

PRIMERA PARTE
NORMA FUNDAMENTAL (*GRUNDNORM*)

NORMA FUNDAMENTAL (*GRUNDNORM*) Y FUNDAMENTACIÓN*

Carsten HEIDEMANN**
Monika ZALEWSKA***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fundamentación*. III. *El neokantismo de Kelsen*. IV. *La norma fundamental*. V. *La norma fundamental como parte de una relación de fundamentación*. VI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Este texto es un intento de reconstruir la teoría neokantiana de Hans Kelsen sobre la norma fundamental tal y como fue desarrollada en sus escritos entre 1920 y 1934 mediante las concepciones actuales sobre fundamentación metafísica. Existen numerosas razones para la elección de este tema: primero, la teoría de la norma fundamental es, a pesar de su preeminencia, notoriamente poco clara. Segundo, las teorías de las relaciones metafísicas, en especial las de la fundamentación, están en boga en el discurso filosófico general actual. Tercero, la concepción específica neokantiana de Kelsen sobre el conocimiento jurídico es la única teoría filosófica elaborada —y quizá la única factible— de fondo que presentó. Cuarto, algunos segmentos del neokantismo

* Esta investigación ha sido financiada por el National Science Centre (Polonia), en el marco del proyecto de investigación 2021/41/B/HS5/01174.

Traducción al castellano de un manuscrito inédito en inglés cuyo título es *Grundnorm and Grounding*, por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: augustoc@ucm.es. ORCID-ID: 0000-0001-6107-4917. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la traducción de este documento.

** Colegio de Abogados Schleswig-Holstein, Alemania. Contacto: heidemann.carsten@gmail.com.

*** Universidad de Łódź, Polonia. Contacto: mzalewska@wpia.uni.lodz.pl.

y de la teoría de la fundamentación comparten el objetivo de reemplazar la ontología tradicional enfocada en lo “que existe” por una teoría de las relaciones fundamentales. Y quinto, Kelsen emplea una terminología que se aproxima al vocabulario de la fundamentación. Sostiene que una *Grundnorm* se encuentra en la base (o ápice) del sistema jurídico, y que en la jerarquía normativa la norma más alta es el “fundamento” o la “razón”¹ de la validez de una norma inferior. A pesar de lo anterior, Kelsen jamás define la noción de fundamento.

La intención no es proporcionar un análisis o crítica exhaustivos ni de la teoría de la fundamentación ni de la teoría neokantiana de Kelsen sobre la norma fundamental. El objetivo es, más bien, examinar si es posible, a partir de una interpretación amplia de ambas, reconstruir racionalmente las relaciones que subyacen en los textos de Kelsen como relaciones de fundamentación para aumentar la coherencia de la teoría pura del derecho.

Para empezar, se expondrá la idea básica de la teoría de la fundamentación, las principales características de la relación de fundamentación y los problemas conectados con ella. A continuación, se describirán las características del neokantismo de Kelsen y los dos aspectos principales de la norma fundamental; a saber, su estatus como parte de la jerarquía jurídica, así como su estatus como una condición lógico-trascendental de la cognición jurídica. Después se intentará reconstruir la norma fundamental en términos de la teoría de la fundamentación, y, por último, será examinada una reconstrucción alternativa de la norma fundamental como un “principio puente” para una relación fundamental entre los hechos naturales y las normas jurídicas.

II. FUNDAMENTACIÓN

La teoría de la fundamentación es una rama muy reciente de la filosofía. Expresa un movimiento postanalítico y postmodal “de vuelta a la metafísica”.² El debate sobre la fundamentación aún se encuentra en construcción y muchos puntos continúan siendo controvertidos; sin embargo, parece que existe unanimidad en ciertos aspectos. La fundamentación es una relación de determinación que capta el significado de la conectiva “en (o por) virtud de”, y tiene la capacidad de reemplazar la ontología tradicional. No se trata de una relación

¹ El término alemán *Grund* podría ser traducido como “fundamento” o “razón”.

² Chalmers, David, *Conceptual Analysis as a Guide to Grounding* (transcripción de una conferencia sobre “Grounding and Analyticity” dictada en un encuentro sobre “The Question of Ontology”, en Madrid de 2018), pp. 1 y 2.

empírica, además permite diferenciaciones más finas que las relaciones analíticas o modales. Se encuentra conectada con el concepto de *explicación*; si algo es el fundamento para otra cosa, entonces la explica.

Así, algunos ejemplos generales de oraciones que pretenden describir las relaciones de fundamentación son:³

- Los hechos mentales se obtienen gracias a los hechos neurofisiológicos.
- Los hechos jurídicos se fundamentan en hechos no-jurídicos; a saber, los sociales.
- Los hechos normativos se basan en hechos naturales.
- Un conjunto de objetos es menos fundamental que sus miembros.

En la literatura, las cuatro propiedades formales de la fundamentación, responsables de su “dirección” y más o menos no controvertidas, son: 1) es asimétrica (si *a* fundamenta *b*, *b* no fundamenta *a*); 2) es irreflexiva (*a* no fundamenta *a*); 3) es transitiva (si *a* fundamenta *b*, y *b* fundamenta *c*, entonces *a* fundamenta *c*); 4) no es monótona (no es el caso de que si *a* fundamenta *b*, *a* y cualquier hecho arbitrario *c* fundamenta *b*).⁴ La no-monotonía, sin embargo, parece interpretar un papel menor, y la propiedad irreflexiva parece ser una característica superflua porque está implicada en la asimetría.

Más aún, existen dos características relacionadas que son ligeramente más específicas y controvertidas, aunque parecen seguir la corriente principal de la fundamentación: 1) la fundamentación es una relación entre dos elementos existentes: ésta es la exigencia de *facticidad*. Delimita la relación de fundamentación a partir de una relación hipotética expresada por leyes generales,⁵ y 2) el fundamento y el elemento fundamentado tienen que existir al unísono. Ésta es la demanda de *sincronía* empleada justo para delimitar (metafísicamente) la fundamentación de las relaciones causales.⁶

³ Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin, “Grounding: An Opinionated Introduction”, en Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin (eds.), *Metaphysical Grounding. Understanding the Structure of Reality*, Cambridge University Press, 2012, p. 1.

⁴ Véase Bliss, Ricki y Trogdon, Kelly, “Metaphysical Grounding”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/grounding/> (fecha de consulta: 16 de enero de 2022). De hecho, se han presentado contraejemplos a prácticamente todas estas propiedades en la literatura sobre la fundamentación. Sin embargo, la corriente principal sobre la teoría de la fundamentación las denomina “características de la fundamentación”.

⁵ Para una visión general, véase Fine, Kit, “Guide to Ground”, en Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin (eds.), *Metaphysical Grounding...*, cit., pp. 37-80.

⁶ Bernstein, Sara, “Grounding is not Causation”, *Philosophical Perspectives*, núm. 30, 2016, pp. 21-38.

