

Ulises Schmill

## La norma fundante básica y el origen conceptual de la normatividad

La mayor parte de las preguntas y proposiciones de los filósofos surgen del hecho de que no entendemos la lógica de nuestro lenguaje  
Wittgenstein, TLP: 4003

La finalidad de este trabajo consiste en presentar una crítica a la solución propuesta por diversos autores, en especial por Kelsen, al problema del origen teórico de la normatividad. Este es un problema central de la jurisprudencia. El uso de conceptos deónticos necesita una fundamentación, con objeto de evitar su uso indiscriminado y arbitrario. Es una tarea central de la ciencia jurídica establecer la fundamentación teórica de los conceptos deónticos, como son los de “obligación”, “permisión”, “prohibición” y “facultad” (prescindiendo del hecho de que “hay emociones más fuertes asociadas a los conceptos jurídicos) (cf. Ross, SDJ: 19) y esto significa establecer sus reglas de uso, pues sólo de esa manera es posible llegar a entenderse en la profusión de teorías basadas en las múltiples perspectivas con las que se ha intentado comprender el fenómeno, tan complejo, del Derecho. Se trata de legitimar teóricamente el uso de los conceptos jurídicos fundamentales.

### 1. Tránsito de “verse obligado a...” (Tesis de la motivación) a “estar obligado a...” (Tesis normativa)

Hart acuñó las expresiones “verse obligado a...” y “estar obligado a...” (Hart, CD: 103); la utilización del concepto de obligación en esta dualidad conceptual se justifica porque asume como modelo primigenio para la construcción del concepto del Derecho, el del mandato y su concepto correlativo de la obligación, sin tomar en cuenta las demás funciones normativas. (En este sentido sería congruente afirmar la distinción entre “verse facultado a” y “estar facultado a” o “ver prohibida la conducta X” a “estar prohibida la conducta X”). La primera de las expresiones expresa intuitivamente lo que puede denominarse *tesis de la motivación*; la segunda expresa lo que puede llamarse *tesis de la normatividad*. Es interesante señalar que Hart no explicó satisfactoriamente la justificación conceptual del tránsito de la primera a la segunda de las expresiones, como veremos más adelante. Sin embargo, estas expresiones resultan muy ilustrativas del problema planteado. Cuando por diversas circunstancias un individuo se encuentra en la necesidad de hacer algo o realizar una cierta conducta con el fin de

evitar la producción de un daño a su persona o sus bienes, se afirma que se “vio obligado a hacer” algo o realizar una cierta acción, como en el caso de la víctima del asaltante que exige la entrega de dinero y lo amenaza con una pistola. La víctima se vio obligada a entregar el dinero al asaltante, lo cual es equivalente a decir que fue motivada a hacerlo, que fue forzada a entregarlo. Algo muy distinto significa afirmar que un cierto sujeto “está obligado a” dar o hacer algo. Kelsen plantea la misma distinción cuando dice que el “deber ser” (*sollen*) tiene dos sentidos: uno subjetivo y otro objetivo, que se corresponden con la distinción posterior de Hart que hemos expuesto. El problema planteado trata de la fundamentación conceptual del tránsito de una descripción de ciertos hechos conductuales y sus procesos de motivación a la afirmación de la relación entre una conducta y una norma que la establece como obligatoria. En el fondo, el problema de este tránsito consiste en conocer el *origen de la normatividad*.

El problema del origen teórico de la normatividad ha sido planteado por diversos autores, de manera más o menos consciente y deliberada, sin haber llegado, en mi opinión, a una respuesta definitiva y clara. El autor que más se ha acercado a la solución de este problema es Hans Kelsen, aunque es necesario decir que en cierta medida se equivocó, aunque en su teoría existen los conceptos que pueden llevarnos a encontrar una respuesta clara y explícita al problema planteado. Como lo ha señalado Stanley L. Paulson (Paulson, IPLT: XXVI) sólo hay tres posibilidades para resolver el problema de la normatividad del Derecho: 1. la tesis *reductiva*, que intenta explicar al Derecho, en última instancia, con base en los hechos, lo que significa afirmar la inseparabilidad del Derecho y los hechos, es decir, del deber ser y el ser; 2. la tesis *normativa*, que separa el Derecho de los hechos y lo establece como una esfera normativa, generalmente relacionada con las normas morales; 3. la tesis *kelseniana*, que postula la separación del Derecho y la moralidad y no reduce el Derecho a elementos de carácter fáctico y determina su normatividad como una esfera autónoma e independiente. Cuando Kelsen, en las primeras líneas de sus libros sobre la teoría pura del Derecho, manifiesta que intenta crear una teoría del Derecho libre de toda consideración naturalista o moral, es decir, de la psicología y la biología, así como de la ética y la teología (cf. Kelsen, TPD1: 25-26 y TPD2: 15), estas afirmaciones debemos relacionarlas con el problema planteado de la distinción entre una ciencia causal de la conducta humana y una ciencia normativa, entre el ser y el deber ser, entre “verse obligado a” y “estar obligado a” de Hart. La pureza metódica es el principio que intenta deslindar el problema de la normatividad del Derecho de las ciencias normativas y causales. La exigencia de establecer una separación radical entre el Derecho y los hechos efectivos y la moralidad y, por tanto, de no hacer consideraciones causales en la explicación del Derecho positivo ni tampoco introducir elementos valorativos de origen moral o iusnaturalista y, sin embargo, concebir al Derecho como un orden normativo, es el gran problema de la normatividad del Derecho. Este problema entraña la necesidad de concebir a las normas jurídicas con conceptos normativos y establecer

el origen de los mismos, sin reducirlos a relaciones fácticas o a normas de cualquier tipo, ya sean morales o ficticias. Este problema consiste, en realidad, en establecer una hipótesis que posibilite comprender el carácter normativo del Derecho, separado de la moralidad y sin haberse disuelto en la psicología o la sociología. Dice Paulson:

[...] juntar la tesis de la normatividad con la tesis de la separabilidad es una genuina alternativa a las teorías tradicionales. [...] *bringing together the normativity thesis and the separability thesis, represents a genuine alternative to the traditional theories* (Paulson, IPLT: XXX).

## 2. Planteamiento sumario en otros autores

Diversos autores han hecho algunas consideraciones sobre este tema, sin que hayan llegado a una solución satisfactoria, debido a que la normatividad del Derecho la han fundado en otra normatividad, quedando el problema sin respuesta, pues la nueva normatividad requiere entonces su fundamentación y el establecimiento de su origen conceptual, lo que no se proporciona. El desplazamiento del fundamento de la normatividad a otra normatividad, deja sin responder el problema planteado. Ejemplos clásicos de esto son las teorías de Hobbes y Rousseau sobre el contrato social, pues el origen de la normatividad se encuentra en la norma contractual original (Hobbes, L: 239).

En John Austin encontramos la utilización de conceptos normativos para exponer las relaciones que tienen entre sí los diversos elementos del mandato, entendido como acontecimiento real. Considera que una orden, un mandato, es una manifestación de deseo, que se caracteriza por el hecho de que el sujeto al que se dirige está en la situación de sufrir un daño infligido por el emisor del mandato. Este daño posible es comúnmente llamado *sanción*. La situación en la que se encuentra el destinatario del mandato de sufrir un daño en caso de *incumplimiento* del mismo, se expresa diciendo que está *sujeto* u *obligado*, se encuentra bajo el *deber* de obedecerlo. La utilización de conceptos normativos para describir el *modus operandi* de los elementos que intervienen en la emisión de un mandato, es algo que debe fundarse teóricamente, pues es posible, como lo hace Max Weber (cf. Weber, SCMH: 111-112), prescindir de esas expresiones normativas y hablar sólo de probabilidades de conductas futuras.

En relación con lo anterior, es sabido que H. L. A. Hart encuentra en Austin su antecedente y creo que no logra superarlo, pues a partir de la distinción entre el aspecto externo de las reglas y el interno de las mismas, considera que los conceptos normativos sólo se presentan cuando la actitud ante las mismas es ésta última. La posición externa frente a las reglas determina la emisión de enunciados de regularidades de conducta, mientras que la posición interna, condicionada por la aceptación o reconocimiento de la regla, determina su obligatoriedad para el sujeto y permite hacer la crítica a las conductas que las incumplen y formular

exigencias de conformidad a las mismas. En un párrafo digno de mencionarse dice que “lo que vale la pena destacar es que la insistencia en la importancia o *seriedad* de la presión social que se encuentra tras las reglas es el factor primordial que determina que ellas sean concebidas como dando origen a obligaciones” (Hart, CD: 108). En esta tesis, el origen de la obligación es la seriedad de la presión social. Hart no define qué clase de presión social es la que da origen a obligaciones. Pero, tomando en cuenta cualquier clase de presión social y considerando que con ello se da origen a obligaciones, Hart se quedó, como Austin, atorado en el “verse obligado a”, o sea, en la tesis de la motivación, desconociendo que una obligación es un contenido específico de una norma, no de la seriedad de la presión social detrás de ella, pues esta presión puede no darse y, sin embargo, existir una obligación establecida por ella como parte de un orden jurídico eficaz. Lo que es de llamar la atención es que la tesis de la motivación intenta describir acontecimientos reales de motivación de la conducta efectiva con terminología normativa (obligación, sanción, permisión, etc.), *i.e.*, con terminología propia de la tesis de la normatividad, sin explicitar la justificación de ello para describir los hechos escuetos de poder. No dice cómo la seriedad de la presión social origina a la obligación, a los derechos, etc. José Antonio Ramos Pascua (RRTJH: 120), citando a Raz, relata que se ha intentado superar el dualismo del aspecto externo y el interno, postulando la existencia de una tercera clase de enunciados, a los que califica como *detached*, *i.e.*, distanciados, que describen el hecho de que otros estén comprometidos y aceptando las reglas. Sea como fuere todo lo anterior, una cosa es clara: en ningún caso se ha demostrado el origen teórico de los conceptos normativos.

En Heidelberg, Georg Jellinek se planteó el problema del origen de la normatividad, pues era algo que tenía que enfrentar al considerar la existencia de dos concepciones sobre el Estado: la concepción social y la jurídica y tenía que determinar el tránsito de una a otra. Este tránsito de lo social a lo normativo lo fundamenta en su famosa tesis de la “fuerza normativa de los hechos”, que expresa que una regularidad repetida da origen a la idea de la obligatoriedad de la conducta reiterada.

Pero la consideración de la fuerza normativa de los hechos, no sólo nos permite comprender exactamente los orígenes del Derecho, sino también la existencia del orden jurídico; porque lo real tiene en general una tendencia psicológica a transformarse en obligatorio (Jellinek, TGEJ: 279).

Max Weber, el gran sociólogo, tiene una peculiar ambigüedad en su concepción del Derecho. Por una parte, afirma que las normas del Derecho son órdenes garantizados “externamente por la probabilidad de la coacción física o psíquica ejercida por una cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia del orden o castigar su transgresión” (Weber, ES: 27). Esta observación se refiere al plano de la realidad y lo describe con terminología normativa, pero por otra parte, los elementos que determinan que un orden (máximas que orientan efectivamente la conducta) se considere válido (como

modelo de conducta considerada obligatoria) son extraños y ajenos al orden. Podríamos decir que “la atribución de validez legítima a un orden determinado” puede formularse en una o varias máximas, las que entonces se constituyen en un orden superior determinante de la legitimidad de la validez del orden al que se refieren. Podríamos formular éstas meta-máximas fundantes de la obligatoriedad o validez de otro orden de la siguiente manera, según la clasificación weberiana:

- *En méritos a la tradición*: Debes comportarte conforme a la tradición (validez de lo que siempre existió).

