



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE DOCTORADO EN FILOSOFÍA
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS

LA TEORÍA KELSENIANA DE LA NORMATIVIDAD: UNA DEFENSA DESDE SUS
ELEMENTOS NEOKANTIANOS

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
DOCTOR EN FILOSOFÍA

PRESENTA:
MARIO GARCÍA BERGER

TUTOR PRINCIPAL
JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS

COMITÉ TUTORAL
MARIA AMALIA AMAYA NAVARRO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS
FAVIOLA RIVERA CASTRO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS

MÉXICO, D. F. JUNIO 2013



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

“La pregunta a la cual tiende el derecho natural es la eterna pregunta por aquello que se esconde tras el derecho positivo. Y quien busque la respuesta no encontrará, me temo, ni la verdad absoluta de una metafísica, ni la justicia absoluta de un derecho natural. Quien sin cerrar sus ojos levante el velo, verá venir a su encuentro la mirada fija de la cabeza de la Gorgona del poder.”

Hans Kelsen

A Iliana, por su amor, su pasión y por mostrarme la libertad y la autonomía
A mi madre, por su comprensión, apoyo y solidaridad
A mi padre, por la afinidad intelectual
A mis amigos, por compartir la vida
A Ulises Schmill, por los consejos y la complicidad teórica
A Juan Antonio Cruz Parceró, por su orientación y aliento
A Amalia Amaya, Faviola Rivera y Rodolfo Vázquez, por sus valiosas aportaciones

ÍNDICE

Introducción	7
Capítulo I	
El neokantismo de Baden y Marburgo	
Presentación	13
I. El movimiento neokantiano	
1. Caracterización general	14
2. La escuela de Baden	
2.1 Ciencias naturales y ciencias culturales	15
2.2 Concepción de la historia y de la filosofía	19
2.3 La concepción del conocimiento	22
3. La escuela de Marburgo: la vuelta a Kant	23
3.1 El método trascendental	23
3.2 La filosofía como método	28
3.3 La concepción del conocimiento	31
3.4 Lógica y ontología	35
3.4.1 El principio del origen	36
3.5 La filosofía como ciencia fundamental	42
3.6 La ética pura	43
3.7 Baden y Marburgo: puntos de encuentro y divergencia	45
Capítulo II	
Kelsen y el neokantismo	
Presentación	47
I. Periodización de la obra de Kelsen	48
II. Elementos culturales de la Viena de fin de siglo presentes en la obra de Kelsen	53
III. Kelsen: ¿Baden o Marburgo?	
1. Kelsen y Baden	58
2. Kelsen y Marburgo	

2.1 Las evidencias de la relación	64
2.2 El supuesto abandono de la conexión con Marburgo	69
2.2.1 La interpretación empírica de las categorías trascendentales kelsenianas	69
2.2.2 La concepción descriptiva de la proposición jurídica	72
3. ¿Por qué Kelsen no sería marburguense?	
3.1 Las razones para rechazar la conexión	74
3.2 El tipo de relación que existe entre Cohen y Kelsen	76
3.3 Los puntos de contacto entre Cohen y Kelsen	81
3.3.1 El papel de la ética y de la teoría pura del derecho	83
3.3.2 La ética trascendental y la jurisprudencia	85
3.3.3 La identidad entre el Estado y el derecho	86
3.3.4 La noción de persona	87
3.3.5 El ideal de pureza	90
3.3.6 Corolarios de la relación entre Cohen y Kelsen	90
3.3.7 El ideal de humanidad y el orden jurídico internacional	91
4. Kelsen como neokantiano	95

Capítulo III

La teoría kelseniana de la normatividad

Presentación	98
I. Kelsen y la creación epistemológica del derecho	99
1. El enfoque normativo en la explicación del derecho	101
1.1 Críticas a la distinción entre el ser y el deber ser	
1.1.1 En la norma jurídica se unen ambos	102
1.1.1.1 Una reinterpretación de la noción de eficacia	105
1.1.2 Las normas positivas son un ser que aspira a un deber ser	107
1.1.3 La eficacia es condición de la validez jurídica	107
1.1.3.1 Eficacia y positividad	111
1.1.3.2 La relación entre eficacia y validez no es circular	114
1.1.4 La positividad es condición de la validez jurídica	116