En suma, existen dos características de la fundamentación que, por una parte, parecen corresponder a la *diferencia específica* (*differentia specifica*) y, en consecuencia, al centro de la propia fundamentación, mientras que, por la otra, parecen conducir a una paradoja:

- El fundamento como una prioridad metafísica u ontológica por encima del elemento fundamentado⁷ es más básico; es decir, mientras que es posible concebir, en cierto modo, el fundamento sin el elemento fundamentado, no es concebible (discutiblemente)⁸ que el elemento fundamentado exista sin el fundamento. Por ejemplo, podemos pensar en los miembros de un conjunto sin importar el conjunto; pero no podemos pensar el conjunto sin sus miembros.
- Además, una fundamentación absoluta (completamente) determina su *qué* y *cómo*. De hecho, esto parece ser necesario para que la fundamentación tenga una función explicativa.⁹ Esta relación de dependencia no es ni causal, ni analítica, ni conceptual; esto es lo que hace a la fundamentación “metafísica”.

Las características anteriores parecen conducir a una paradoja, ya que si un fundamento íntegro determina por completo el elemento fundamentado, entonces es posible inferir el elemento fundamentado directamente del fundamento. Esto parece contradecir la característica de que tiene que ser concebible que el fundamento exista sin el elemento fundamentado. Más aún, parece haber —véase el ejemplo anterior— algún excedente de significado en el elemento fundamentado, lo que hablaría en contra de que la relación sea de determinación “absoluta”.

Este problema podría superarse —en parte— recurriendo a la noción, relativamente poco problemática, de *hiperintensionalidad*.¹⁰ En términos generales, la hiperintensionalidad se da si dos expresiones poseen la misma extensión en todos los mundos posibles, aunque no pueden intercambiarse entre sí en cada contexto *salva veritate*.¹¹ Ésta es una noción algo problemática

⁷ Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin, “Grounding...”, *cit.*, pp. 24 y 25.

⁸ Podría haber excepciones; por ejemplo, el hecho de que Sócrates fuera un filósofo parece fundamentar el hecho de que hubiera un filósofo. Sin embargo, la existencia del último hecho no presupone que Sócrates fuera un filósofo.

⁹ Glazier, Martin, “Explanation”, en Raven, Michael, *The Routledge Handbook of Metaphysical Grounding*, Nueva York-Abingdon, Routledge, 2020; Skiles, Alexander, “Necessity”, en Raven, Michael, *The Routledge Handbook...*, *cit.*

¹⁰ Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin, “Grounding...”, *cit.*, p. 14.

¹¹ De hecho, la noción de hiperintensionalidad ha hecho carrera recientemente y se ha ganado su propia entrada en la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

porque existen ejemplos obvios de ella. Para ilustrar: una relación no controvertida es el vínculo entre las propiedades de “ser un triángulo equilátero” y “ser un triángulo equiangular”. Es decir, no es ni una relación empírica ni analítica, pero la una puede inferirse de la otra; mientras que concebir un triángulo equilátero sigue siendo posible sin concebir su equiangularidad —y viceversa—, se puede saber que un triángulo es equilátero sin saber que es equiangular. De la misma manera, es posible que el elemento fundamentado sea inferido del fundamento, mientras que aún es posible concebir el fundamento sin el elemento fundamentado —esto no resuelve, por supuesto, el rompecabezas de la “prioridad metafísica” del fundamento. Sobre este problema, véase el apartado “Una concepción alternativa: la norma fundamental como un principio puente”, más adelante—.

Finalmente, varias características de la fundamentación han sido controvertidas, y las cuatro cuestiones más importantes parecen ser las siguientes:

- 1) ¿La fundamentación es realmente una relación primitiva o el término es sólo un nombre para una subclase de otras relaciones o fenómenos bien definidos; por ejemplo, una subclase de relaciones de superveniencia o una de relaciones deductivas?¹²
- 2) ¿La fundamentación es un concepto unitario, esto es, el concepto cubre sólo un fenómeno específico o es un concepto *portmanteau* que abarca diferentes fenómenos? Es ampliamente conocido que Arthur Schopenhauer sostuvo que el principio de razón suficiente se apoya en una “raíz cuádruple”.¹³
- 3) ¿Qué elementos se encuentran conectados por la relación de fundamentación? Algunos teóricos de la fundamentación parecen pensar que estos elementos forman parte de un mundo realista que está estructurado en niveles diferentes de fundamentación. Por el contrario, autores más recientes consideran que la fundamentación es, más bien, una relación entre proposiciones.¹⁴
- 4) Dado que los humanos no se encuentran dotados con un sentido metafísico específico, y la fundamentación no parece poder reducirse a

¹² Audi, Paul, “A Clarification and Defense of the Notion of Grounding”, en Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin (eds.), *Metaphysical Grounding...*, cit., pp. 101-121.

¹³ Schopenhauer, Arthur, *On the Fourfold Root of the Principle of Sufficient Reason, and on the Will in Nature. Two Essays by Arthur Schopenhauer*, trad. de Mme K. Hillebrand, Londres, George Bell and Sons, 1903, disponible en: <https://archive.org/details/onthefourfoldroo00schouoft/page/n7/mode/2up>.

¹⁴ Schaffer, Jonathan, “Grounding, Transitivity, and Contrastivity”, en Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin (eds.), *Metaphysical Grounding...*, cit., pp. 123 y 124; Audi, Paul, *op. cit.*, p. 108; Chalmers, David, *op. cit.*, p. 7.

ninguna característica empírica o analítica, ¿de qué manera “detectar” una relación de fundamentación? Los metafísicos empedernidos parecen asumir que las relaciones de fundamentación son autoevidentes; sin embargo, se podría sostener también que la relación de fundamentación tiene que estar fundamentada ella misma.¹⁵ Por lo tanto, se podría suponer que se necesitan “principios puente” para establecer o conocer la relación —pero esto parece conducir a más problemas. Véase la discusión en “Una concepción alternativa: la norma fundamental como un principio puente”—.

III. EL NEOKANTISMO DE Kelsen¹⁶

A menudo se dice que la teoría de Kelsen pertenece a la tradición neokantiana, y por *neokantianismo* se entiende el movimiento filosófico específico que dominó la filosofía alemana aproximadamente entre 1870 y 1920. Su orientación se encuentra expresada por dos frases notorias: “de vuelta a Kant” (*Zurück zu Kant*)¹⁷ y “entender a Kant es ir más allá de él” (*Kant verstehen heißt über ihn hinausgehen*).¹⁸ Por una parte, la filosofía —que en torno a 1850 se encontraba fragmentada y en peligro de ser usurpada por el éxito de las ciencias naturales— tuvo que ser salvada a través de la filosofía de Kant; por otra parte, se asumió que la filosofía de Kant era parcialmente inconsistente y necesitaba ser complementada y mejorada para hacer justicia a su espíritu.

Asimismo, los neokantianos tienden a descuidar la filosofía práctica de Kant; sospechaban de la concepción de Kant sobre la “unidad trascendental de la apercepción” como un punto de partida fuera de toda duda y eran —más que el propio Kant— antirrealistas. Para ellos el mundo objetivo no está dado con independencia de la cognición; más bien, está “constituido” por ella y lo hace sin asignar ninguna función a la noción de la cosa en sí. No es la ontología, sino la epistemología, el centro de la mayoría de las filosofías neokantianas.

Existen dos escuelas principales del neokantismo: la de Marburgo y la de Baden. La Escuela de Marburgo, representada principalmente por Her-

¹⁵ Wallner, Michael, “The Ground of Ground, Essence, and Explanation”, *Synthese*, núm. 198, 2018.