- *Creencia afectiva*: Debes comportarte conforme a lo nuevo revelado o de lo ejemplar.

- *Creencia racional con arreglo a valores*: Debes comportarte conforme lo que consideres absolutamente valioso; el tipo más puro de una validez racional con arreglo a valores está representado por el *derecho natural*.

- *En méritos a lo estatuido positivamente*: Debes comportarte conforme a lo estatuido positivamente en cuya legalidad crees; la forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la *legalidad*: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y *formalmente* correctos (Weber, ES: 30; PV: 85).

Debe observarse que la normatividad de un orden se atribuye, en Weber, a un conjunto de elementos ajenos o extraños (que se encuentran fuera) del orden al cual legitiman. Como elementos determinantes de la representación de la legitimidad de un orden, se encuentran dentro de la problemática de la sociología. Encontramos señaladas determinadas causas del surgimiento de estas representaciones de la legitimidad.

Nuestras cuatro meta-máximas de la legitimidad constituyen la formulación semántica de los elementos que atribuyen legitimidad a un orden, lo que quiere decir que las máximas que constituyen el orden se consideran “obligatorias o modelos de conducta” (Weber, ES: 25). Debe observarse que en el apartado 5.1 de *Economía y Sociedad* Weber habla de un mandato implícito en la validez. Es por ello que pueden formularse las máximas de la legitimidad. En estas máximas, la palabra “debe” está significando la normatividad correspondiente, no una obligación.

Ha sido Hans Kelsen quien se ha acercado extraordinariamente a la solución del problema del origen de la normatividad y ante su teoría nos encontramos en una situación muy particular, que podemos describir de la siguiente manera: encuentra el planteamiento correcto y la solución adecuada a nuestro problema, pero lo presenta de manera tal que incurre en el error lógico denominado “hipóstasis”. Pero si prescindimos de la hipóstasis en la que incurre y exponemos

de manera expresa un procedimiento conceptual específico aplicado sobre una formulación del modelo del mandato, podremos arribar a establecer el origen teórico de la normatividad y a explicarnos porqué Austin, Hart y Weber utilizan términos deónticos para describir acontecimientos reales.

En su primera obra de 1911 (HP) Kelsen lleva a cabo el abandono de la concepción imperativa de las normas jurídicas, a partir de una teoría del mandato, para arribar a la concepción de que las normas jurídicas deben determinarse (describirse) con enunciados condicionales, a los que llamó posteriormente “proposiciones jurídicas” o “reglas de Derecho” (Kelsen, TGDE: 53), conclusión a la que llega por considerar que el Derecho positivo es un orden coactivo de la conducta humana. Por ello, la fórmula canónica de la proposición jurídica es la de un enunciado condicional, en cuya consecuencia se encuentra establecido un acto de coacción si se dan ciertas condiciones: Si A es *debe ser (sollen)* B (coacción), (cf. Kelsen, TPD1: 49; TPD2: 57, 91, 93; TGE: 62; TGDE: 54) esta relación dentro de la proposición jurídica la denomina *imputación periférica*.

La amplitud del concepto del *deber ser (sollen)*, no restringido al ámbito del Derecho, sino al sentido de todo acto de mandato (cf. Kelsen, TPD2: 18), de toda orden, lo impulsa a distinguir dos sentidos del *deber ser (sollen)*, como ya lo hemos observado anteriormente: el sentido subjetivo y el sentido objetivo. La orden del asaltante dirigida a su víctima tiene el sentido de un *deber ser (sollen)* de carácter subjetivo (cf. Kelsen, TPD2: 57-58), lo cual se puede correlacionar con el “verse obligado a” de Hart, mientras que la orden de entregar una cierta cantidad de dinero al recaudador de impuestos tiene el sentido de un *deber ser (sollen)* de carácter objetivo (cf. Kelsen, TPD2: 58), lo cual se puede correlacionar con el “estar obligado a” del autor inglés. Débese, entonces, proporcionar el criterio para discriminar entre ambos sentidos del *deber ser*. Este criterio consiste en que, en el caso del sentido objetivo de un acto de mandato, el funcionario de Hacienda se encuentra facultado para crear la norma que establece la obligación de entregar una cierta suma de dinero, mientras que en el caso del asaltante no es posible encontrar o señalar tal norma que faculta. El concepto de la facultad es lo que permite distinguir entre los dos sentidos del *deber ser (sollen)*. Este concepto es repetido en múltiples ocasiones en las obras de Kelsen, pero se encuentra sintetizado con mucha claridad en el siguiente texto, que se transcribe en su integridad para que el lector pondere el pensamiento de nuestro autor:

La pregunta por el *fundamento de validez* de una norma jurídica perteneciente a determinado orden jurídico estatal puede surgir – como se indicó en un contexto anterior – con ocasión de un acto coactivo, por ejemplo, cuando un hombre priva por la fuerza de su vida a otro, provocándole la muerte en la horca; se pregunta entonces por qué ese acto es un acto jurídico, la ejecución de una pena, y no un homicidio. Como acto jurídico, y específicamente, como ejecución de una norma, y no como un homicidio, el acto en cuestión sólo puede ser interpretado cuando ha sido instituido por una norma jurídica y, en especial, por una norma jurídica

individual; es decir, cuando el acto es cumplido como debido en mérito a una norma que aparece como sentencia de un juez. Con ello surgen las preguntas de cuáles sean las condiciones bajo las cuales tal interpretación es posible: ¿por qué en ese caso se trata de una sentencia judicial?; ¿por qué vale la norma individual así estatuida?; ¿por qué es una norma jurídica válida, perteneciente a un orden jurídico que, en consecuencia, debe ser aplicada? La respuesta a estas preguntas es: porque esa norma individual fue dictada en aplicación del código penal, código que contiene una norma general según la cual, bajo condiciones verificadas en el caso dado, debe aplicarse una pena capital. Si se preguntara por el fundamento de validez de ese código penal, se obtendría la respuesta: el código penal vale por haber sido promulgado por un organismo legislativo, organismo facultado por una norma de la constitución del Estado, a imponer normas generales. Si se pregunta ahora por el fundamento de validez de la constitución del Estado, sobre la cual reposa la validez de todas las normas y la validez de las normas individuales producidas con fundamento en esas normas generales, es decir, si se pregunta por el fundamento de validez de las normas que regulan la producción de normas generales, en tanto determinan qué órganos y mediante qué procedimientos se deben producir normas generales, se llegaría quizás a una constitución del Estado más antigua. Esto es, se fundaría la validez de la constitución estatal existente en que se habría originado conforme a las disposiciones de una constitución estatal anterior, por vía de una enmienda constitucional conforme a la constitución, es decir, conforme a una norma positiva establecida por una autoridad jurídica. Y así se continuaría hasta llegar por fin a una primera constitución histórica del Estado, que no habría surgido por esa vía y cuya validez, en consecuencia, no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica. Es decir, se llegaría a una constitución del Estado implantada revolucionariamente, esto es, mediante ruptura con la constitución estatal preexistente, o cuya validez hubiera sido implantada en un dominio que previamente no habría sido, en general, dominio de validez de ninguna constitución estatal, ni del orden jurídico estatal que en ella se sustenta. [...] que la validez de esa constitución el suponer que es una norma obligatoria, tiene que ser *presupuesta*, si es que debe ser posible interpretar los actos realizados de acuerdo con ella como actos de producción o de aplicación de normas jurídicas generales válidas... Puesto que el fundamento de validez de una norma sólo puede ser nuevamente una norma, el presupuesto de esa norma no puede ser una norma impuesta por una autoridad jurídica, sino una norma presupuesta... Como se trata de una norma fundante básica de un orden jurídico, esto es, de un orden que estatuye actos coactivos, el enunciado que describe esa norma, el enunciado básico del orden jurídico estatal en cuestión, reza: *los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella* (en forma abreviada: uno debe comportarse como la constitución lo prescribe) (Kelsen, TPD2: 207-208. Énfasis añadido por USO).

Aquí encontramos expuesta la tesis fundamental de Kelsen sobre el origen de la normatividad. Debe observarse que el fundamento último del Derecho, entendido como un orden normativo, es una norma, a la que ha denominado de diversas maneras como norma de origen (*Ursprungnorm*, seguramente por influencia de la filosofía de Hermann Cohen, *norma fundamental hipotética, norma fundante básica*). El contenido de esta norma fundante básica (de aquí en adelante NFB) se encuentra en la parte enfatizada de la transcripción anterior.

### 3. Caracteres de la Norma fundante Básica (NFB)

García Amado (HKNF: 27 y ss) hace una relación muy instructiva de los caracteres de la NFB en la teoría de Kelsen. Considera que son los siguientes:

1.- Es una *norma*; este carácter es esencial debido a un postulado crucial de la teoría kelseniana: el fundamento de validez de una norma sólo puede ser otra norma, nunca un hecho real o una situación cualquiera, por el dualismo radical entre los enunciados de *ser* y los de *deber ser*.

2.- Es una norma *jurídica*; la determinación de la juridicidad de la NFB es problemática, por lo que solamente la menciono sin entrar o discutir su exactitud, pues no tiene trascendencia para nuestros fines.

3.- Es una norma *no positiva*; es una norma no establecida por un acto humano de voluntad, sino por un acto de pensamiento. Kelsen ha sostenido que ninguna norma existe que no sea positiva, que no sea el sentido de un acto de voluntad, acto que es un acontecimiento que se da en la realidad y que puede ser percibido por los sentidos y explicado causalmente. Por ello afirma, que la norma tiene una existencia *ideal*, la cual es su existencia *específica*, en contraposición con la existencia, ya no ideal, sino real del acto por el cual es establecida. Esta existencia específica consiste en ser el *sentido* de un acto de mandato, que Kelsen lo tipifica diciendo que es un acto de voluntad, en tanto que el mandato es concebido, muy al estilo de Austin, como una manifestación de voluntad dirigida intencionalmente a otro sujeto exigiéndole que este se comporte de cierta manera.

“Norma” es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza (*ermächtigt*: faculta), un comportamiento. Debe tenerse en cuenta con ello, que la norma, como sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye. Dado que la norma es un deber (*Sollen*: deber ser), mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser. De ahí que la circunstancia de hecho que se presenta en el caso de un acto semejante, tendrá que ser descrita mediante el enunciado: alguien quiere que otro se deba comportar de determinada manera. La primera parte del enunciado se refiere a un

ente existente, al hecho real del acto de voluntad; la segunda parte, a un deber, a la norma como sentido del acto (KELSEN. TPD2: 19).

En la discusión que tuvo lugar en 1963, Kelsen es sumamente explícito y claro en esta distinción:

La existencia de una voluntad es una existencia de todo distinta a la existencia del sentido de una voluntad. Un acto tiene un sentido determinado. El ser de este acto es un ser natural, que puedo percibir, que puedo ver, oír, tocar, pero el sentido del acto no puedo verlo, oírlo o tocarlo. Él es un ser *ideal (ideelles)*, distinto del ser real. Husserl ha hecho con todo derecho, como yo creo, esta distinción en sus investigaciones lógicas (Kelsen, GN: 123).

