamayo y Salmorán

---

<sup>91</sup> Sobre la reflexión paralela, que no se había discutido en la *Teoría Pura del Derecho*, Werner Krawietz (*Grundnorm*), cit. pp. 917 y ss., ha hecho notar que se refiere a la norma fundamental de Husserl, la cual muestra una cierta semejanza en la dirección de pensamiento con la norma fundamental de Kelsen. Es interesante observar que, a pesar de la influencia de Husserl sobre algunos partidarios de la *Teoría Pura del Derecho* (Félix Kaufmann, Fritz Schreir), este paralelo no ha sido advertido. Kaufmann, ... , (*Methodenlehre der Sozialwissenschaften*, Viena, Julius Springer Verlag, 1936, pp. 291 y 22), rechaza la suposición de la norma fundamental y opina que “los criterios de la validez jurídica...” son “condiciones concretas definitorias” (*Vid.*, p. 298).

<sup>92</sup> De central importancia es la afirmación de que una norma fundamental, en el sentido de la *Teoría Pura del Derecho*, de ninguna manera pueda determinar el contenido material. Es verdad que esto siempre ha sido intentado (Consultar, por ejemplo, R. Dreier, *Bemerkungen zur Theorie der Grundnorm*, en: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Fiskussion (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Institut*, VIII, 1982) 47; comparar allí también las contribuciones de Bucher... (*Vid.*, p. 47), de Alexander Peczenik (*Vid.*, pp..., y ss.) y las discusiones relativas (*Vid.*, pp. 63 y ss.).