¹⁶ La sección sobre el neokantismo de Kelsen es tomada, principalmente, de Heidemann, Carsten, *Hans Kelsen's Normativism*, Cambridge University Press, 2022, pp. 14-19 y 31-38.

¹⁷ Otto Liebman concluía cada capítulo de su influyente libro *Kant und die Epigonen* (Schober, Stuttgart, 1865) con esta frase.

¹⁸ Windelband, Wilhelm, *Präudien*, 3a. ed., Tübinga, Mohr, 1907, p. IV.

mann Cohen y Paul Natorp, sostiene que la filosofía trascendental de corte kantiano es una teoría de las ciencias exactas. Acepta los juicios de las culturalmente establecidas y las exitosamente operantes ciencias naturales como un hecho “dado” y explora de forma crítica las condiciones de su posibilidad. Esta rama del neokantianismo fue de gran importancia para el desarrollo posterior de la filosofía, ya que influenció el positivismo lógico y la filosofía analítica. La Escuela de Baden, por otra parte, representada sobre todo por Wilhelm Windelband y Heinrich Rickert, disuelve a la filosofía en una teoría de los valores. Se centra en el dualismo entre el *ser* y el *deber ser*, y hace uso de él para diferenciar entre el “génesis” y la “validez” de la cognición. Para ellos tanto la cognición teórica como la práctica obtienen su objetividad mediante el cumplimiento de normas que son derivadas de “valores” universales. Estos valores básicos son la verdad y la corrección. No existen como los objetos; más bien, son válidos y preceden cualquier ontología. De tales valores emanan las normas que permiten distinguir el pensamiento correcto del incorrecto.

El neokantismo de Kelsen abreva de ambas escuelas. Comparte la tesis de que es imposible la cognición de los objetos si éstos son independientes de la cognición. Así, Kelsen resume la posición kantiana, de manera aprobatoria, como sigue:

Es imposible para la cognición interpretar solamente un papel pasivo en relación con sus objetos. No puede constreñirse a reflejar los objetos como algo que existe “en sí mismo”, esto es, en una esfera trascendente. Tan pronto como no podemos asumir que los objetos poseen una existencia trascendente, es decir, independiente del conocimiento, la cognición tiene que interpretar un papel activo y creativo en relación con estos objetos. Es la cognición la que crea sus objetos a partir del material que le dan los sentidos de acuerdo con sus leyes inmanentes. El hecho de que la cognición se guíe por reglas garantiza la validez objetiva de sus resultados... Lo que toma el lugar de la especulación metafísica es la tarea de determinar las reglas que guían el proceso de cognición, esto es, las condiciones objetivas de su proceso.¹⁹

Centrar la atención en este elemento normativo de la cognición (las reglas que guían la cognición) es, con el énfasis sobre el dualismo entre *ser* y *deber ser*, parte de la herencia de la Escuela de Baden en la teoría de Kelsen. La Escuela de Marburgo se encuentra representada por la tesis de Kelsen de que los juicios cognitivos válidos, que son objeto del análisis trascendental,

¹⁹ Kelsen, Hans, *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Berlín, Pan-Verlag, 1928, p. 62 (la traducción es nuestra).

deben extraerse de la práctica sociocultural de las ciencias establecidas y exitosamente operantes: “Referirse al hecho de la ciencia es lo esencial de la filosofía trascendental, su única base desde la que (como teoría de la experiencia científica) realiza sus análisis de su único objeto posible, el juicio sintético de la experiencia como ciencia”.²⁰

A esto le sigue que el juicio científico es “la piedra angular de la filosofía trascendental que, por lo tanto, solo puede ser crítica de la ciencia, crítica de la cognición porque se limita a analizar el juicio sintético”.²¹ Entonces, Kelsen concluye que “...el derecho de la ciencia jurídica es un sistema de *proposiciones jurídicas* (*Rechtssätze*), un sistema de juicios, justo como la naturaleza, en tanto objeto de la ciencia natural, es (para la filosofía trascendental) un sistema de juicios”.²²

Para él el derecho, entendido como un conjunto de normas, es un sistema de juicios hipotéticos normativos incorporados en la práctica institucional de la ciencia jurídica que conecta un determinado estado de cosas con una sanción mediante la categoría de imputación periférica (el deber jurídico).²³ Ésta es la tarea de la teoría pura, en tanto filosofía trascendental del derecho: esculpir los elementos necesarios, la estructura de estos juicios y determinar sus presupuestos.

IV. LA NORMA FUNDAMENTAL²⁴

La norma fundamental fue introducida en los textos de Kelsen en la década de 1920 junto con su bagaje neokantiano explícito y la teoría de la jerarquía normativa, e interpreta un papel crucial en ambos casos.

1. *La norma fundamental como norma suprema de la jerarquía jurídica*

Por un lado, la norma fundamental es una parte necesaria de la jerarquía jurídica. En sus primeros textos, Kelsen había declarado un tabú la

²⁰ Kelsen, Hans, “Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der «Rechtsdogmatik»”, *Zeitschrift für Öffentlichen Rechts*, núm. 3, 1922, p. 128 (la traducción es nuestra).

²¹ *Idem*.

²² Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2a. ed., Tubinga, Mohr, 1923, p. VI (la traducción es nuestra).

²³ Kelsen, Hans, *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff*, Tubinga, Mohr, 1922, p. 75.

²⁴ La sección sobre la concepción de Kelsen de la jerarquía jurídica y el estatus de la norma fundamental es tomada, principalmente, de Heidemann, Carsten, *op. cit.*, pp. 43-48.

cuestión del porqué una norma jurídica es válida, mientras sostenía, al mismo tiempo, que existen, en principio, cadenas infinitas de derivación de un ser, mediante leyes causales, de otro ser, y de derivación de un deber de otro deber. Sin embargo, no elaboró esto, y no explicó cómo un deber podría ser derivado de otro deber. Esta explicación parece ser alcanzada, para la esfera jurídica, por medio de la teoría de la *Stufenbau*, la cual adoptó de Merkl, alrededor de 1920.²⁵

La teoría de la jerarquía jurídica es bien conocida y, de hecho, es una de las concepciones más famosas de la teoría pura del derecho. No es necesario discutirla a detalle en este contexto; el punto interesante para los fines actuales es que se reduce, más o menos, a la tesis de que cualquier norma jurídica, para ser válida, debe ajustarse a los criterios de creación establecidos en otra norma de orden lógico superior.

A primera vista esto parece bastante claro. No obstante, las cosas son un poco más complicadas. Existen dos versiones diferentes de la relación entre una norma de orden superior y una de orden inferior.

La primera versión destaca en los escritos neokantianos específicos. Como un sistema de juicios normativos cognitivos, el derecho es creado por la ciencia jurídica empleando normas “superiores” como esquemas para otorgar el modo de deber o validez a algún material ilógico que está “dado” bajo la apariencia de, o como el contenido de, ciertos actos empíricos de algún órgano que propone normas:

He afirmado que, cuestionar la validez específica de cualquier norma jurídica individual, nos conduce paso a paso a normas jurídicas más elevadas... mientras la pregunta relativa al contenido de la norma jurídica... nos conduce a los actos de legislar, de jurisdicción, etcétera, que son el “material” de las normas jurídicas. Esta distinción es análoga a la distinción hecha, en la filosofía trascendental, entre el concepto y sensación, entre la forma lógica y el material perceptivo. He diferenciado entre el contenido, es decir, el material aún por formar, y la validez, esto es, la forma del material cuando se interpreta en un juicio lógico válido. La creación lógica del derecho (entendiendo como tal, naturalmente, el derecho de la ciencia jurídica, las proposiciones jurídicas [*Rechtssätze*]), a partir de la norma fundamental, procede paso a paso y bajo una referencia constante a un hecho paralelo.²⁶

Aunque tiene un matiz kantiano, esto es metafórico, vago, y resulta difícil reconstruirlo en términos de relaciones lógicas. Sin embargo, exis-

²⁵ Kelsen, Hans, *Hauptprobleme...*, cit., p. XV.