Debemos observar adicionalmente, en relación con este carácter no positivo de la NFB que existe una manifestación verbal de Kelsen en una muy interesante discusión que se dio en 1963, mencionada más arriba, en donde manifestó lo siguiente:

En mis escritos anteriores yo he hablado de normas que no son el sentido de actos de voluntad. Toda mi teoría de la norma fundamental la he representado como una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es presupuesta por el pensamiento. Señores míos, ahora tengo que afirmar a Ustedes lamentablemente que yo no puedo seguir sosteniendo esta teoría, que debo renunciar a ella. Pueden Ustedes creerme que no me es fácil de ninguna manera renunciar a una teoría que he representado por decenios. He renunciado a ella con base en el conocimiento de que un deber ser tiene que ser el correlato de una voluntad. Mi norma fundamental es una norma *fingida*, que presupone un acto de voluntad *fingido* que establece esta norma. Es la ficción de que cualquier autoridad quiere que algo debe ser. Me reprochan con razón que yo hable contra mi propia teoría, que yo mismo he sostenido. Esto es completamente correcto: yo tengo que modificar mi teoría de la norma fundamental en su presentación. No puede haber normas meramente pensadas, es decir, normas que sean el sentido de actos de *pensamiento*, que no sean el sentido de actos de *voluntad*. Lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de un acto de voluntad, que no existe en la realidad (Kelsen, GN: 119-120)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Ich habe in meinen früheren Schriften von Normen gesprochen, die nicht der Sinn von Willensakten sind. Meine ganze Lehre von der Grundnorm habe ich dargestellt als eine Norm, die nicht der Sinn eines Willensaktes ist, sondern die im Denken vorausgesetzt wird. Nun muss ich Ihnen leider gestehen, meine Herren, dass ich diese Lehre nicht mehr aufrechterhalten kann, dass ich diese Lehre aufgeben musste. Sie können mir glauben, dass es mir durchaus nicht leicht war, eine Lehre aufzugeben, die ich durch Jahrzehnte vertreten habe. Ich habe sie aufgegeben in der Erkenntnis, dass ein Sollen das korrelat eines Wollens sein muss. Meine Grundnorm ist eine *fiktive* Norm, die einen *fiktiven* Willensakt voraussetzt, der diese Norm setzt. Es ist die Fiktion, dass irgendeine Autorität will, dass dies sein soll. Sie werfen mir mit Recht vor, dass ich gegen eine eigene, con mir selbst vertretene Lehre spreche. Das

Éste fue un acto teórico que tiene dimensiones heroicas. Llega a la conclusión de que no es una norma positiva y rechaza la existencia de normas que no sean positivas, es decir, de normas que no sean el sentido de un acto de voluntad. En ATN afirma que no hay legislación sin legislador, que no hay un mandato sin un sujeto ordenador.

4.- ¿Es una norma *válida*?; aquí nos encontramos nuevamente frente a un problema fundamental, que no tiene trascendencia para la problemática que investigamos, por lo que no entraremos a su análisis detallado.

5.- Es una norma *originaria*; esto significa que la NFB es una norma cuya validez no depende de ninguna norma superior o antecedente. García Amado cita un texto del *Compendio* en donde se expresa el carácter originario de la norma básica:

[...] todo acto jurídico-positivo de creación de una norma es a la vez un acto de ejecución de otra norma superior. Solamente el acto *lógico-primario de suposición de la norma fundamental* no representa momento ninguno de ejecución, porque a fuer de primero es pura creación sin previo antecedente. (García Amado, HKNF: 42)

6.- Es una norma *retrospectiva*; para entender lo que quiere decir García Amado con esta característica debe tenerse en cuenta lo siguiente: el contenido de la NFB consiste en establecer como órgano fundamental de un orden jurídico, como órgano primario del mismo, al órgano constituyente, ya sea una asamblea democrática ya sea un usurpador, un rey o quien se quiera. La NFB se refiere al órgano constituyente para darle ese carácter. Por ello, su contenido se reduce a establecer una facultad jurídica (*empowerment, Ermächtigung*) de creación normativa en el órgano constituyente. De ello resulta que el primer acto constituyente es claramente ejecución de la NFB y, por ello, la constitución positiva de un Estado es la primera norma subordinada a la NFB que ha sido creada por el órgano instituida por ella.

7.- Es una norma *mutable*; en esta característica se encuadra el problema de la modificación del orden jurídico por una revolución, que produce un cambio en la NFB (cf. Kelsen, CTGE: 151, citado por García Amado, HKNF: 48).

8.- *Disponibilidad* de la NFB; esta característica es algo que puede desconcertar a los lectores de Kelsen. Consiste en que no es necesario presuponer la

ist vollkommen richtig: Ich musste meine Lehre von der Grundnorm in ihrer Darstellung modifizieren. Es kann nicht bloss gedachte Normen geben, d. h. Normen, die der Sinn eines Denkakten, nicht der Sinn eines Willensaktes sind. Was man sich bei der Grundnorm denkt, ist die Fiktion eines Willensaktes, der realiter nicht besteht.

NFB y que los hechos sociales que son la materia de la jurisprudencia pueden ser interpretados de manera sociológica y excluir su interpretación normativa. Esto quiere decir que la interpretación normativa de los actos de poder no es *necesaria*, sino que puede el teórico contentarse, como hace Weber, con las probabilidades de ciertas consecuencias fácticas.

La postulación de la NFB es la condición o presupuesto conceptual para poder interpretar los hechos de dominación como actos de instauración de normas jurídicas válidas. Es el supuesto fundamental para transitar de la tesis de la motivación a la tesis de la normatividad. La constitución positiva de un Estado, si se considera válida, es porque se ha presupuesto la NFB que establece la facultad de la asamblea o del usurpador para dictar la constitución.

[...] la validez de esa constitución, el suponer que es una norma obligatoria, tiene que ser *presupuesta*, si es que debe ser posible interpretar los actos realizados de acuerdo con ella como actos de producción y aplicación de normas jurídicas generales válidas, y los actos realizados en aplicación de esas normas generales válidas, como la producción o aplicación de normas individuales válidas...Es decir, una norma que es presupuesta cuando el sentido subjetivo del hecho constituyente y el sentido subjetivo de los hechos productores de normas cumplidos conforme a la constitución, son interpretados como su sentido objetivo (Kelsen, TPD2: 208).

Para concluir, el presupuesto de la norma fundante básica constituye la base con la cual los sentidos subjetivos de los actos de voluntad se ordenan en una pirámide normativa, otorgando validez objetiva a las significaciones de los actos de voluntad (cf. Kelsen. S: 69).

9.- Condicionada por la *eficacia*: la presuposición de la NFB está condicionada por la eficacia del ordenamiento normativo al que fundamenta. Tiene que darse un conjunto de actos de poder reales para que pueda presuponerse a la NFB, lo cual no significa que la validez normativa se confunda con la eficacia (cf. Kelsen, TGE: 24-25).

Es interesante consignar en este lugar que en la visita de Kelsen en 1960 a la ciudad de México, el autor de este ensayo tuvo la oportunidad de conversar con él en varias ocasiones, en una de las cuales se planteó el problema de la relación entre la validez y la eficacia de las normas jurídicas. De todos es conocida la tesis de que la eficacia es *conditio sine que non* de la validez, pero no la *conditio per quam* de ella. En aquella ocasión Kelsen me expresó lo siguiente: que las relaciones entre la validez del orden jurídico y su eficacia era un problema que durante 50 años lo había atormentado, de manera que había tenido dentro de su propio pecho una guerra continua. Pensaba que no lo había solucionado de manera satisfactoria. Que su teoría de las condiciones mencionada se le había ocurrido leyendo un libro de Prantl sobre historia de la lógica, en el que expone la doctrina medieval de las condiciones. Pensó que podría aplicarse al problema de la relación entre la validez y la eficacia del orden jurídico, considerando a ésta

como la *conditio sine que non* de la validez, pero no la *conditio per quam* de ella. Ilustró su lucha intelectual con este problema con una mención del *Fausto* de Goethe: Fausto tiene que pintar en el suelo un “pentagrama”, que no es otra cosa que una estrella de cinco picos dibujada sin levantar el lápiz del papel, uno de los cuales tiene un abertura, por donde entra el diablo. Tomó una servilleta de papel de la mesa del restaurante y dibujó el pentagrama y me dijo que observara que por la punta abierta podía entrar el diablo, pero que también por la misma punta podría escapar.

Si se pregunta por aquello de que depende el contenido de la norma básica que da fundamento a un orden jurídico determinado, he aquí lo que muestra un análisis que examina los juicios jurídicos en su último supuesto: ese contenido se rige por la situación de hecho en que es producido aquel orden al que corresponde, hasta un cierto grado, la conducta efectiva de los hombres a que el orden se refiere. “hasta un cierto grado”; no es exigible una correspondencia completa y sin excepciones[...] La validez de un orden jurídico que regula la conducta de determinados hombres se encuentra, por tanto, en una cierta relación de dependencia respecto del hecho de que la conducta real de esos hombres corresponda al orden jurídico, respecto de su eficacia, como suele decirse. Esta relación -tal vez pueda designársela en forma figurada como la tensión entre el deber ser y el ser- no puede ser de otro modo determinada que por un límite superior y otro inferior. La posibilidad de correspondencia no puede sobrepasar un máximum determinado, ni descender de un mínimum determinado. (Kelsen, TPD1: 102-103).

La teoría de las condiciones de la validez se encuentra con toda claridad expuesta en su TGDE: 119 y 140, en CTGE: 121 y S: 67.

#### 4. *Funciones de la NFB*

Stanley L. Paulson (Paulson, BBN: 17 y ss) ha presentado diez formulaciones de la NFB, las que no es necesario exponer en este lugar. Estas formulaciones, en realidad, son las funciones que lleva a cabo la NFB dentro de la teoría de Kelsen, funciones que se exponen a continuación, indicando entre paréntesis el número de la formulación en la enumeración hecha por Paulson. Si analizamos la formulación canónica de la NFB, encontramos en ella los siguientes elementos y funciones:

- 1.- es la constitución en sentido lógico-jurídico (Paulson 6);
- 2.- confiere el sentido normativo al Derecho (Paulson 7);
- 3.- es la base última de la validez jurídica, entendiendo por “validez” a la pertenencia a un orden normativo y su “obligatoriedad” (Paulson 1 y 2);
- 4.- la constitución es norma suprema (Paulson 1);
- 5.- es un enunciado condicional, que expresa el sentido del *deber ser* o imputación periférica;
- 6.- la consecuencia del enunciado condicional tiene por contenido la referencia a actos coactivos (Paulson 2);

7.- establece que los actos coactivos deben realizarse si se dan ciertas condiciones (Paulson 5 y 8);

8.- las condiciones y la manera en que deben ejecutarse los actos coactivos los establece la constitución y las normas creadas *conforme* a ella (Paulson 3, 9 y 10);

9.- la constitución establece las formas o procedimientos de creación de las normas inferiores a ella;

10.- el Derecho se concibe como un orden positivo, coactivo, coherente, unitario y dinámico de normas (Paulson 4 y 5);

Con lo anterior, debe concluirse que en su formulación canónica se encuentra *proyectado el concepto del Derecho* que expone Kelsen en su teoría pura del Derecho (cf. García Amado, HKNF: 15). Es un resumen de las notas definitorias del orden jurídico. Esto es lo que García Amado menciona como la “función de respaldo de los caracteres atribuidos al ordenamiento jurídico” (García Amado, HKNF: 74 y ss). Dice este autor:

[...] cuando KELSEN quiere dotar al Derecho de una determinada característica, fundamenta ésta remitiéndola a la norma fundamental y diciendo que al presuponer ésta como fundamento de la validez jurídica o específico modo de ser del Derecho, va implícito en ese presupuesto ese carácter que interesa demostrar. En ese sentido, la norma básica funciona como una especie de cajón de sastre en el que KELSEN mete y saca continuamente las notas que en cada momento estima como definitorias del Derecho... Si lo que diferencia el orden jurídico de otros órdenes, como la moral, es un modo particular de ejercer la coacción, tal peculiaridad se basará también en la norma fundamental, pues a fin de cuentas ésta sirve para diferenciar e independizar al Derecho de cualquier otra realidad, fáctica o normativa, fundamentando su validez autónoma y específica (García Amado, HKNF: 87).