2. El método neokantiano de la hipótesis	118
2.1 La crítica realista a la tesis de la creación epistemológica del derecho	121
II. Evaluación de la exégesis kelseniana de la normatividad (primera aproximación)	
1. Las explicaciones alternativas del material jurídico	128
2. La distinción entre norma y proposición jurídica	131
3. La norma hipotética fundamental	
3.1 Formulaciones	133
3.2 ¿Qué significa que la norma básica es presupuesta?	137
3.3 Críticas	
3.3.1 Rechazo de su carácter trascendental	140
3.3.2 Un presupuesto trascendental no puede ser también una disposición positiva	141
3.3.3 Es una teoría realista de la normatividad	144
4. ¿Es la doctrina de la norma básica el <i>Mittelweg</i> entre el positivismo reduccionista y el iusnaturalismo? (Parte I)	146
4.1 La norma básica de nuevo	
4.1.1 Vacuidad y redundancia	147
4.1.2 El supuesto fundamental de la jurisprudencia (SFJ)	153
III. La normatividad jurídica y la normatividad moral	
1. El normativismo	154
2. La crítica de Joseph Raz a la explicación kelseniana de la normatividad	155
2.1 El <i>legal man</i>	156
2.2 Normatividad social y normatividad justificada	156
2.3 Validez hipotética y validez categórica de la norma básica	157
2.4 La interpretación moral de la norma básica	159

Capítulo IV

Reconstrucción de la teoría kelseniana de la normatividad

Presentación	162
I. Reconstrucción del argumento trascendental kelseniano	
1. La a-prioricidad de la norma básica	

1.1 Críticas	164
1.2 La analogía entre las categorías kantianas y la norma básica	168
2. Las normas jurídicas enlazan hechos enunciados normativamente	170
3. El material dado a la ciencia jurídica: una reformulación de la tesis kelseniana	172
4. Estrategias para probar la unicidad de un esquema conceptual	175
4.1 Los argumentos trascendentales	176
5. El argumento trascendental kelseniano reformulado	180
6. Ventajas de la doctrina kelseniana sobre sus oponentes históricos	182
6.1 Los puntos de vista externo e interno	184
6.2 La pureza del método kelseniano	191
7. El concepto técnico-jurídico de la normatividad en Kelsen	197
II. La norma básica sí es el <i>Mittelweg</i> entre el positivismo reduccionista y el iusnaturalismo (Parte II)	198
III. Aplicación del esquema kelseniano: un esbozo	
1. Deber jurídico y deber moral	205
1.1 El caso del <i>moral semantics claim</i>	207
1.2 Los conceptos fuerte y débil de autoridad	209
1.3 El SFJ revisitado	213
1.4 La relación entre deber jurídico y deber moral	214
IV. La actualidad del Kelsen neokantiano: una propuesta de evaluación	
1. ¿Uno o varios Kelsen?	217
2. ¿Kelsen sin Kant?	218
3. La teoría pura como esquema metodológico-interpretativo	219
Conclusiones	221
Bibliografía	224

Introducción

¿Cómo justificar en esta época una investigación sobre la teoría pura del derecho?, ¿qué utilidad puede tener regresar ahora sobre temas a los que ya se presta escasa atención en las publicaciones especializadas en filosofía del derecho: la validez de las normas, el fundamento de la normatividad o la distinción entre norma y proposición jurídica? Pero si poca gente se ocupa de ellos, son menos aún los que se interesan por el esquema kelseniano y sus elementos como la norma hipotética fundamental o la distinción entre el ser y el deber ser. Baste un dato para ilustrar esta situación: según los registros de la base Oxford University Press Online, de 2000 a la fecha, de un total de 85 libros publicados por la editorial de la universidad de Oxford tan sólo uno está dedicado a la teoría pura.

Por estas razones hacer una investigación sobre Kelsen resulta arriesgado, en una época en que los intereses de los filósofos del derecho se han movido hacia horizontes distintos de aquellos que marcaron el derrotero de la reflexión iusfilosófica cuando la figura de Kelsen era el punto de referencia obligado de todas las discusiones. Ahora la labor de los especialistas recae en temas sobre los que Kelsen o no profundizó o ni siquiera estaban en el marco de sus preocupaciones. Así, en su obra encontramos los rudimentos de una teoría de la interpretación jurídica, pero no un desarrollo detallado; en cambio, los debates en torno a la fundamentación de los derechos humanos, la ponderación entre principios y la argumentación jurídica están ausentes o apenas se asoman.