²⁶ Kelsen, Hans, “Rechtswissenschaft...”, cit., pp. 214 y 215 (la traducción es nuestra).

te una segunda versión de la relación entre una norma superior y una inferior:

Una norma es una norma jurídica válida solo si ha sido creada de cierta forma, creada de acuerdo con una regla específica, promulgada de acuerdo con cierto método...²⁷ Como resultado del carácter dinámico del derecho, una norma es válida porque, y en la medida en que, ha sido creada de una manera determinada por otra norma. Por lo tanto, esta es el fundamento de la validez de aquella.²⁸

De acuerdo con esta versión, la norma superior regula (necesariamente) la “creación” y (posiblemente) el contenido de la norma inferior. ¿Qué quiere decir esto? En la fase neokantiana, Kelsen considera que la norma jurídica es un juicio, un *deber ser* lógico. Nadie puede crear, obviamente, un juicio lógico válido de la misma manera en la que podría, por ejemplo, crear un cuadro o un pastel. No obstante, “crear” un juicio de *deber ser* válido puede lograrse al colmar las condiciones para que el juicio sea válido o, lo que equivale a lo mismo, para que una proposición normativa respectiva fuera verdadera. Después de todo, en un espíritu fregeano o neokantiano, un juicio verdadero, en un sentido lógico, es lo mismo que un hecho,²⁹ y no hay nada en contra de decir que uno puede crear o provocar hechos. En este caso, la norma superior se encuentra, lógicamente, en un orden superior o en un meta nivel que proporciona criterios para que algún juicio de orden inferior sea válido, o sea un hecho. De manera más simple, posee una forma similar a ésta:

Si existe una expresión/performativa “*Op*” bajo ciertas condiciones y con cierto contenido, entonces *Op* es una norma válida.

Las circunstancias de lo performativo y las limitaciones a su contenido podrían ser las condiciones para que la norma (inferior) sea válida. La construcción escalonada (*Stufenbau*) jurídica podría ser una jerarquía lógica entre niveles superiores e inferiores, o de objetos y metaniveles, donde las normas de nivel superior definen los criterios para que las normas de un nivel inferior sean válidas.

²⁷ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Viena, Deuticke, 1934, p. 64 (la traducción es nuestra).

²⁸ *Ibidem*, p. 74.

²⁹ Véase Frege, Gottlob, “Der Gedanke”, en Patzig, Gunther (ed.), *Logische Untersuchungen*, 3a. ed., Göttinga, Vedenhoeck and Ruprecht, 1986, p. 33. “Was ist eine Tatsache? Eine Tatsache ist ein Gedanke, der wahr ist” (¿Qué es un hecho? Un hecho es un pensamiento que es verdadero).

En esta estructura la norma fundamental yace al final de la cadena de validez. En tanto norma superior responde a la interrogante de por qué la Constitución —o, más bien, la primera Constitución histórica de la cual se deriva la legitimidad de la actual— es válida. Una posible respuesta a esta interrogante podría ser, a primera vista, decir que su validez es simplemente presupuesta por la ciencia jurídica. Para la ciencia jurídica, como práctica sociocultural existente, el derecho parece estar “siempre ahí”, y como ningún jurista cuestiona la validez de la Constitución —o de la primera Constitución histórica que la legitima—, dicha validez es presupuesta.

Ésta no es, sin embargo, la senda por la que Kelsen discurre: sostiene que la cognición jurídica, una vez que la justificación de la validez de una norma llega a su final por falta de otro criterio positivo superior para las normas válidas, presupone una norma de acuerdo con la cual el contenido de un performativo sea la costumbre o el acto intencional de algún órgano que ejerce un poder fáctico; cuenta como la norma más elevada, o sea, como Constitución.³⁰

Ahora bien, aunque Kelsen rara vez explica en detalle la necesidad de la norma fundamental, existen varias razones por las que no es sólo una “reduplicación innecesaria”. Primero, el derecho es, de acuerdo con Kelsen, sólo derecho positivo. Esto es, cualquier norma jurídica tiene que obtener su contenido de un hecho fáctico que se encuentre de acuerdo con una norma “superior”. De ello se colige que la Constitución sólo sería derecho positivo si “descansa” en un performativo que colme la condición de ser nombrada una norma por una norma más alta. Esta norma superior no puede ser, en sí misma, una norma jurídica positiva; sólo puede ser presupuesta como una norma fundamental. Segundo, la práctica científica institucionalizada en la que está inmersa la práctica jurídica sólo toma a la Constitución como válida si se adhiere a un sistema jurídico que es eficaz y, regularmente, aplicado de una forma tal, que adopte la Constitución como el contenido del criterio jurídico más elevado de validez jurídica. De esta forma, la norma fundamental es necesaria para capturar el hecho de que la validez del sistema jurídico está condicionada por su eficacia, y en algunas ocasiones Kelsen parece identificarla con el principio de eficacia.³¹ Tercero, la Constitución “positiva” a menudo consiste en regulaciones dispersas promulgadas tanto por aquellos que poseen el poder para hacerlo como por la costumbre. Para

³⁰ Kelsen, Hans, *Reine...*, cit., pp. 65 y 66.

³¹ Esto es especialmente evidente en aquellos pasajes donde Kelsen sostiene que si alguien asume la primacía del derecho internacional sobre el derecho nacional, la norma fundamental del derecho interno se convierte en una norma positiva del derecho internacional, sobre todo el principio de eficacia. *Ibidem*, pp. 70-72.

unificar estas normas superiores de derecho positivo es necesario presuponer una norma única que declare los hechos por los cuales estas normas superiores de derecho positivo fueron promulgadas como el criterio de validez jurídica más alto, unificándolos así.³²

2. *La norma fundamental como una condición lógico trascendental*

Su posición, comparativamente tangible en la jerarquía jurídica es, sin embargo, sólo un aspecto de la norma fundamental. Kelsen también sostiene —y a esto se debe, sobre todo, la vasta literatura relacionada con la norma fundamental— que es la (o una) “condición lógico-trascendental” para la cognición jurídica y, en consecuencia, para el derecho o una hipótesis en el sentido de Cohen; esto es, un elemento constitutivo fundamental (*Grundlegung*) postulado por la cognición. Así lo defiende Kelsen en el siguiente pasaje:

Al formular la norma fundamental, la teoría pura del derecho no desea inaugurar un método científico o jurisprudencia nuevos. Solo tiene como objetivo traer a la conciencia lo que todos los juristas hacen (la mayoría sin estar conscientes de ello) cuando, al concebir su objeto, rechazan volver al derecho natural desde el cual la validez del orden jurídico positivo tendría que ser derivada. Con la doctrina de la norma fundamental, la teoría pura del derecho simplemente se compromete a poner al descubierto las condiciones lógico-trascendentales del antiguo método de conocimiento del derecho positivo al analizar su procedimiento fáctico.³³

Se trata de una afirmación bastante pomposa que sólo está parcialmente justificada. Para la filosofía kantiana las condiciones lógico-trascendentales son aquellas que hacen referencia a objetos posibles; son categorías del entendimiento que pueden ser extraídas, de acuerdo con Kant, de las funciones posibles de los juicios. Así, para Kelsen, que nivela la diferencia entre juicio y objeto cognitivos y sostiene que las normas jurídicas son juicios hipotéticos, las categorías son idénticas al “conector” entre el antecedente y el consecuente de estos juicios. La imputación periférica, el *deber ser* jurídico específico que constituye el juicio hipotético de la proposición jurídica (*Rechtssatz*), es una categoría de relación de este tipo. Podría decirse que es una condición lógico-trascendental.