##### 5. Críticas de la NFB

a) No puede ser una norma: la primera objeción que debe hacerse a la NFB es que no puede ser una norma jurídica, de cualquier clase o carácter que se quiera, ni positiva ni pensada. Conforme a Kelsen sólo hay dos clases de normas: 1) las normas positivas, creadas o producidas por actos de conducta humana empíricamente determinables en el tiempo y en el espacio y que constituyen el material normativo sobre el cual la ciencia jurídica realizará su labor expositiva y ordenadora; 2) la norma presupuesta, la NFB, con base en la cual se fundamenta la validez de todas las demás normas del orden jurídico. Esta es una norma puesta por el pensamiento. No es una norma positiva. Las primeras son el sentido de actos volitivos, de manifestaciones de voluntad de ciertos sujetos dirigidos intencionalmente a otros sujetos con la función de determinar o condicionar ciertos tipos de conductas. En cambio, la segunda, la NFB, no es el sentido de un acto de voluntad, sino el sentido de un acto de pensamiento, que se presupone en toda

afirmación de un enunciado jurídico y normativo. Hay normas que son el sentido de actos volitivos y una norma que es el sentido de un acto de pensamiento.

Si la NFB fuera una norma tendría que ser el objeto de estudio de la jurisprudencia, tendría que constituir parte del objeto de investigación de la ciencia del Derecho y no podría ser el fundamento presupuesto por el pensamiento sobre el Derecho.

b) Dualismo normativo: con la NFB se establece un dualismo dentro de la teoría jurídica, pues no hay dos clases de normas en el Derecho: las positivas y la pensada. El pensar no es ni puede ser creador de norma alguna.

c) La NFB y los conceptos jurídicos fundamentales: tal como está formulada la NFB por Kelsen, ella contiene los conceptos fundamentales de las relaciones de los contenidos posibles de un orden jurídico. Todos los conceptos jurídicos fundamentales se refieren al contenido de las normas positivas y determinan el *modus operandi* de esos contenidos en sus relaciones recíprocas. La formulación de los conceptos de las relaciones de los contenidos de las normas positivas no lo puede proporcionar un elemento perteneciente al propio orden, es decir, una norma jurídica no puede determinar el concepto de las relaciones recíprocas de los contenidos de las normas positivas, pues esta es un rendimiento propio de la ciencia jurídica. Por ello, la NFB no puede ser una norma, sino debe ser una proposición jurídica, una formulación, en el meta-lenguaje de la jurisprudencia, que especifique las relaciones mutuas de los diversos contenidos de las normas jurídicas.

d) La facultad como contenido de las normas: la facultad es el contenido de la norma positiva que establece el proceso de creación de otra u otras normas. El orden dinámico se desarrolla por medio del ejercicio de las facultades establecidas en las normas superiores de la pirámide normativa. Temporalmente considerada la jerarquía normativa, las normas superiores preceden a las normas inferiores, pues estas constituyen el sentido de los actos de ejecución de la facultad establecida en la norma superior. Esto no acontece con la NFB, si se considera que establece la facultad del órgano constituyente. Habría el ejercicio de una facultad sin la norma positiva correspondiente. Debe recordarse que sólo retrospectivamente se afirma el presupuesto de la NFB cuando la Constitución es eficaz y ya se ha formado un orden normativo individualizado.

e) El hecho del Derecho y su positividad: de manera análoga a la concepción expresiva de las normas de Alchourrón y Bulygin (cf. CEN), conforme a Kelsen, concebimos a las normas como normas positivas, lo que quiere decir que las comprendemos en unión inescindible con el acto de su producción, así: a(n).

En el inciso siguiente f) se analizará el concepto de “fundamentación de una norma”. En lo que sigue se expondrá ortodoxamente la tesis de Kelsen.

Aceptemos que el fundamento de una norma positiva es otra norma positiva, pero debemos detenernos cuando llegamos a la primera norma positiva, la Constitución, si prescindimos, para la sencillez en la explicación, del Derecho Internacional. Preguntarnos por su fundamento normativo de la validez es preguntarse por el fundamento normativo de la validez de todo el orden (Ccf. *supra* 3, 9 y 10 de las funciones de la NFB), lo cual no es posible lógicamente hablando. Es una especie de conducta propia del barón de Münchhausen. Debe afirmarse que sólo puede preguntarse por el fundamento de una norma dentro del orden positivo, es decir, de manera *inmanente*, no de manera trascendente. La base de esto se encuentra en lo siguiente:

Desde el punto de vista que hemos adoptado, debemos considerar a cada norma jurídica positiva como un hecho. Esto puede verse claramente en nuestro esquema a(n): toda n es el sentido de un acto a. Los actos cuyo sentido son normas son acontecimientos que se producen en el tiempo y en el espacio; son empíricamente comprobables. Si el Derecho es un conjunto de normas positivas debemos considerar que, en su conjunto, es un hecho complejo también. El Derecho debe ser considerado como un conjunto de *hechos históricos empíricamente comprobables y como hechos simplemente existen y no requieren de fundamentación*. Sólo se fundamentan las afirmaciones, los enunciados. Los hechos se pueden explicar, se pueden describir, pero no fundamentar normativamente. El problema que representa la eficacia para la teoría del Derecho deriva precisamente de aquí: *la eficacia es el concepto que designa la existencia empírica del Derecho positivo*. Es en este sentido que podemos hablar del “hecho del Derecho”.

Rudolf Eisler escribió a principios del siglo pasado un famoso diccionario de filosofía (Eisler, EHP), en donde se encuentra la siguiente entrada<sup>2</sup>:

Fundamento (Lógos, ratio) no debe confundirse con causa, es lógicamente entendido, no un acontecimiento cualquiera que condiciona a otro, sino cualquier contenido cognoscitivo, cuya validez justifica (“begrundet”) la validez o afirmación (Aufstellung) de un juicio (la conclusión: der “Folge”). Así como sólo conceptuamos una conducta cuando conocemos su motivación (Beweggrund), así podemos tener por verdadero un juicio, que no vale a priori por ser inmediato o presentado por vía de la sensación, y considerarlo válido, cuando vemos que es consecuencia de otro juicio reconocido. (Eisler, EHP: 263)

<sup>2</sup> *Grund*: (Lógos, ratio), nicht mit Ursache (s. d.) zu verwechseln, ist, logisch verstanden, nicht etwa ein Geschehen, welches ein anderes bedingt, sondern derjenige Erkenntnisinhalt, dessen Gültigkeit die Geltung oder Aufstellung eines Urteils (der “Folge”) rechtfertigt (“begrundet”). So wie wir eine Handlung nur begreifen, wenn wir ihren “Beweggrund” kennen, so können wir ein Urteil, das nicht unmittelbar (a priori) oder auf Grund der Wahrnehmung einleuchtet und gilt, nur für wahr halten, gelten lassen, wenn wir einsehen, dass es aus andern, anerkannten Urteilen folgt.

Los hechos o los actos no pueden estar incluidos en un razonamiento o en una argumentación. Los hechos o los actos pueden estar causados, o ser la causa de efectos. Los enunciados sobre ciertos hechos o actos sí pueden estar fundamentados o justificados lógicamente. Por lo tanto, las normas, como el sentido de ciertos actos, son estos actos en tanto poseen un sentido dirigido a la conducta de otros sujetos. Los actos normativos no pueden estar fundamentados.

f) El concepto de la “fundamentación de una norma”: ¿Qué significa fundamentar la validez de una norma, si por validez de una norma se entiende su existencia específica? ¿Es acaso posible “fundamentar” la existencia de una norma? Se puede mostrar su existencia señalando el acto humano cuyo sentido es la norma, pero un acto o hecho humano no requiere ni puede requerir fundamentación. Ya hemos dicho que sólo se fundamentan los enunciados.

Para afirmar que el fundamento de una norma sólo puede ser otra norma es necesario previamente realizar un procedimiento de abstracción, de separación, sobre el acto normativo para concentrarnos en la formulación lingüística del sentido del acto y atenemos a ella. Tenemos entonces a la “norma”. Es decir, de a(n) nos desprendemos de “a” para atenemos a la formulación verbal del sentido de “a”, es decir, para tener exclusivamente “n”. Pero “n” no puede comprenderse con independencia de “a”, pues solamente es su sentido o lo que podríamos denominar, es la dimensión material de realización del acto orgánico. Por ello, las normas de un orden dinámico nunca pueden ser deducidas de otras normas, pues la deducción, como procedimiento lógico, no constituye el proceso de creación de otra norma ni es el contenido de las normas que establecen facultades (cf. polémica entre Bulygin LN y Schmill DL y LNP; Navarro, CDND: 71 y ss).

Pero esta abstracción sólo la puede hacer la jurisprudencia. Manipula el material dado a su consideración, consistente en desordenadas formulaciones lingüísticas normativas y establece un orden específico entre ellas, con base en los conceptos jurídicos fundamentales que ha establecido. El material del Derecho está constituido por *formulaciones formativas*, i.e., como una pluralidad de actos normativos a(n).

Hay un problema que surge de manera inmediata: conforme una interpretación ortodoxa de la teoría de Kelsen, por diversas que puedan ser las formulaciones de la NFB hay un hecho que permanece firmemente fijado en todas las consideraciones: la NFB establece la facultad del órgano constituyente para emitir una constitución o considera que la costumbre es el proceso fundamental de producción normativa, en el caso de una constitución consuetudinaria, si por lo pronto se prescindir del Derecho Internacional. Ahora bien, no hay facultad alguna que no sea el contenido de una norma. La facultad es una de las funciones de las normas positivas, lo que quiere decir que es un contenido específico de las normas. Si el órgano constituyente ejerce una facultad, la facultad constituyente, es decir, realiza los actos integrantes del proceso constituyente, eso es posible por que ha de existir una norma que lo establezca con esa característica. Por tanto, la NFB tiene que ser una norma. Es la constitución en sentido lógico-jurídico, según Kelsen.

Abundando en lo anterior, si representamos provisionalmente, siguiendo ortodoxamente la tesis de Kelsen, al orden jurídico, a partir de una sentencia que establece una sanción, de la siguiente forma,

$$(1) a_1(n_1)_{(const)} \cdot a_2(n_2)_{(ley)} \cdot a_3(n_3)_{(regl)} \cdot a_4(n_4)_{(sent)} (= X_{(ilícito)} \rightarrow Z_{(sanción)})$$

es claro que se requiere una norma que establezca como facultad el proceso o el acto constituyente, lo cual significa que debe existir una norma que establezca  $a_1$  como el acto o proceso de creación de la Constitución positiva. Tendríamos, entonces, que adicionar nuestro esquema con la norma que establece esa facultad constituyente y parece que este es el proceso intelectual consignado en la teoría pura:

$$(2) n_0 \cdot a_1(n_1)_{(const)} \cdot a_2(n_2)_{(ley)} \cdot a_3(n_3)_{(regl)} \cdot a_4(n_4)_{(sent)} (= X_{(ilícito)} \rightarrow Z_{(sanción)})$$

En este esquema cualquier norma precedente tiene por contenido el acto u actos subsecuentes;  $n_0$  tiene por contenido el acto o proceso constituyente  $a_1$  y  $n_1$ , la constitución, tiene por contenido el proceso legislativo  $a_2$  y así sucesivamente. Es la autogeneración del orden jurídico, la forma como el orden jurídico determina la creación de sus propios elementos.