El riesgo que se corre al volver a visitar a Kelsen es que uno parezca un estudioso de asuntos oscuros que sólo tienen sentido dentro de la teoría pura. Esta impresión se alimenta de la opinión compartida en círculos académicos de que sus ideas ya no dicen en la actualidad nada filosóficamente relevante. A contrapelo de esto creo que su legado teórico es rescatable para esclarecer discusiones todavía vigentes que tienen una larga historia.

La tarea que emprenderé tiene la dificultad adicional de que la faceta kelseniana que intento revalorar suele considerarse la más confusa. Esta etapa estuvo claramente influida por el neokantismo de fines del siglo XIX y principios del XX, que quiso aplicar el método trascendental a la ciencia, el arte, el derecho, la moral y la religión. El lenguaje usado por esta escuela resulta hoy poco claro pues se trata de un pensamiento casi en desuso y cultivado sólo en pequeños grupos. Esto además ha generado una interpretación psicologista de Kelsen que es errónea y contraria al espíritu trascendental de su obra.

A pesar de los obstáculos que se advierten, esta investigación surge de mi convencimiento de que la producción teórica del jurista de Viena aún puede ser fuente de inspiración de nuevas ideas dentro de la filosofía del derecho. Su propósito central es hacer una relectura en clave trascendental de la explicación kelseniana de la normatividad para argumentar que esta interpretación es la más adecuada, pues dota a la teoría pura de una consistencia interna que salva algunas de las principales críticas que se le han hecho. Un resultado de mi relectura es que hay bases suficientes para sostener que la doctrina kelseniana sí constituyó en su momento la opción intermedia entre dos de las principales tendencias que Kelsen combatió: el positivismo reduccionista y la doctrina del derecho natural. En un segundo plano, y sólo de manera enunciativa, esbozo la forma en que podrían aplicarse hoy en día los rendimientos del Kelsen neokantiano para evaluar su vigencia actual. Lo que planteo es una especie de agenda a futuro.

Dentro de estos objetivos hay otros que son estaciones intermedias en las que es necesario detenerse para volver la vista atrás, hacer un recuento de lo ganado y continuar el recorrido. En el trayecto hacia el punto de llegada se analizan, por ejemplo, la influencia del neokantismo en la teoría pura y los malentendidos generados por el olvido de esta impronta; asimismo, se argumenta, contrario a una opinión generalizada, que Kelsen no renunció a su herencia trascendental. También se diseña una estrategia para defender el esquema conceptual kelseniano de las objeciones clásicas en su contra. Un punto importante es la reconstrucción del argumento trascendental, de la norma básica y del concepto de eficacia, porque con estas reformulaciones se busca atajar las acusaciones de circularidad y vacuidad que se han hecho a los supuestos metodológicos de la teoría pura.

Estos y otros temas los abordo a lo largo de los cuatro capítulos de la tesis. El lector encontrará que varios de estos puntos se retoman en distintos momentos con un ángulo diferente en cada caso. Esta lógica expositiva está dictada por la naturaleza de la argumentación que se va entretejiendo desde un inicio. Así, las conclusiones parciales alcanzadas en cada capítulo se refuerzan posteriormente a partir de nuevas consideraciones. No se trata de una repetición innecesaria sino de mirar desde una mayor altura, con una mejor visión de conjunto, los engranes del sistema. Esta estrategia de vaivenes rinde sus frutos cuando se reconstruye el argumento trascendental pues en ese momento las diversas partes del rompecabezas encuentran su lugar.

El riesgo de esta ruta zigzagueante es que quienes no estén familiarizados con Kelsen se pierdan en los vericuetos expositivos. Sin embargo, con una narración más lineal se hubiera

perdido la riqueza que ofrece una mirada minuciosa, una reconstrucción pieza por pieza de su aparato teórico.

Se observará que dedico un tiempo considerable a revisar una serie de objeciones contra la explicación kelseniana de la normatividad, lo que se justifica porque en el fondo de estas críticas hay errores interpretativos de las premisas metodológicas de la teoría pura no observables a simple vista, sino sólo mediante una paciente labor de desmantelamiento. El detalle de los análisis puede provocar una sensación de desubicación ya que es relativamente fácil perder de vista el panorama general. Para mitigar este efecto he dividido los capítulos en varios apartados a fin de que sea más sencillo seguir las discusiones sin renunciar a la mirada de conjunto.