³² *Ibidem*, pp. 62-65.

³³ *Ibidem*, p. 67.

La norma fundamental, por otra parte, es la regla presupuesta esencial que ofrece criterios para la validez jurídica. Sin embargo, no es realmente una regla-criterio aplicable, sino sólo un complemento necesario si se considera que la Constitución es válida. La relación entre el sistema jurídico, como un sistema ordenado de juicios cognitivos, y sus presupuestos se equipara, mientras que, desde “dentro” del sistema jurídico, la norma fundamental está, por fuerza, dada, y existe sólo relativamente para este sistema jurídico. No se puede tener una sin la otra, y tampoco pueden derivarse de algo más.

Así, la validez del sistema jurídico depende de su norma fundamental implícita, pero hacer explícita la norma fundamental revela que sólo es válida en relación con el sistema jurídico. Esto explica su carácter hipotético. Se encuentra de acuerdo con la función de la teoría pura para realizar un análisis presuposicional sobre el *factum* de la ciencia jurídica: la ciencia jurídica como una práctica institucional está dada, y sólo en la medida en que estemos dispuestos a aceptar que la pretensión de validez objetiva que plantean los científicos del derecho para sus juicios normativos está justificada, tenemos que reconocer la validez o existencia de ciertos presupuestos, siendo la norma fundamental uno de ellos.

No existe un equivalente real para esta función en la filosofía kantiana, y llamar a la norma fundamental una condición lógico-trascendental es, por lo menos, oblicuo. No obstante, como se ha mostrado, el neokantismo tiende a rebajar la filosofía trascendental a una metateoría crítica de una práctica científica existente; esto es, un análisis crítico de los presupuestos de las ciencias establecidas: aquellas condiciones no fácticas que son necesarias para hacerlas posibles. Podría considerarse la norma fundamental como una condición lógico-trascendental en este sentido tan débil de no ser un objeto, sino un presupuesto general implícito de la ciencia jurídica en la práctica.

V. LA NORMA FUNDAMENTAL COMO PARTE DE UNA RELACIÓN DE FUNDAMENTACIÓN

A primera vista, la teoría de la fundamentación, con su llamado de “vuelta a la metafísica”, parece poco compatible con un enfoque (neo)kantiano. Después de todo, la fama de Kant es la de un destructor de la metafísica. Por el contrario, la teoría de la fundamentación parece basarse en la noción de que existe un mundo “en sí mismo” formado por capas ontológicas. Sin embargo, la mayoría de los teóricos de la fundamentación evitan subscribirse al realis-

mo filosófico y, de hecho, una teoría de fondo realista no parece ser necesaria para su empresa. Aun para la pretensión general de que la fundamentación es “metafísica”, la diferencia entre los enfoques es menos grave de lo que parece. Kant no abolió la metafísica; la revisó, reemplazó la ontología tradicional por un análisis de las condiciones trascendentales del pensamiento. Igualmente, la teoría de la fundamentación tiene como objetivo una revisión de la metafísica, reemplazando de una manera parecida la ontología tradicional de “lo que es” por una teoría de las relaciones sobre “qué fundamenta qué”.

Ahora bien, para hacer a la fundamentación compatible con la teoría de la norma fundamental, debe entenderse de una manera específica; los elementos conectados por la relación de fundamentación tienen que ser juicios cognitivos. Esto no es problemático porque, desde la perspectiva neokantiana, un hecho no es más que una proposición verdadera o un juicio válido. Así que, para este punto de vista, no hay una diferencia decisiva entre decir que la fundamentación relaciona juicios válidos y decir que la fundamentación relaciona hechos. Además, muchos teóricos de la fundamentación podrían tener hechos o proposiciones verdaderas como elementos posibles de la relación de fundamentación. Bajo esta interpretación, las características de asimetría, propiedad irreflexiva y transitividad pueden explicarse fácilmente: si el juicio p fundamenta q , entonces el juicio q no fundamenta p . Cualquier juicio p no se fundamenta a sí mismo. Si el juicio p fundamenta el juicio q , y el juicio q fundamenta r , entonces el juicio p fundamenta el juicio r . De una manera análoga, la característica de facticidad quiere decir que la fundamentación conecta solamente juicios verdaderos. La propiedad de sincronía quiere decir que es imposible que el juicio de fundamentación y el fundamentado no sean válidos al unísono.

La característica de prioridad metafísica es más difícil de asir en términos de juicios. Posiblemente puede ser explicada mejor al decir que en todos los mundos posibles donde el juicio de fundamentación es válido el juicio fundamentado es válido también; mientras que, de alguna manera, sigue siendo posible pensar en el juicio de fundamentación sin pensar en el fundamentado —debido al fenómeno de hiperintensionalidad mencionado en líneas superiores—. Y quizá la función específica de “en virtud de”, el material componente de la fundamentación, puede ser capturada al decir que el juicio de fundamentación es, de alguna forma, no-empírica y no-analítica,³⁴ “responsable” de la validez del juicio fundamentado.

³⁴ David Chalmers ha intentado asimilar la fundamentación metafísica a la fundamentación conceptual/analítica y ha promovido la tesis “Cuando P y Q están compuestas por conceptos transparentes, P fundamenta metafísicamente Q si y solo si P fundamenta con-

1. *La norma fundamental como la norma
suprema de la jerarquía jurídica*

Como parte de la jerarquía jurídica, la norma fundamental es el último elemento de una secuencia de normas de nivel superior que determinan las condiciones para que las normas de un nivel inferior sean válidas. En este sentido, interpreta el papel de cualquier norma superior en la construcción escalonada (*Stufenbau*). Entonces, ¿puede asumirse que esas normas superiores “fundamentan” las normas de un nivel inferior?

Sin forzar el lenguaje, se podría decir que la norma de nivel inferior existe “en virtud de” la norma superior, dada la indeterminación de la expresión “en virtud de”. Por lo tanto, la relación puede considerarse asimétrica, irreflexiva y transitiva.

Sin embargo, no parece haber sincronización. Es correcto decir que la regla de nivel inferior no puede existir sin (alguna) metarregla que determine los criterios exactos para su existencia. No obstante, la metarregla bien podría existir sin la regla de nivel inferior: es una característica habitual de los sistemas jurídicos que una ley que faculta a alguien para emitir normas exista antes de que las normas que valida lleguen a existir. La exigencia correlacionada de facticidad parece plantear un problema similar. Sin embargo, estas dificultades podrían superarse en el caso especial de la norma fundamental, ya que parece imposible que ésta y una Constitución válida existan la una sin la otra.