Pareciera que damos la razón a Kelsen al considerar que el fundamento jurídico del Derecho es una norma fundamental  $n_0 = \text{NFB}$ . El fundamento de las normas jurídicas sería una norma no jurídica. ¿Qué nos autoriza a inventar una norma no positiva como fundamento de validez de las demás normas positivas? Sólo un concepto basado en el axioma de que el fundamento de validez de una norma sólo puede ser otra norma, lo cual tiene como sustento la hipótesis de que los enunciados de ser son esencialmente distintos de los enunciados de deber ser. Es el dualismo epistemológico de ser y deber ser.

Es muy significativo observar la manera como Kelsen expone el razonamiento que lo llevó a postular la NFB, pues en este texto se advierte con toda claridad que su perspectiva es la ofrecida por la jurisprudencia dogmática o positiva:

La fundamentación de la validez de una norma positiva (esto es: impuesta mediante un acto de voluntad), que obliga a determinada conducta, se efectúa con un *procedimiento silogístico*. En este silogismo, la premisa mayor es una norma considerada objetivamente válida (o mejor: *el enunciado de semejante norma*), según la cual debe uno comportarse obedeciendo las órdenes de una determinada persona, es decir, comportarse como al sentido subjetivo de esos actos imperativos. La premisa menor afirma el hecho de que esa persona ha ordenado que uno debe actuar de determinada manera; la conclusión afirma la validez de la norma: uno debe comportarse de esa determinada manera. La norma, cuya validez es expresada en la premisa mayor, legitima así el sentido subjetivo del acto imperativo, cuya existencia afirma la premisa menor, como su sentido objetivo. Por ejemplo: deben obedecerse las órdenes divinas; dios ha ordenado obedecer las órdenes de los padres. Por lo tanto, se debe obedecer a los padres (Kelsen, TPD2: 210. Énfasis añadido por USO).

Si la fundamentación de la validez de una norma positiva se lleva a cabo a través de un silogismo, debemos hacer algunas puntualizaciones. El enunciado que expresa el contenido de la norma es el que tiene que ser fundamentado. La afirmación de la validez de una norma positiva es un enunciado en el meta-lenguaje de la ciencia del Derecho, que se refiere a esa norma relacionándola con el contenido de otras normas, enunciados que pueden ordenarse en un silogismo de la manera en que lo muestra Kelsen. Puede esquematizarse de la siguiente manera:

PM V{(n<sub>2</sub>)<sub>(ley)}</sub>  
 Pm V{a<sub>4</sub>}  
 Concl V{(n<sub>4</sub>)<sub>(sent)</sub>(= X<sub>(ilícito)</sub> → Z<sub>(sanción)</sub>)}

En el anterior esquema del silogismo sobre la validez de la norma que aparece en el renglón de la Conclusión, tanto la premisa mayor PM, como la premisa menor Pm y la conclusión está precedidas por el signo “V” para indicar que son enunciados formulados en el meta-lenguaje de la ciencia del Derecho. Si repetimos este esquema, obtenemos la cadena que hemos presentado anteriormente:

(3) [V{a<sub>1</sub>(n<sub>1</sub>)<sub>(const)</sub> • a<sub>2</sub>(n<sub>2</sub>)<sub>(ley)</sub> • a<sub>3</sub>(n<sub>3</sub>)<sub>(regl)</sub> • a<sub>4</sub>(n<sub>4</sub>)<sub>(sent)</sub>(= X<sub>(ilícito)</sub> → Z<sub>(sanción)</sub>)}]

en donde los signos “[” y “]” significan que se han considerado los enunciados meta-jurídicos referentes a los actos de mandato contenidos dentro de {...} obteniendo los enunciados [V{...}] de la ciencia del Derecho respecto de los actos de mandato a<sub>i</sub>(n<sub>i</sub>). Más adelante tendremos que preguntarnos sobre los presupuestos de lo anterior (cf. Kelsen, TPD2: 207-208).

Ya hemos visto que se tiene primero un material dado normativo, constituido por actos de mando o de poder. Esta es una multiplicidad desordenada y sin organización (cf. Oakes, WR: 20). Después de muchos intentos se logra establecer un orden, un cierto sistema, en este conjunto de actos de poder y se comprende que se los puede interpretar normativamente, en la medida en que se ha postulado una hipótesis que permite la ordenación de este material. Esta hipótesis consiste en considerar solamente los actos de poder respaldados por amenazas. La historia nos muestra que los actos de poder no se dan de manera aislada, sino que van unificándose en relaciones jerárquicas de supra y subordinación, lo que significa desde el punto de vista de la interpretación normativa de los actos de poder y de mando, que el sentido de ellos se deja captar como un orden dinámico de normas. Pero ello no es otra cosa que la *imposición o proyección de una cierta interpretación normativa a los hechos de poder y de mando*. Entonces comprendemos con toda claridad que la interpretación normativa de la multiplicidad de relaciones en que la sociedad consiste depende de una cierta hipótesis que se ha proyectado sobre los hechos de poder y que no es, además, una interpretación necesaria.

Preguntarse por la razón de validez o existencia de una norma, es una actividad propia del científico que tiene por objeto la comprensión de un orden jurídico, es una cuestión propia y exclusiva de la ciencia del Derecho. Por lo tanto, no debemos transitar del meta-lenguaje de la ciencia jurídica al lenguaje-objeto de las normas positivas, pues ello constituye una *hipóstasis*. El propio Kelsen se ha preocupado, a partir de su TGDE de 1945, de distinguir entre la “norma jurídica” y la “regla” o “proposición jurídica”. Pero en este tema se ha olvidado de mantener esta distinción y ha confundido los niveles de lenguaje, realizando una hipóstasis inaceptable. Por tanto, la NFB no es ni puede ser una norma, sino una proposición jurídica o regla de Derecho, en el sentido de Kelsen, que constituye la hipótesis fundamental de la jurisprudencia, *i.e.*, es el supuesto fundamental jurisprudencial (SFJ) de todos los enunciados normativos, es decir, referentes a las formulaciones normativas entendidas como el material bruto determinado por la jurisprudencia como su objeto de estudio.

g) No puede ser una norma si es un presupuesto lógico-trascendental. Kelsen ha expuesto en todas sus obras que la NFB es un presupuesto lógico-trascendental en el sentido de la filosofía kantiana. Un presupuesto lógico-trascendental, como concepto *a priori*, sólo puede serlo de una ciencia determinada, no de un objeto de una ciencia. Kant tuvo como labor fundamental establecer teóricamente los conceptos puros o *a priori* que condicionaban la posibilidad de la ciencia natural newtoniana, es decir, aquellos conceptos de la determinación del objeto de conocimiento cuyo origen no fuera de carácter empírico. Se trataba de conceptos puros de un objeto de conocimiento, de un pensamiento puro de los objetos. Eran conceptos puros del entendimiento, es decir, de la comprensión científica de la naturaleza, de la ciencia natural. Los conceptos *a priori* o conceptos puros del entendimiento no eran parte del objeto de estudio de la ciencia natural.

Sería correcto decir que en vez de postular una NFB, comprendida como norma pensada que fundamenta jurídicamente a la constitución positiva de un Estado, debemos formular el *supuesto fundamental de la jurisprudencia* (SFJ), como hipótesis científica, que condiciona o determina la totalidad de las afirmaciones que sobre el Derecho pueda hacer la ciencia jurídica de carácter dogmático. De esta manera adquieren gran congruencia muchas de las afirmaciones de Kelsen sobre las funciones que le atribuye a la NFB y se desprende la teoría de afirmaciones insostenibles como la de que la NFB es una ficción o que el Derecho positivo tiene su fundamento en una norma puramente pensada. Se trata de evitar la hipostatización del concepto del Derecho. Hemos sabido que Kelsen afirma que el Derecho es un orden coactivo de la conducta humana y en esta afirmación se comprende claramente que se trata de un orden dinámico, pues no hay sanción alguna dispuesta por el Derecho que no sea creada y aplicada por actos humanos. Por lo tanto, el supuesto fundamental (SFJ) de la ciencia jurídica tiene la siguiente forma: *los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera constitución histórica del Estado creada*

*por el órgano constituyente y las normas establecidas de conformidad con ella.*

Esta es la hipótesis fundamental de la ciencia jurídica, con base en la cual puede describir la totalidad de las formulaciones normativas como normas integrantes de un orden jurídico. Sería una ingenuidad filosófica considerar que el Derecho, en sí mismo, de manera ontológica, ya tiene la estructura que se desprende de nuestra hipótesis. La ciencia del Derecho organiza su material desde el punto de vista aportado por esta hipótesis central y fundamental, creando epistemológicamente su objeto de conocimiento, en la más pura tradición kantiana y neokantiana.

h) Hipostatización de un principio lógico trascendental. Conforme lo expresado, la hipótesis central del pensamiento sobre el Derecho que ha propuesto Kelsen consiste en considerar que el Derecho es un orden dinámico y coactivo de la conducta humana. Los actos de mandato pueden tener la forma lingüística que se quiera. La ciencia jurídica, en sus juicios o enunciados, ha de contener los conceptos que le permitan describir los dos elementos centrales del acto de emisión del mandato: el acto y su sentido. El acto de emisión del mandato se encuentra determinado en el contenido de una norma y es comprendido normativamente con el concepto de la facultad. Este concepto de la facultad comprende dentro de su materia a la coactividad del mandato y las condiciones del ejercicio de los poderes sancionatorios de los órganos del Estado. La sanción y la coacción tienen que ser ejercidas por seres humanos y las normas que disponen su ejercicio son normas que facultan a ciertos sujetos para realizar los actos que se consideran sanciones y coacciones. Por tanto, el concepto de la facultad es el concepto central del Derecho, pues es la transformación en un concepto normativo de la positividad, es decir, de la existencia histórica del Derecho.

Debemos representar la estructura de la proposición jurídica de la siguiente forma:

$$(4) [V\{a_1(n_1)_{(const)} \cdot a_2(n_2)_{(ley)} \cdot a_3(n_3)_{(regl)} \cdot a_4(n_4)_{(sent)} (= X_{(ilícito)} \rightarrow Z_{(sanción)})\}] \approx Z$$

en donde “ $\approx$ ” es el símbolo de la ejecución de la norma expresada en la proposición jurídica. En este esquema están especificadas todas las condiciones para que un sujeto se encuentre consignado en una cárcel por haber cometido un delito o a una persona se le haya trabado ejecución civil sobre sus bienes por el incumplimiento de ciertas obligaciones. La relación de validez, (entendida como la relación entre una norma y el acto que la ejecuta o individualiza, es decir, cuando funciona como una norma determinante de la conducta) se da inmanentemente, es decir, dentro del conjunto de enunciados referentes a los elementos que forman un orden jurídico. Se trata del uso empírico del concepto de la validez. Lo que no es correcto es aplicar el concepto de la validez a la totalidad de las condiciones de un hecho jurídico empírico y preguntar por el fundamento de validez de la

totalidad de las condiciones, lo que equivale a preguntar por el fundamento de validez de orden jurídico en su totalidad. En esto consistiría el uso trascendente del concepto de la validez, que sólo puede tener legítimamente un uso empírico, inmanente al material de la ciencia dogmática del Derecho.