Si se le observa en su totalidad la tesis es un extenso argumento integrado por cadenas de razonamiento que forman una red de temas unidos estrechamente entre sí. Cada capítulo combina el escrutinio de planteamientos críticos con reflexiones más genéricas que son conclusiones parciales obtenidas de contrastar las posiciones kelsenianas y sus objeciones.

Con frecuencia en el texto prevalece un tono negativo por el espacio que dedico a defender a Kelsen de diversos señalamientos, a decir cómo no se debe entenderlo. Comparativamente, la tarea positiva de proponer una lectura de su obra acorde con sus raíces neokantianas que salva tales críticas ocupa una menor extensión; la razón es que esta labor constructiva requiere de aquélla para que su fuerza explicativa se pueda realmente apreciar. En otras palabras, las ventajas de este refinamiento de algunos elementos del esquema conceptual kelseniano son más claras contra el telón de fondo de las tesis opositoras.

Veamos a grandes rasgos los objetivos de cada capítulo, los tópicos generales que incluyen y la forma en que se conectan entre sí. Al inicio de los capítulos el lector encontrará una presentación en donde detallo la secuencia de temas y subtemas. El primero de ellos, de los cuatro que conforman la tesis, tiene un carácter histórico-exégetico pues ahí expongo básicamente las líneas generales de la filosofía neokantiana con especial énfasis en la epistemología de la escuela de Marburgo, dada su influencia en la teoría pura. Esta concepción del conocimiento constituye el marco teórico de la interpretación del método kelseniano que desarrollo después y es la base para sostener la existencia de una continuidad en las distintas fases del pensamiento de Kelsen.

En el segundo capítulo analizo la relación del jurista vienés con el movimiento neokantiano y perfiló algunas tesis que postulo más adelante. Mi alegato central es que la impronta en él de la

corriente de Marburgo se mantuvo más allá de la fase neokantiana establecida por las distintas periodizaciones de su obra, incluso a pesar de que Kelsen mismo se hubiera apartado de su terminología. Esta tesis contrasta con la extendida creencia de que su pensamiento experimentó cambios sustanciales que habrían alterado sus rasgos iniciales¹. En este sentido coincido con Pierluigi Chiasoni quien afirma que si bien estas periodizaciones permiten fijar cambios doctrinales importantes, tienen el inconveniente de que presentan la teoría sometida a una constante inestabilidad por las aparentes tendencias contrarias en su interior, generando así una visión fragmentada e inexacta de ella².

Una de las principales razones en apoyo de mi lectura neokantiana de Kelsen es la relación entre el método de la hipótesis de Hermann Cohen y el argumento trascendental de la teoría pura. Se verá que la norma básica kelseniana, punto de partida de la cognición jurídica, desempeña una función similar a la que Cohen le atribuyó a la hipótesis en la explicación del conocimiento. Para contrastar mis ideas reviso ciertas interpretaciones que minimizan la presencia de los elementos neokantianos en dicha teoría o la limitan a sus períodos iniciales.

El tercer capítulo está dedicado a la concepción kelseniana de la normatividad y a las críticas en su contra. Aquí reformulo el concepto de eficacia, al igual que el de la norma básica, y le adscribo un significado técnico que aunque está esbozado en algunos pasajes de la teoría pura, su uso no es consistente porque se mezcla inadvertidamente con su sentido común que refiere al hecho de que la conducta real de los hombres se apegue a las normas jurídicas. El texto y el contexto mismo servirán para distinguir cuando se hace uno u otro uso. Esta reinterpretación del concepto de eficacia, que retoma el trabajo del profesor Ulises Schmill, pretende solucionar los problemas que para Kelsen representa la relación entre eficacia y validez.

En sintonía con la argumentación del segundo capítulo en el tercero rechazo la idea de que Kelsen abandonó su postura neokantiana por una más apegada al positivismo tradicional que convierte las proposiciones normativas en afirmaciones sobre hechos. Sostengo que éste se mantuvo fiel a la tesis de que la ciencia jurídica crea epistemológicamente su objeto de estudio. Asimismo, de la revisión de la norma básica concluyo que esta doctrina sí representa la alternativa teórica al iusnaturalismo y al positivismo reduccionista.

¹ Mario G. Losano, "La teoría pura del derecho. Del logicismo al irracionalismo," *Doxa*, no. 2 (1985).