Un problema peor es que cualquier norma de nivel superior no parece determinar “completamente” la validez de la norma de nivel inferior. Sin ningún acto fáctico, no habría una norma inferior con un contenido determinado. Así, la norma superior podría ser, en el mejor de los casos, un fundamento “parcial” para la norma inferior. El conjunto de fundamentos también incluiría algún acto de promulgación de normas, aunque es problemático por dos razones: por una parte, contradice la tesis de Kelsen de que la norma superior es el único “fundamento” de validez de la norma inferior, mientras que el acto fáctico de creación de la norma (y su contenido) sólo la “condiciona”.³⁵ Por otro lado, la teoría de la fundamentación afirma que la fundamentación es una relación de “grano fino” entre elementos, capaz de expresar distinciones que no pueden ser capturadas por relaciones analíti-

ceptualmente Q” (Chalmers, David, *op. cit.*, p. 9); con P fundamentando conceptual Q, si la verdad de P explica completamente la verdad de Q en virtud de los conceptos involucrados. Si esta empresa tuviera éxito, sería un gran paso hacia la plena reconciliación de la fundamentación metafísica con una posición kantiana.

³⁵ Kelsen, Hans, *Der Soziologische...*, *cit.*, pp. 93-95.

cas o modales. Pero si la norma superior, en tanto metarregla, y el hecho, que es el creador de normas “en virtud de” la norma superior, se colocan indiscriminadamente en el conjunto de “fundamentos parciales”, cualquier diferencia entre ellos parece ser aplastada, así como la fundamentación parece ser, de hecho, una relación demasiado gruesa con la que reconstruir la jerarquía jurídica.

Una solución parcial podría ser considerar la validez, contrario a Kelsen, no como la *existencia* de una norma, sino como una *cualidad* que transforma el significado subjetivo contenido en los actos que pretenden ser normativos en un contenido-significado objetivo: una norma jurídica. En este caso, podría decirse que la norma superior determina por completo no la norma inferior en su totalidad, sino sólo la cualidad que distingue algo que es sólo una pretensión de normatividad (un contenido-significado subjetivo) de una norma (un contenido-significado objetivo). Esta solución también podría resolver el problema de que, de acuerdo con Kelsen, cualquier norma superior no proporciona el contenido de la norma inferior.

Pero existe otra dificultad. En la literatura sobre la fundamentación se asume, regularmente, que los hechos de un nivel-objeto fundamentan los hechos de un metanivel. Por ejemplo, el hecho de que la nieve es blanca fundamenta el hecho de que la oración “la nieve es blanca” sea verdad, pero no a la inversa —aunque sean equivalentes—. ³⁶ Tal y como se mostró con anterioridad, la norma superior pertenece a un metanivel, *vis-à-vis* la norma inferior porque está “tematizando” esta norma de forma general al determinar los criterios de su validez. Ahora bien, si alguien asume que la norma superior fundamenta la norma inferior, entonces parece seguirse que en el caso de la jerarquía jurídica el metanivel fundamenta el nivel-objeto; es decir, es metafísicamente anterior a él. Esto sería, cuando menos, extraño.

2. La norma fundamental como una condición lógico-trascendental

Se ha mostrado en líneas superiores que la norma fundamental, en tanto condición lógico-trascendental, no es un fundamento “dado” del sistema jurídico en el que éste “descansa”, sino que es el resultado de un análisis sobre los presupuestos de una práctica intelectual existente. Esto es lo que constituye su carácter hipotético: si el derecho es válido, entonces la norma fundamental existe; *viceversa*, la validez del sistema jurídico depende de la existencia de la norma fundamental.

³⁶ Correia, Fabrice y Schnieder, Benjamin, “Grounding...”, *cit.*, p. 1.

Éste es un tipo de interdependencia o equiprimordialidad que parece ser una característica central de cualquier filosofía de corte kantiano. En la *Crítica de la razón pura* (*Kritik der reinen Vernunft*) puede hallarse en la relación entre sujeto y objeto, o entre la unidad trascendental de la apercepción (la posibilidad del “yo” que acompaña cualquiera de “nuestras” percepciones) y el “mundo” como es referido por el sistema de nuestros juicios válidamente objetivos. Para los neokantianos se encuentra en la interdependencia entre las ciencias exitosamente operantes y sus presupuestos³⁷ —un retoño tardío en el ámbito de la filosofía práctica parece ser la teoría del “equilibrio reflexivo”, de Rawls—. ³⁸

¿Qué tal le va a la norma fundamental como parte de esa hipotética relación de equiprimordialidad cuando se evalúa con los medios conceptuales de la teoría de la fundamentación?

De las características más o menos indiscutibles de la fundamentación, la transitividad no plantea dificultades: si la norma fundamental sustenta la Constitución, también sustenta las normas que están fundamentadas por la Constitución. Sin embargo, las características de no reflexividad y asimetría son problemáticas. Mientras que, por una parte, parece ser que la norma fundamental se encuentra en un nivel “superior” *vis-à-vis* al sistema jurídico, por lo que, lógicamente, no poseen el mismo rango, no es menos cierto que la existencia del sistema jurídico nos permite concluir que existe una norma fundamental que lo desencadena, y es imposible que la norma fundamental exista sin un sistema jurídico que se adhiera a ella. Como se ha visto, se trata de una cuestión de interdependencia que parece ser incompatible con la “direccionalidad” de la fundamentación.

Existen dos caminos posibles para salvar este predicamento: el primero sería decir que la no reflexividad y asimetría no son elementos necesarios de una relación de fundamentación; el segundo podría ser señalar el hecho de que la norma fundamental se encuentra implícita en el nivel del derecho positivo. Es explícita sólo en el nivel de la metateoría. La pertenencia a distintos niveles en este sentido parece excluir una asimetría genuina y, junto a ella, la reflexividad. Sin embargo, por un lado, los diferentes niveles siguen estando en una relación peculiar de desequilibrio: si se piensa un elemento, el otro se desvanece. Por otro lado, el argumento parece ser también des-

³⁷ Por ejemplo, Cohen, Hermann, *Kants Theorie der Erfahrung*, 2a. ed., Berlín, Dümmler, 1885, p. 77.

³⁸ Sobre este concepto, véase Daniels, Norman, “Reflective Equilibrium”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/reflective-equilibrium/> (fecha de consulta: 17 de enero de 2022).

tructivo para la suposición de que existe una relación de fundamentación entre la norma fundamental y el sistema jurídico: ¿puede algo que forma parte de un metanivel, *vis-à-vis* todo el sistema jurídico, y sólo implícito en el nivel del propio derecho, realmente “fundamentarlo”?

En cuanto a las demás características de la fundamentación, no existe problema con la sincronización. De hecho, la equiprimordialidad parece requerir que ambos elementos coexistan al mismo tiempo. No obstante, dado el carácter hipotético de la norma fundamental, el rasgo de la facticidad es dudoso. Una vez más, ni la norma fundamental ni el sistema jurídico existen incondicionalmente; se condicionan mutuamente: al estar unidos, “flotan en el vacío”, por así decirlo.³⁹ Lo que es un hecho es la práctica jurídica institucionalizada, pero esto no basta para decir que tanto el sistema de normas jurídicas como la norma fundamental son hechos (normativos). El enfoque de Kelsen no es decir: “El derecho existe porque está fundamentado por la norma fundamental”; más bien afirma: “El derecho existe, si la norma fundamental es presupuesta”.