Eisler en su famoso diccionario de filosofía expone el concepto de la “hipóstasis” de la siguiente manera:

*Hipóstasis*: [...] *H i p o s t a s i a r*: objetivizar, cosificar, sustancializar algo conceptual y abstracto, o simplemente una propiedad o relación o idea, o hacer una esencia autónoma de lo dado idealmente.

*Hypostase*: [...] *H y p o s t a s i e r e n*: vergegenständlichen, verdinglichen, verselbständigen, etwas Begriffliches, Abstraktes oder bloss als Eigenschaft oder Beziehung oder als Idee, Ideelles Gegebens zu einer selbständigen Wesenheit machen. (Eisler, 278)

Tenemos dos niveles del lenguaje: el de la ciencia y el de su objeto, el lenguaje en que es formulado el Derecho. Existe una sustancialización, una cosificación, una *hipóstasis*, cuando un enunciado del meta-lenguaje se considera formando parte del lenguaje-objeto, cuando una proposición jurídica se convierte en norma jurídica, cuando una hipótesis explicativa pasa a formar parte de lo que va a ser explicado. Cuando Kelsen postula su NFB lo que ha hecho es hipostasiar el SFJ de la ciencia jurídica, convirtiendo a este supuesto en un elemento del objeto de estudio. El supuesto fundamental de la teoría se ha transformado en un elemento del objeto de estudio de la teoría y esto es una hipóstasis. Por lo tanto: *la NFB es la hipóstasis del SFJ, es la transformación de la hipótesis fundamental de la ciencia jurídica en un elemento del orden jurídico; es la transformación de una proposición jurídica fundamental en una norma jurídica fundamental.*

Es por ello que la NFB tiene tantas formulaciones y lleva a cabo todas las funciones que se han expuesto más arriba. Estas funciones no son sino la consecuencia de la hipótesis central de la teoría del Derecho de considerar a éste como un orden dinámico (y coactivo) de la conducta humana. Por lo expuesto, si se dice que el Derecho es un orden coactivo, se entiende que es un orden dinámico.

i) Desplazamiento del problema del origen de la normatividad. Con la NFB se ha intentado, como ha sido demostrado más arriba, establecer el origen de la normatividad. Según Kelsen, sólo teniéndola como presupuesto tienen sentido todos los enunciados normativos que a diario se producen. Sin presuponerla tendríamos únicamente enunciados causales, del tipo ejemplificado por Weber en el párrafo siguiente, en donde lleva a cabo una descripción muy interesante de un intercambio social, prescindiendo de todo concepto normativo:

Las representaciones que existen en la cabeza del “trabajador” provienen de

su conocimiento experimental, él sabe que la satisfacción de su apetito, vestuario, calefacción, dependen de que en el lugar del trabajo él se adapte a ciertas formas u otros signos dados (los cuales para algunos juristas son conocidos como contrato de trabajo) de que él se haga parte, incluso físicamente, de ciertos mecanismos y en consecuencia efectúe determinados movimientos musculares. Además, cuando el trabajador hace todo esto, él sabe que tiene la oportunidad de recibir periódicamente ciertos discos metálicos o unos papelitos, los cuales él coloca en las manos de otra gente, para poder procurarse pan, pantalones, carbón, etc., con el resultado de que si alguien desea arrebatarse estos objetos, muy seguramente acudirán a su llamado los hombres del casco puntiagudo (policía: USO) y ayudarían a volver las cosas arrebatadas en sus manos (Weber, SCM: 110-111).

La NFB es una norma presupuesta por el pensamiento, una ficción, etc. Pero si es una norma y participa de sus características esenciales, se impone a nosotros la pregunta sobre el origen de su normatividad, un interrogante sobre el surgimiento, la fuente, de su carácter normativo. Ya la formulación de la pregunta genera una cierta perplejidad. Tiene uno la proclividad a decir que ella misma es la normatividad, pues no puede decirse que una norma es el origen de su propia normatividad. Una norma es un algo cuya normatividad la obtiene de algo distinto a ella misma. Algo distinto a la norma misma le otorga la normatividad.

Si la NFB es la solución al problema de la normatividad del Derecho positivo, y se considera a ella como una norma de la especie que se quiera, entonces sólo se ha *desplazado* el problema un nivel más arriba y se ha colocado como solución el problema mismo planteado y no resuelto. Es una *petitio principii*. Estamos ante una falsa solución: la normatividad de las normas jurídico-positivas obtienen su normatividad de otra norma, en el caso, no positiva, por lo que queda pendiente determinar el origen de la utilización de los operadores deónticos, que es a lo que equivale la pregunta por el origen teórico de la normatividad. Es una solución, no axiológica, idéntica a la proporcionada por el iusnaturalismo, pues el Derecho positivo recibe su obligatoriedad, su normatividad, de su concordancia con las normas del Derecho natural. El origen de la normatividad se encuentra en una o varias normas, por lo que brinca la pregunta de manera inmediata: y estas normas que fundan o proporcionan la normatividad a las otras normas ¿de dónde la obtienen? ¿cuál es su origen?

j) Las funciones de la NFB las lleva a cabo el Supuesto Fundamental de la Jurisprudencia (SFJ). Si prescindimos de la NFB y nos atenemos al SFJ evitamos el uso dialéctico trascendente de los conceptos jurídicos fundamentales que sólo pueden ser utilizados dentro de lo que podríamos llamar, con Kant, la “experiencia jurídica”, que no es otra cosa que el material dado a la ciencia del Derecho que va a ser organizado con la hipótesis fundamental elaborada por esta propia disciplina. Los hechos dados a la ciencia jurídica para su elaboración teórica no tienen una estructura pre-determinada y son problemas a dilucidar

exclusivamente. La aplicación del SFJ o, lo que es lo mismo, el sometimiento de esos problemas a la luz del sentido del SFJ, permite la construcción de un orden jurídico, pues ese SFJ permite comprender como normativos los hechos dados a la consideración de la ciencia jurídica. Es la función que Kelsen otorga a la NFB, cuando dice que solamente expone los presupuestos de toda consideración normativa de la experiencia jurídica.

El SFJ concentra la totalidad de las funciones jurídicas, como se ha demostrado con anterioridad respecto de la NFB. El SFJ no es una norma, por lo que no surge el problema de plantear el origen de su normatividad. El SFJ es el concepto del Derecho, la ley teórica del mismo, la noción *a priori* o el pensamiento puro de toda normatividad. Ahora debemos preguntar por la característica del SFJ que permite considerar a todas las formulaciones normativas (mandatos, actos de voluntad dirigidos intencionalmente a la conducta de otros hombres) como normas y, por tanto, establecer el origen teórico de la normatividad.

#### 6. *El origen teórico de la normatividad*

Hemos expuesto anteriormente el procedimiento teórico que ha utilizado Kelsen para la formulación de su NFB, al que García Amado denomina “función de respaldo de los caracteres atribuidos al ordenamiento jurídico” (cf. *supra*). Esto significa que en la formulación de la NFB se incluyeron los elementos conceptuales esenciales del concepto del Derecho. Esto nos da una orientación muy importante sobre la manera como podemos construir los conceptos centrales de la normatividad. Hemos visto que estos conceptos de carácter esencial para describir el Derecho positivo, son la coactividad y la facultad, este último porque permite la descripción del Derecho como un orden dinámico de normas. Por lo tanto, debemos introducir en la regla o proposición jurídica, descriptiva de los contenidos de las normas positivas, los conceptos de la coactividad y de la facultad. En el esquema muy simplificado del enunciado descriptivo de una norma positiva a(n) debemos introducir los elementos que aparecen en el mandato respaldado por amenazas de Austin. Se trata de interiorizar en el contenido semántico de los enunciados de la jurisprudencia, con los que describe al contenido de las normas positivas, los elementos que aparecen en el modelo del mandato y de esta manera construir un esquema que los organice de manera paralela o similar a la forma como funcionan en el acontecimiento real de la emisión de un mandato. La regla de Derecho (el enunciado jurisprudencial) en su semántica ha de contener todos esos elementos y debe darles un nombre específico para que, de manera autónoma, se sepa que se ha llevado a cabo la interiorización en la semántica de la regla de los elementos mencionados. Entonces, la amenaza de un mal introducido en la semántica del enunciado o regla se le da el nombre de “sanción”, el que unívocamente se refiere a una parte

de la norma coactiva. Se trata de presentar en la semántica del enunciado los elementos que operan en la situación de emisión de un mandato. Son, para decirlo brevemente, la denominación semántica de las implicaturas de Grice (LC: 23-37), aplicadas al modelo del mandato de Austin (Schmill, MMOJ: 28-41; RPTD: 13-19). A continuación presentaremos de manera explícita la forma como pueden llevarse a cabo las dos interiorizaciones semánticas de las implicaturas griceanas en los enunciados descriptivos del mandato:

$O_1$  es el sujeto emisor de un mandato respaldado por amenazas, para emplear la terminología de Austin y Hart;  $O_2$  es el destinatario del mandato emitido por  $O_1$ . (a) está por los movimientos corporales de  $O_1$  que lleva a cabo para la emisión del mandato. Tenemos esta secuencia de las implicaturas semantizadas en el contenido del enunciado descriptivo del mandato:

- (m0)  $O_1(a) \rightarrow V(\text{el dinero})$
- (m1)  $O_1(a) \rightarrow V(\text{el dinero o la vida})$
- (m2)  $O_1(a) \rightarrow V(\text{entregame el dinero; si no lo entregas te quito la vida})$
- (m3)  $O_1(a) \rightarrow V(O_2, \text{entregame el dinero; si no lo entregas te quito la vida})$
- (m4)  $O_1(a) \rightarrow V(O_2, \text{ahora y aquí entregame el dinero que posees; si no me entregas tú, } O_2, \text{ el dinero que posees ahora y aquí, yo, } O_1, \text{ ahora y aquí te privo de la vida a tí, } O_2, \text{ disparando esta pistola})$
- (m5)  $O_1(a) \rightarrow !V(O_2, \text{entregame el dinero que posees ahora y aquí; si no me entregas tú, } O_2, \text{ el dinero que posees ahora y aquí, yo, } O_1, \text{ te privo de la vida a tí, } O_2, \text{ disparando esta pistola ahora y aquí})$

El anterior enunciado puede presentarse de una forma más conveniente, de esta manera:

- (m5')  $O_1(a) \rightarrow !V(\text{yo, } O_1, \text{ te privo de la vida a tí, } O_2, \text{ disparando esta pistola ahora y aquí si no me entregas tú, } O_2, \text{ ahora y aquí, el dinero que posees; ergo } O_2 \text{ entregame el dinero que posees ahora y aquí})$

El símbolo “!” señala que se trata de un mandato, de una orden, de una norma. No es parte del contenido semántico del mandato: simplemente es un signo que señala que estamos frente a un mandato. Este símbolo “!” sustituye a todos los demás elementos que se encuentran en el contexto de emisión del mandato y señala que existen, sin especificar cuáles son y sin explicitarlos. Es una especie de velo oscuro que se echa sobre esos elementos y que señala que algo existe tras él, sin que pueda distinguirse cada uno de los elementos ocultos. Dice Bulygin:

Es importante subrayar que los diversos recursos lingüísticos y no-lingüísticos que se usan para indicar qué se hace con una oración determinada (punto, signos de exclamación y de interrogación, cierta modulación de la voz, gestos característicos) no forman parte del significado de las palabras usadas. Estos recursos muestran qué hace

el sujeto que usa ciertas palabras, pero al hacerlo el sujeto no dice qué está haciendo. Por lo tanto, esos recursos no contribuyen al contenido conceptual de las palabras usadas (NPNEJ. p. 174).