² Pierluigi Chiasoni, "Wiener realism. The Pure Theory of Law as a Realistic Jurisprudence" (conferencia, Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra, septiembre, 2010). En este texto Chiasoni argumenta a favor de una lectura de la doctrina de Kelsen como una gradual construcción de una jurisprudencia realista, lo cual permitiría presentar su desarrollo de manera sistemática y eliminaría la impresión de inestabilidad.

A grandes rasgos, en el último capítulo reconstruyo, con las piezas que se han ido ensamblando en el camino, el argumento trascendental kelseniano con el objetivo de defender la interpretación normativa del derecho y mostrar su superioridad con respecto a las alternativas que Kelsen analizó. Para ello primero evalué la crítica de que mediante este tipo de razonamiento no se prueba la unicidad de ningún esquema conceptual y que sólo pueden aspirar a demostrar que un cierto paradigma es “la mejor explicación disponible” hasta el momento. Con esto en mente hago una lectura del argumento trascendental que tiene la virtud de resaltar su fuerza a pesar de las reservas que suscita. A partir de esta reconstrucción propongo la hipótesis de que los elementos neokantianos de la teoría pura podrían funcionar como herramientas metodológico-interpretativas para esclarecer discusiones dentro de la filosofía del derecho. Sin embargo, la comprobación de esta tesis constituye una tarea por venir.

Quiero hacer un par de aclaraciones sobre dos aspectos importantes de mi relectura de la doctrina kelseniana de la normatividad: una tiene que ver con la noción de *Sollen* y la otra con la norma básica. Este concepto posee en Kelsen un sentido técnico pues es la categoría que designa el nexo específico que une, en una norma, el ilícito y la sanción. Sin embargo, frecuentemente se le ha dado el significado de obligación, lo que conduce erróneamente, como en su momento argumentaré, a la idea de un deber moral. En la exposición de las posturas críticas hacia la teoría pura mantendré el significado de obligación que los autores suelen adscribirle al *Sollen*, mientras que al referirme a las ideas de Kelsen hablo de deber ser o de validez, términos que reflejan mejor su sentido técnico. Ahí donde mantuve, en la exposición de sus tesis, el término obligatoriedad fue por estilo y para evitar reiteraciones, pero el texto mismo deja claro que se emplea en su acepción técnica.

La segunda aclaración se refiere a la reformulación de la norma básica, que también retomo de Ulises Schmill, como el supuesto fundamental de la jurisprudencia que busca resolver los señalamientos de que ésta sólo pospone la explicación de la obligación jurídica. Para ser consistente con la doctrina kelseniana sigo hablando, la mayoría de las veces, de norma básica, aunque de acuerdo con esta reinterpretación habría que pensar en un supuesto en lugar de en una norma.

Una distinción fundamental en la teoría pura, que es importante esclarecer desde ahora, es aquélla entre el principio de la causalidad y el de la imputación. Mediante el primero elucidamos el mundo natural y con el segundo damos cuenta del mundo social. Dice Kelsen que la sociedad,

en tanto objeto de estudio de la ciencia jurídica, “es un orden normativo del comportamiento humano”. Sin embargo, tales acciones pueden también concebirse como elementos de la naturaleza y formar parte de leyes causales³. Si nuestro interés es la explicación fisiológica o psicológica del comportamiento, de los llamados estados mentales, de la relación entre valores morales y decisiones prácticas, en donde éstos son las razones detrás de las actuaciones como cuando rechazamos la pena de muerte porque creemos en el valor intrínseco de la vida, entonces establecemos algún tipo de relación causal, aunque quizás no sea estricta.

Para Kelsen las ciencias sociales de corte naturalista, como la sociología del derecho, emplean el método de la causalidad en la exégesis de las acciones humanas. Así, la pregunta acerca de por qué un determinado orden jurídico es eficaz, en el sentido de que es obedecido, requiere una respuesta causal, en términos de las razones que llevan a los sujetos a no incurrir en conductas ilícitas.

A lo largo de los capítulos se emplean varias formas lingüísticas (deber ser, el término alemán *Sollen* o el inglés *Ought*), que hacen referencia al principio de la imputación, es decir, a la manera en que en la norma jurídica se entrelazan el ilícito y la sanción. Estos términos delimitan el ámbito social en cuanto éste es un orden normativo de la conducta humana. Por su parte, el principio de la causalidad establece el mundo natural o del ser (el universo de la conducta real de los hombres), en el cual Kelsen sitúa los llamados eventos físicos, fisiológicos, neuronales y mentales, en suma, todos aquéllos estudiados por las ciencias de la naturaleza.