La norma fundamental, como una condición lógica trascendental, no parece estar a la altura de la exigencia de que el fundamento podría determinar plenamente el elemento fundamentado. Ciertamente, no determina el contenido del sistema jurídico. E incluso si aceptamos la solución mencionada antes, de que la norma fundamental no “fundamenta” la Constitución, sino sólo su característica de ser “válida”, todavía existe el problema de que la norma fundamental como un presupuesto es sólo parasitaria del sistema jurídico; no lo determina en un sentido significativo.

3. *Una concepción alternativa: la norma fundamental como un principio puente*

Por último, un vistazo a un intento completamente diferente de aplicar la teoría de la fundamentación a la teoría de la norma fundamental podría ser más promisorio. En un artículo reciente,⁴⁰ George Pavlakos defendió la opinión de que, desde una perspectiva kelseniana, las normas jurídicas no son fundamentadas por otras normas jurídicas, sino por hechos naturales. Este no es un movimiento inusual. El considerar que los hechos natura-

³⁹ Véase la opinión de Kelsen de que no podría haber ningún derecho para el anarquista. Kelsen, Hans, *Reine...*, cit., p. 36.

⁴⁰ Pavlakos, George, “A Non-Naturalist Account of Law’s Place in Reality”, en Brozek, B. et al. (eds.), *Law and Mind. A Survey of Law and the Cognitive Sciences*, Cambridge University Press, 2021, pp. 473-489.

les fundamentan hechos jurídicos es una opinión común en la teoría de la fundamentación, y existen, en efecto, argumentos a favor de tal interpretación. La fundamentación es una cuestión de determinación no-causal y no-analítica; el fundamento es el responsable tanto del *qué* como del *cómo* de la existencia y cualidad del elemento fundamentado. Para una visión jurídico-positivista de tinte kelseniano, parece natural asumir que existe tal relación de dependencia entre un hecho y el derecho.

La concepción de Pavlakos parece ser más adecuada para dar cuenta de varias de las características de la fundamentación mencionadas antes que la relación examinada en este texto. La relación entre los hechos creadores de la norma y el derecho es asimétrica e irreflexiva. También se da la característica peculiar de que el fundamento permite inferir el elemento fundamentado, mientras que sigue siendo concebible que el fundamento existe sin el elemento fundamentado: sólo una determinada constelación de hechos naturales nos permite inferir que existe una norma jurídica. Al mismo tiempo, las normas jurídicas podrían ser “pensadas lejos” y los hechos naturales seguirían existiendo. Sin embargo, hay algunas pequeñas objeciones y dos grandes bemoles.

Las características de facticidad y sincronicidad son problemáticas. La sincronicidad exige que se den, al unísono, el fundamento y el elemento fundamentado. Mas éste no es el caso con los actos creadores del derecho y la norma jurídica. Por lo general, los actos creadores del derecho existen sólo momentáneamente; la norma jurídica sólo existe una vez que el acto se ha completado y es válida hasta que es derogada. Por lo tanto, no existe sincronicidad. De nuevo, de acuerdo con Kelsen, la validez del derecho es hipotética. El argumento del anarquista que nos concede completamente todos los hechos naturales que queramos y aún niega que exista un objeto tal como una norma, es incontestable. Esto parece hablar en contra de que se cumpla la exigencia de facticidad. Sin embargo, aún existen problemas peores.

Primero, la concepción no es compatible con los fundamentos de la teoría de Kelsen. La base de la teoría de Kelsen es el dualismo entre el *ser* y el *deber ser*, o la tesis de que no es posible inferir normas de un conjunto de hechos completamente no-normativos. En consecuencia, Kelsen es muy categórico al afirmar que no es posible fundamentar normas de hechos. Los hechos podrían “condicionar” las normas, y son responsables del contenido de dichas normas jurídicas, pero no pueden jamás “fundamentarlas” ni ser responsables de su existencia y validez:

Si confiamos en el lenguaje común, casi parece que el último fundamento soberano de un deber ser tendría que ser siempre un hecho del ser, sea un acto

de mando del Estado, un monarca absoluto, Dios, la conciencia o la razón: parece que siempre existe un hecho real con el que la interrogante tras el “por qué” de un deber se topa. Pero este es tan solo un uso inexacto y descuidado del lenguaje que desmiente las relaciones lógicas. Debo comportarme de cierta forma no porque sea bueno, la conciencia o la razón lo ordene, sino porque debo obedecer los mandatos del bien, las razones o la conciencia.⁴¹

Esto parece ser contrario a la concepción de Pavlakos, que toma a los hechos naturales como fundamentos de las normas, permitiendo inferir las normas-deber ser de los hechos-ser. Segundo, en un intento por resolver el rompecabezas de cómo la relación de fundamentación entre el hecho y la norma puede ser establecida y/o detectada a pesar del dualismo entre el *ser* y el *deber ser*, Pavlakos introduce la noción del “principio puente” que conecta al fundamento con el elemento fundamentado, convirtiendo, de esta forma, la relación diádica de fundamento y elemento fundamentado en una triádica de 1) fundamento; 2) principio puente, y 3) elemento fundamentado. Considera que el principio que conecta al hecho y al derecho, en el marco de la teoría de Kelsen, es la norma fundamental.⁴²

Esto podría ser, en realidad, un remedio parcial que explica cómo se produce la relación de fundamentación a pesar del dualismo entre el *ser* y el *deber ser*. Sin embargo, cada norma “superior” en la jerarquía jurídica tendría que contar como un principio puente porque, como norma de competencia, conecta determinados actos empíricos con una norma resultante, hilando el *ser* y el *deber ser*, por así decirlo. La naturaleza especial de la norma fundamental como un presupuesto implícito de cualquier cognición del derecho, su relación “simbiótica” con el sistema jurídico, se pierde en este modelo. No obstante, es sólo un defecto menor; la principal dificultad es que el estatus del principio puente es cuestionable. Sin duda, existen varios teóricos de la fundamentación que se basan en tales “principios puentes” o “condiciones de habilitación” para hacer comprensible la relación entre el fundamento y el elemento fundamentado.⁴³

Aunque parece que hay algo que no funciona: ¿cuál es la función exacta de un principio puente?, ¿es sólo un medio heurístico para hacer “transparente” una relación de fundamentación? Algunos pasajes en el texto de Pa-

⁴¹ Kelsen, Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tubinga, Mohr, 1920, p. 95 (la traducción es nuestra).

⁴² Pavlakos, George, *op. cit.*, p. 486.

⁴³ Sobre la necesidad de leyes generales que constituyan la relación de fundamentación, véase Rosen, Gideon, “Ground by Law”, *Philosophical Issues, Metaphysics*, núm. 27, 2017, pp. 279-301.

vlakos parecen insinuar esto; por ejemplo, cuando escribe sobre el principio puente que es necesario para la transparencia “epistémica” de la relación de fundamentación⁴⁴ y que la tarea de la norma fundamental es “conectar” la “brecha epistémica” entre sus elementos.⁴⁵ En este caso, sin embargo, seguiría existiendo la interrogante de cómo la norma fundamental nos permite conocer una relación de fundamentación preestablecida. Incluso si la relación entre el fundamento y el elemento fundamentado podría “esclarecerse” por la norma fundamental, la relación entre la norma fundamental y la propia relación de fundamentación podría permanecer “opaca”⁴⁶ (para usar el término de Pavlakos), al igual que el origen y la justificación de la norma fundamental.