Ya tenemos un mandato completo, no sólo respaldado por una amenaza externa a él: tenemos un mandato coactivo, es decir, *una norma* que dentro de su contenido prescribe o especifica un acto de aplicación del contenido de una amenaza. La amenaza de un mal para el caso de no ejecución de parte del contenido del mandato ya no es algo externo al mismo, que forme parte integrante del ambiente o del entorno, sino que se encuentra dentro del mandato, el que ha sufrido una transformación fundamental, incluso en cuanto a su forma. En vez de ser una expresión verbal que señala la conducta que se desea realice el destinatario del mandato, para lo cual utiliza una expresión verbal que tiene la forma de un imperativo categórico, aparece ahora como una expresión verbal compleja que, además de contener el imperativo, tiene adicionalmente una expresión con carácter condicional.

Podemos recurrir a darle un símbolo a cada elemento de (m5) y obtenemos:

(m6') !V(O<sub>1</sub>, c, t, e si O<sub>2</sub>, ~b, t, e; ergo O<sub>2</sub>, b, t, e)

"t" y "e" están por los elementos lingüísticos en el mandato que señalan el tiempo y el espacio, respectivamente, de realización de las conductas contenidas en el mandato. Los otros elementos son claramente comprensibles y constituyen los ámbitos de validez personal y material del mandato, es decir, los contenidos de la norma o mandato que especifican la persona de la conducta y el tipo o clase de conducta.

Debe tenerse presente que en (m6) todavía tenemos fuera el signo "!" que señala que estamos en presencia de un mandato. Podemos dar un paso más en la semantización e introducir algunas palabras que internamente señalen que se trata de un mandato y, además, de modo inequívoco. Debemos estar conscientes que se trata de la introducción de ciertas palabras, que tendrán un significado normativo, no porque estén justificadas moralmente o consideremos legítimo exigir una determinada conducta, sino solamente por la función que tienen en el contexto del mandato complementado semánticamente.

Debemos introducir, entonces, en el mandato aquellos elementos verbales que funcionen de manera igual o paralela, aunque sea parcialmente, a la forma como funcionan dentro del contexto de emisión del mandato. Téngase presente que el mandato complementado semánticamente intenta reproducir, en sus rasgos esenciales, la operancia y el funcionamiento de los elementos contenidos en el contexto de su emisión. El mandato complementado semánticamente constituye la formulación de la regla que especifica la relación social del mandato.

Con ello, obtenemos (m7):

(m7') Sanción (O<sub>1</sub>,c,t,e) si Ilícito(O<sub>2</sub>,~ b,t,e); ergo Obligación (O<sub>2</sub>,b,t,e)

Si abreviamos más aún y utilizamos los símbolos de la lógica tenemos:

$$(m8') \quad \forall(S(O_1, c, t, e) \leftarrow Ph(O_2, \sim b, t, e); \textit{ergo} O(O_2, b, t, e))$$

En m8, “O” esta por la obligación, “Ph” por la prohibición y “S” por la sanción. “C” es el símbolo del condicional en la notación polaca. Compárense estos conceptos con los de Austin y con la formalización hecha por Ross Anderson de los conceptos normativos, así como las definiciones que de estos términos da Kelsen y se verá que coinciden en su totalidad.<sup>1</sup>

#### Segunda interiorización semántica

$$(1) \quad O_1(a) \rightarrow !V\{a(n)\}$$

En lo que sigue prescindiremos de escribir “ $O_1(a) \rightarrow \dots$ ”, debido a que nos interesa mostrar el proceso de la segunda interiorización semántica.

Hemos hecho uso del símbolo “!”, el cual no forma parte del contenido de la norma, pero indica que se trata de una norma. Para hacer más explícito el esquema, el acto de emisión de una norma tiene sus dimensiones de realización, por lo que debemos indicarlos como contenido de la norma, lo que los convierte en los ámbitos de validez de la norma:

$$(2) \quad !V\{a(p, m, t, e)\}$$

Este esquema representa la norma que establece un acto de creación normativa. En él no aparece la norma que va a ser creada por el acto respectivo, por el simple hecho de que se está representando la norma que establece el acto de creación normativa y no a éste último, cuya dimensión material de realización está constituida precisamente por la norma creada por el acto. La situación tendría que representarse de la siguiente manera:

$$(3) \quad !V\{a(p, m, t, e)\} \dashv\vdash a(p, m(=n), t, e)$$

Debemos hacer algunas transformaciones adicionales a este esquema: debemos eliminar el indicador externo de la norma, *i.e.*, eliminar “!”, introduciendo un operador que internamente nos permita reconocer que se trata de una norma. Este operador lo simbolizaremos con la letra “F”. Utilizamos esta letra, en virtud que es la inicial de la palabra “Facultad”. Entonces, tenemos:

$$(4) \quad VF\{a(p, m, t, e)\}$$

La formación verbal anterior se refiere a los contenidos de una norma y lo podemos presentar de la siguiente forma:

(F)  $n_1F\{a(p, m, t, e)\}$

Lo mismo tiene que hacerse con la otra parte del esquema de la norma, es decir, considerar al acto de emisión del mismo como el contenido semántico de los enunciados que describen el contenido de las normas que establecen dichos actos creadores (generadores) de normas. El enunciado jurisprudencial que se refiere al contenido de una norma que establece el proceso de creación de otra norma, debe tener un instrumento lingüístico que lo caracterice y este elemento es el concepto de la facultad. Searle (AH: 39; Cf. FIL: 2) habla de estas expresiones (*illocutionary devices*) para señalar que son elementos lingüísticos que expresan la fuerza ilocucionaria de un acto de habla, en nuestro caso, de un mandato. Los conceptos deónticos de la sanción, de la obligación, de la prohibición, de la permisión y de la facultad son estos instrumentos lingüísticos que, inmanentemente al enunciado jurisprudencial, indican que se trata de contenidos que operan de manera paralela, en el plano semántico, a los elementos correspondientes en el mandato. La sanción es el instrumento lingüístico, que en la semántica del enunciado jurisprudencial, está por el mal con el que amenaza el autor del mandato a la víctima; la prohibición es el elemento semántico, en el enunciado jurisprudencial, que se refiere a la conducta condicionante de la realización del mal con el que se amenaza en la situación de emisión del mandato; la obligación es la parte del enunciado jurisprudencial que indica cuál es la conducta que quiere ser motivada en la situación real de emisión del mandato y la facultad es el contenido de la norma que se refiere al acto ilocucionario de emisión del mandato.

La exposición anterior demuestra que el origen teórico de los conceptos deónticos es el producto de una operación lingüística sobre los enunciados descriptivos de los mandatos. Austin utilizó, como se señaló anteriormente, los conceptos deónticos para referirse a los elementos que aparecían en su modelo del mandato, sin justificar la legitimidad de su utilización. La tesis de la motivación la expresó con los conceptos contenidos en la tesis de la normatividad. Nosotros distinguimos estas dos tesis. Esto es muy significativo, porque encontramos, en realidad, un paralelismo notable en las relaciones existentes en el modelo austiniense del mandato y la construcción teórica de la norma con base en las dos interiorizaciones semánticas en los enunciados descriptivos del modelo del mandato. Los conceptos deónticos determinan la función y las relaciones de los diversos elementos que intervienen en los enunciados descriptivos del mandato, después de que se han llevado a cabo las interiorizaciones semánticas mencionadas, es decir, después de que se han obtenido los enunciados jurisprudenciales que podemos representar como  $\langle a_i | n_i \rangle$ , en donde  $\langle | \rangle$  está representando el resultado del proceso de interiorizar en el enunciado jurisprudencial los elementos esenciales del mandato y de los actos de su emisión. Es fácil observar el paralelismo existente entre la situación de emisión de un mandato individual, que motiva una cierta conducta del destinatario y la estructura de los enunciados normativos  $\langle a_i | n_i \rangle$ . Estos son una imagen lingüística especular del proceso de motivación con base en amenazas de un mal. Por tanto,  $\langle a_i | n_i \rangle$  es una formación lingüística que, por medio de los

dispositivos indicadores de la fuerza normativa, ha construido teóricamente una norma. El origen de la normatividad se encuentra en el procedimiento lingüístico de la generación, en los enunciados descriptivos de un mandato, de los mencionados dispositivos indicadores de la fuerza ilocucionaria.

### 7. Entimema

Hay un hecho muy interesante que se desprende de lo que hemos expuesto: dentro de una disciplina normativa, es decir, que se refiere a presuntas normas, cabe hacer la pregunta esencial sobre el origen teórico de la normatividad de su objeto de estudio. Se puede observar que se da por supuesta esta normatividad y, como hemos visto, generalmente se coloca otra normatividad distinta, como origen de la misma, con lo que solamente se ha desplazado el problema de su origen conceptual. En realidad, si se analiza con cuidado el problema, se puede concluir que se ha realizado un silogismo entimemático. Expliquémonos.

El *Diccionario Abreviado del Español Actual* de Manuel Seco, Olimpia Andrés y Gabino Ramos define el concepto de “entimema” en los siguientes términos:

Entimema: m (*Filos*) Silogismo abreviado en que se suprime, por sobrentendida, una de las premisas. (SECO *et al.* DAEA)

Ulrico Klug dice lo siguiente:

[...] *entimema*, es decir, una inferencia donde se omiten miembros intermedios para abreviar la exposición. (Klug, LJ: 220)

A esto se agrega que las deducciones se llevan a cabo en gran medida *en forma entimemática (enthymematisch)*, es decir que el jurista suele no mencionar todas las premisas que utiliza para sus deducciones; él da por supuestas en forma tácita muchas de ellas como sobrentendidas (Klug, LJ: 252).

J. Ferrater Mora se expresa en los siguientes términos:

[...] el entimema es un silogismo incompleto, por no ser expresada una de las premisas. Si falta la premisa mayor el entimema es llamado de primer orden; si falta la premisa menor, es llamado de segundo orden. Así, “Los búlgaros beben Kéfir; Los búlgaros gozan de buena salud” es un entimema de primer orden. “Todos los ingleses leen novelas; John Smith lee novelas” es un entimema de segundo orden. (Ferrater Mora, DF: 1030)

Eisler, ya citado, se expresa en términos similares. Pues bien, siendo los entimemas una práctica muy socorrida por los juristas, con la exposición anterior nos encontramos con la posibilidad de mostrar un entimema muy común en la jurisprudencia.

Los criterios de legitimación al estilo Weber (cf. *supra*) y los demás usados

por las doctrinas morales y iusnaturalistas nos permiten afirmar, en primer lugar, que no se entiende por qué un cierto criterio (valorativo o no) puede generar normas obligatorias y conceptos deónticos. La razón está incapacitada para crear o generar normas y, por tanto, el intento es imposible. La razón práctica está basada en un gran entimema, permanente y continuo. La premisa que se omite es precisamente el SFJ, el concepto de la normatividad jurídica, que tácitamente se supone en sus silogismos y que se ha proyectado en los objetos que constituyen lo que el autor denomina normas jurídicas obligatorias, que son el objeto de sus disquisiciones filosóficas. Las normas que se suponen derivadas de la razón práctica no son otra cosa que conclusiones de silogismos entimemáticos, en los que el concepto de la normatividad se ha omitido dentro de las premisas, con lo que se tiene el espejismo de obtener la existencia de las normas con base exclusivamente en la razón. Es la creación de palpables conejillos normativos a partir del gran sombrero mágico del silogismo entimemático.

#### 8. Disponibilidad del SFJ

De las consideraciones anteriores y la posibilidad señalada por García Amado que ha denominado “disponibilidad” en relación con la NFB, debemos observar que si se desea, es posible aplicar a cualquier mandato o grupo de mandatos, es decir, a cualquier sistema de dominación, el esquema de la proposición normativa  $\langle a_i | n_j \rangle$ . Max Weber hizo la observación sociológicamente certera del

[...] hecho de que vivimos insertos en ordenaciones vitales distintas, gobernadas por leyes distintas entre sí. El politeísmo helénico sacrificaba tanto a Afrodita como a Hera, a Apolo como a Dionisos, y sabía que no era raro el conflicto entre los dioses (Weber, PV: 168).

En este punto es pertinente observar la distinción entre el sentido objetivo y el sentido subjetivo de un acto o conjunto de actos de dominación. Si aplicamos el criterio de Leónidas Pitamic, siguiendo a Ernst Mach, la objetividad y subjetividad de los sentidos normativos son relativas, dependiendo de la amplitud del material al que se aplique. El grado de eficacia de la ordenación a la que se aplique el esquema de la normatividad determinará el grado de la validez objetiva del orden<sup>3</sup>. Análogamente a Kant cuando habla de los juicios de percepción y los

<sup>3</sup> García Amado (HKNF: 60) al exponer el pensamiento de Pitamic, que en cierta época Kelsen aceptó, afirma que “se plantea la cuestión de ‘cuál de los complejos normativos posibles se ha de contemplar como fuente del conocimiento del Derecho de un Estado en un momento determinado’ (Pitamic, DVR: 303). Dicho de otro modo, la pregunta es por qué no pensar que es, por ejemplo, el Derecho romano el orden normativo a considerar como válido aquí y ahora (*ibid*). Aquí es donde la atención a la eficacia, al Derecho que efectivamente se vive y aplica, sirve para evitar un pensamiento superfluo en el conocimiento del Derecho”.

juicios de experiencia y analiza el sentido de la cópula “es” en un juicio de la segunda clase, así también hay que considerar como objetivamente válida la normatividad “que esté en mayor correspondencia con los efectos e ideas de deber que se expresan en el acontecer efectivo, espacial y temporalmente determinado” (Cf. PITAMIC DVR: 303). El grado y extensión de la eficacia, *i.e.*, de la individualización del orden, es el grado de la validez objetiva de la normatividad. Si no se acepta este principio de la economía del pensamiento y se aplica el concepto de la normatividad (SFJ) a algún sistema de dominación parcial, podemos fundamentar una teoría sobre las revoluciones. Dicho sistema de dominación parcial, al cual se ha proyectado el SFJ, nos encontramos con un orden normativo específico, cuyo contenido es la “ideología” de los revolucionarios, si el sentido del sistema parcial de dominación va dirigido en contra de un sistema más amplio.

Para percatarse de ello, es pertinente presentar las características observables de un orden jurídico evolucionado:

1. Es un orden coactivo de la conducta humana.

2. En principio, los ámbitos de validez de un orden jurídico avanzado se encuentran claramente delimitados y establecidos, por el orden mismo en concordancia con las normas del Derecho Internacional a través del reconocimiento de la existencia de dicho orden jurídico por los órganos del orden jurídico internacional.

3. Por lo tanto, puede considerarse que el orden jurídico avanzado tiene determinados sus ámbitos de validez de manera permanente y rígida. Es lo que puede llamarse la “*rigidez de los ámbitos de validez del orden estatal*”.

4. Las cadenas de los enunciados normativos constitutivas del orden jurídico avanzado tienen una longitud máxima *i.e.*,

$$\langle a_1 | n_1 \rangle_{(\text{const})} \bullet \langle a_2 | n_2 \rangle_{(\text{ley})} \bullet \langle a_3 | n_3 \rangle_{(\text{regl})} \bullet \langle a_4 | n_4 \rangle_{(\text{sent})} (= X_{(\text{ilícito})} \rightarrow Z_{(\text{sanción})})$$

Estos son los conceptos más importantes que podrán ser utilizados para compararlos con las características de los órdenes revolucionarios, cuyas notas y caracteres peculiares son exactamente los contrarios y en los que las cadenas normativas han sufrido un acortamiento significativo, en el caso de que utilizando la disponibilidad del SFJ, lo aplicáramos a una cadena normativa con un número de eslabones menor, constitutivo de un orden de dominación parcial. Los ámbitos de validez de éste orden parcial estarían determinados en su extensión y densidad, por el éxito en las batallas y el número de las plazas tomadas, atendiendo, además, al tiempo en que permanezca la individualización del orden parcial.

Los conceptos anteriores reconstruyen las afirmaciones de Weber sobre el surgimiento de los Estados modernos en Occidente (cf. Weber, PV: 91). El Estado moderno surge cuando una “asociación de dominación”, por medio de conflictos, luchas y revoluciones, ha

[...] tratado *con éxito de monopolizar dentro de un territorio* la violencia física legítima como medio de dominación y que, a este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de un dirigente y ha expropiado a todos los funcionarios estamentales que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas (Weber, PV: 92. Énfasis añadido por USO).

Los procesos revolucionarios constituyen órdenes normativos parciales, con ámbitos de validez elásticos o variables, tomando como referencia para ello el orden estatal previo contra el cual se dirigen. Desde el punto de vista del Derecho Internacional, el Estado que sufre internamente de procesos revolucionarios puede ser considerado como un orden normativo que se ha descentralizado en alguna medida. Pero todas las consideraciones que se hagan al respecto tienen como condición lógica la proyección del SFJ a los fenómenos, relativamente subjetivos, de los sistemas parciales de dominación.

### Bibliografía

- Austin, John. LJ *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. Verlag Detlev Auvermann KG. Glasshütten im Taunus. 1972.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. CEN *La Concepción Expresiva de las Normas en "Análisis Lógico y Derecho"*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.
- Bulygin, Eugenio. LN *Lógica y Normas en Isonomía*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. ITAM y Fontamara, Octubre 1994.
- Bulygin, Eugenio. NPNEJ "Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos", *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.
- Eisler, Rudolf. EHP *Eislers Handwörterbuch der Philosophie*. Zweite Auflage. Neuherausgegeben von Richard Müller-Freienfels. Berlin 1922. Verlegt bei E. S. Mittler & Sohn.
- García Amado, Juan Antonio. HKNF *Hans Kelsen y la Norma Fundamental*. Marcial Pons. Madrid. 1996.
- Ferrater Mora, J. DF *Diccionario de Filosofía*. Editorial Ariel, S. A. Barcelona. 2001.
- Hobbes, Thomas. L *Leviatán*. Editora Nacional. Madrid. 1983. Trad. Antonio Escotado.
- Grice, Paul. LC "Logic and Conversation" en *Studies in the Way of Words*. Harvard University Press. 1989.
- Jellinek, Georg. TGEJ *Teoría General del Estado*. Compañía Editorial Continental S.A. México. Trad. Fernando de los Ríos Urruti. 1956.
- Kelsen, Hans. GN *Die Grundlage der Naturrechtslehre. Dis.* Österreichische Zeitschrift Für Öffentliches Recht. Band XIII, FET 1-2. Wien. Springer-Verlag. 1963.
- Kelsen, Hans. S "El Profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho" en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. Distribuciones Fontamara, S. A. México. 1995. Trad. R. Inés W. de Ortiz y Jorge A. Bacqué, publicado originalmente en Stanford Law Review, julio de 1965, Vol. 17.
- Kelsen, Hans. CTGE *Compendio de Teoría General del Estado*. Editora Nacional. México. 1974. Trad. Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate.
- Kelsen, Hans. HP *Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado, Desarrollados con Base en la Doctrina de la Proposición Jurídica*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1987.

Trad. Wenceslao Roces. Notas, Revisión y Presentación de Ulises Schmill. Es traducción de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 1923.

Kelsen, Hans. TGE *Teoría General del Estado*. Editorial Labor, S.A. Barcelona. 1934. Trad. Luis Legaz Lacambra de *Allgemeine Staatslehre*. Enziklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, 23. Band. Berlin: Julius Springer. 1925.

Kelsen, Hans. TPD1 *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho*. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1946. Trad. Jorge G. Tejerina.

Kelsen, Hans. TPD2 *Teoría Pura del Derecho*. UNAM. México. 1979. Trad. Roberto J. Vernengo.

18.- Klug, Ulrich LJ *Lógica Jurídica*. Editorial Temis. Colombia. 1990. Trad. J. C. Gardella.

Navarro, Pablo. CDND “Coherencia en el Derecho y Normas Derivadas” en *Filosofía Jurídica. Ensayos en Homenaje a Ulises Schmill*. Editorial Porrúa e ITAM. México. 2005.

Oakes, Guy. WR *Weber and Rickert. Concept Formation in the Cultural Sciences*. The MIT Press. 1988.

Paulson, Stanley L. BBN “Beyond the Basic Norm” en *Filosofía Jurídica. Ensayos en Homenaje a Ulises Schmill*. Editorial Porrúa e ITAM. México. 2005.

Paulson, Stanley L. IPLT *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Clarendon Press Oxford. Trad. Bonnie Litschewsky Paulson y Stanley L. Paulson.

Pitamic, Leonidas. DVR “Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft” en *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*. Herausgegeben von Rudolf Aladár Métall. Europa Verlag, 1974.

Ramos Pascua, José Antonio. RRTJH *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart*. Editorial Tecnos S. A. Madrid. 1989.

Ross, Alf. SDJ *Sobre el Derecho y la Justicia*. Eudeba, Buenos Aires. 1063. Trad. Genaro R. Carrió.

Schmill, Ulises. LNP *Lógica y Normas Positivas. Réplica a Eugenio Bulygin* en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. ITAM y Fontamara, Abril 1996.

Schmill, Ulises. RPTD *Reconstrucción Pragmática de la Teoría del Derecho*. Editorial Themis. México. 1997

Schmill, Ulises. MMOJ “El Modelo del Mandato y el Orden Jurídico” en *Teoría del Derecho y el Estado. Ensayos*. Editorial Porrúa. México. 2003, aparecido anteriormente en Doxa 2003.

Searle, John. AH *Actos de Habla. Ensayo de Filosofía del Lenguaje*. Editorial Planeta-De Agostini, S.A. Barcelona, 1994. Trad. Luis m. Valdés Villanueva.

Searle, John y Vanderveken, Daniel. FIL *Foundations of Illocutionary Logia*. Cambridge University Press. 1985.

Seco, Manuel, ANDRÉS, Olimpia y RAMOS, Gabino DAEA *Diccionario Abreviado del Español Actual*. Grupo Santillana de Editores, S.A. Barcelona. 2000.

Weber, Max. SCMH *La “Superación” de la Concepción Materialista de la Historia de R. Stammler*. Ediciones Nueva jurídica. Bogotá. 2001. Trad. Oscar Julián Guerrero P.

Weber, Max. PV *La Política como Vocación*. Alianza editorial. Madrid. 1967. Trad. Francisco Rubio Llorente.

Weber, Max. ES *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1944.

Wittgenstein, Ludwig. TLP *Tractatus logico-philosophicus*. Editorial Tecnos, Madrid. 2007.