Asimismo, la solución “heurística” no sería compatible con la teoría de Kelsen, ya que la norma fundamental es, para él, constitutiva del sistema jurídico. No sólo es instrumental para conseguir el acceso cognitivo a un sistema jurídico preexistente, sino que no habría un sistema jurídico sin ella. Además, si la norma fundamental sólo permite conocer una relación de fundamentación preexistente entre hechos y normas, introducirla no solucionaría la violación entre el dualismo *ser/deber ser*. ¿Quizá el principio puente no es simplemente un medio heurístico, sino que es constitutivo de una relación de fundamentación; es decir, fundamenta la relación de fundamentación, por así decirlo? Esto sería más acorde con el enfoque de Kelsen y podría eliminar la violación del dualismo *ser/deber ser*. Sin embargo, el problema con esta solución podría ser que el principio puente sería más fundamental que la propia relación de fundamentación. La fundamentación no sería ni primitiva ni fundamental. Entonces, como David Chalmers argumenta, fundar la relación de fundamentación en una ley metafísica, como un elemento externo a los elementos de fundamentación, es una “concepción fundamentalmente ajena” porque la intuición convincente conectada con la fundamentación es que debe ser una relación derivada de la “naturaleza” o “esencia” de sus elementos.⁴⁷

Cabría preguntarse si introducir un principio puente como una ley constitutiva no desplaza la fuerza explicativa de la relación de fundamentación, del fundamento hacia el principio puente, disolviendo así una expli-

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 485 y 486.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 487.

⁴⁶ *Opacidad* significa, en este contexto, que no es aparente como la conexión entre los elementos establecidos, de tal suerte que existe una brecha explicativa: puede haber diferentes mapeos, como lo llama Pavlakos. La *transparencia* se da si el “cómo” de la conexión es evidente; se consigue mediante principios puente.

⁴⁷ Chalmers, David, *op. cit.*, p. 10.

cación basada en una relación de fundamentación en algo que se asemeja mucho al modelo deductivo-nomológico tradicional de explicación (el esquema de Hempel-Oppenheim), de acuerdo con el cual el enunciado de una ley general y el enunciado en el sentido de que la condición nombrada en la ley general se dan conjuntamente, “explican” el enunciado que puede ser deducido de ellos. En este caso, la relación de fundamentación sería simplemente el resultado de una aplicación de leyes generales; no sería una concepción filosófica sustantiva y correría el riesgo de ser presa de la navaja de Ockham.

De hecho, la afinidad de la concepción triádica de la fundamentación con el modelo deductivo-nomológico de explicación parece ser un punto de encuentro entre la teoría de la fundamentación y el neokantismo, ya que el esquema deductivo es compatible no sólo con el enfoque neokantiano sobre las leyes generales en tanto ladrillos fundamentales de la realidad, sino con la propia representación de Kelsen de la jerarquía jurídica, de acuerdo con la cual la norma superior es un juicio hipotético “si-entonces” que, junto a un juicio que confirma que el antecedente de la norma superior se cumple, permite inferir —y explicar— la norma inferior.

VI. CONCLUSIÓN

La concepción de la norma fundamental es una parte integral de dos segmentos diferentes de la teoría de Kelsen. Por un lado, es parte de la teoría sobre la jerarquía jurídica que expresa el *Begründungsdenken*. Sirve como la regla de último nivel que establece los criterios de validez jurídica. Por otro lado, es parte de la epistemología neokantiana de Kelsen. Sirve como una condición lógico-trascendental; esto es, un presupuesto general implícito de la posibilidad de cualquier conocimiento jurídico.

En ambas funciones la reconstrucción de la norma fundamental como, valga la redundancia, un “fundamento” en el sentido de las teorías actuales de la fundamentación metafísica es difícil. En su función como parte de la jerarquía jurídica, la relación entre la norma fundamental y la Constitución podría decirse que es asimétrica, transitiva e irreflexiva. La sincronía está dada; la facticidad es problemática. Además, no existe una determinación completa de la Constitución por la norma fundamental. Pero por si lo anterior fuera poco, la norma fundamental pertenece a un metanivel lógico *vis-à-vis* la Constitución, de modo que un elemento de metanivel fundamentaría un elemento de nivel-objeto. Esto es contrario al significado intuitivo de la fundamentación, pues si se considera la norma fundamental como una

condición lógico-trascendental, las características de asimetría y no-reflexividad son problemáticas porque las condiciones lógico-trascentales al estilo de Kelsen se encuentran en una relación equilibrada de interdependencia con los juicios de la ciencia jurídica institucionalizada: el derecho. Se daría, además, la anomalía de que un elemento implícito, la norma fundamental, fundamentaría un elemento explícito: el derecho.

A primera vista parece más acertado un modelo que considera las normas jurídicas fundamentadas por hechos naturales, con la norma fundamental operando como “principio puente”. La relación sería asimétrica e irreflexiva y, para una visión positivista, los hechos parecen, en realidad, determinar por completo las normas jurídicas. Sin embargo, parece que no existe sincronía, y el estatus de la norma fundamental, en tanto principio puente, es muy dudoso. Su procedencia y justificación no estarían claras. Tomarla (sólo) como un medio heurístico supondría que existe una relación de fundamentación preexistente entre el hecho y el derecho que sólo hay que descubrir. Esto no sólo violaría el dualismo entre el *ser* y el *deber ser*, sino que también sería incompatible con uno de los principios esenciales de la teoría de Kelsen, de acuerdo con la cual no existe el derecho sin norma fundamental. Sin embargo, atribuir una función constitutiva a la norma fundamental en tanto principio puente quiere decir que la relación de fundamentación entre hechos y normas es simplemente un subproducto de la aplicación de una ley general. La fundamentación no podría considerarse como una relación primitiva o fundamental, pero podría, al menos para los propósitos actuales, ser remplazada por un modelo deductivo-nomológico de explicación. Aunque esto iría en contra de la intuición central de la teoría de la fundamentación.⁴⁸

Así, la teoría de la fundamentación es un campo en rápido desarrollo y no existen muchos principios que puedan considerarse fijos. Sin duda, al modificar las características de la fundamentación, podría ser posible atribuir una función de fundamentación a la norma fundamental. Pero el precio intelectual a pagar parece ser alto y la ganancia dudosa.

⁴⁸ En un artículo reciente (“On the (in)significance of Hume’s Law”, *Philosophical Studies*, núm. 179, 2022, pp. 633-653), Samuele Chilovi y Daniel Wodak sostienen que fundamentar normas jurídicas exclusivamente en hechos está en consonancia con el dualismo *ser* y *deber ser*. En pocas palabras, su argumento es que el derecho de Hume dice que uno no puede deducir ninguna proposición normativa de un conjunto puro de proposiciones no-normativas. Esta es una cuestión de vinculación. La fundamentación, por otro lado, es una relación de metafísica con la que no es congruente.