En las siguientes páginas el lector encontrará un estudio doctrinal que pretende rescatar la influencia del neokantismo marburgués en Kelsen; una reelaboración del argumento trascendental de la teoría pura para mostrar que ella constituye, frente al iusnaturalismo y al positivismo reduccionista, la mejor explicación del fenómeno jurídico y, finalmente, algunos atisbos de cómo podría emplearse hoy en día el esquema conceptual kelseniano.

³ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México: Porrúa, 2002).

Capítulo I

El neokantismo de Baden y de Marburgo

Presentación

En este primer capítulo de la tesis se delimitan los elementos centrales de las dos principales escuelas en que se dividió el movimiento neokantiano alemán de fines del siglo XIX y principios del XX: la de Baden y la de Marburgo. El objetivo es doble: sentar, por un lado, las bases para mostrar, en el segundo capítulo, la influencia que tuvieron sobre Kelsen, como él mismo lo reconoce, algunas tesis de Hermann Cohen, fundador de la escuela de Marburgo y, por el otro, exponer las ideas neokantianas que están detrás de la lectura de Kelsen que me propongo defender en este trabajo.

En relación con el primer objetivo hay que recordar que, bajo la influencia del idealismo alemán (Fichte, Schelling, Hegel, entre otros), el neokantismo marburgués, al igual que el de Baden, pretendió erigir un sistema completo de filosofía que explicara, como se solía decir entonces, las producciones culturales e históricas de las distintas direcciones de la conciencia humana: la ciencia, la moralidad, el derecho, el arte, la historia e incluso la religión. Sin embargo, la exposición se centrará en su teoría del conocimiento, pues ésta es fundamental para aquilatar la influencia de la escuela de Marburgo en la obra de Kelsen.

Inicio esta revisión del neokantismo con la concepción epistémica de Baden y la distinción, debida principalmente a Wilhelm Windelband y Heinrich Rickert, entre ciencias naturales y ciencias culturales. Para comprender esta clasificación es necesario tener presentes las nociones de historia y de filosofía que animaron los trabajos de esta vertiente del neokantismo y que encuentran, en los textos de Rickert, su formulación más acabada, por lo que, en segundo lugar, les dedico un apartado. Termino la sección sobre la escuela de Baden sintetizando su concepto de conocimiento, el cual se desprende de aquella división entre dos tipos de ciencia. Aunque no es mi objetivo hacer una crítica de las concepciones neokantianas, sino analizar su influencia en Kelsen, a lo largo del texto señalo algunas incongruencias o ambigüedades en su propia exposición.

Luego me ocupo de las tesis de los marburguenses. Comienzo con su caracterización del método crítico trascendental y hablo del propósito que inspira su producción filosófica, lo que me lleva a exponer la idea de la filosofía como método y movimiento del pensar. Después

abordo la disolución, que se da a partir del replanteamiento que hacen del método trascendental, de la oposición kantiana ente intuición y pensamiento, por tratarse de una de las principales desviaciones de sus propias premisas metodológicas que, según estos neokantianos, cometió el filósofo de Königsberg.

No obstante que a estas alturas de la exposición ya se habrán vertido ciertos elementos de la teoría del conocimiento que en sus líneas generales comparten Hermann Cohen y Paul Natorp, co-fundador éste de la escuela de Marburgo, dedico una sección a su análisis con especial atención en las nociones de concepto y juicio, que son fundamentales para su cabal comprensión. Asimismo, analizo la forma en que esta doctrina epistemológica relativiza varias contraposiciones conceptuales entre las que destacan la de intuición y pensamiento, que ya apuntaba, la de subjetividad y objetividad, identidad y multiplicidad, síntesis y análisis y la de forma y materia.

Todo esto desemboca en la tesis de la identificación entre lógica y ontología (conocimiento y realidad), en la cual tiene un papel de suma importancia el llamado principio del origen al que dedico un espacio considerable, pues se trata de un tópico que dada la poca claridad de la exposición coheniana, debida en parte al uso de conceptos provenientes de la tradición del idealismo alemán, requiere de un esfuerzo especial de interpretación.

Por último expongo, siguiendo en este punto a Natorp, la idea de la filosofía como ciencia fundamental y la concepción de la ética pura. El capítulo finaliza con una recapitulación de las principales similitudes y diferencias entre las dos escuelas neokantianas que se apuntan a lo largo del texto.

I. El movimiento neokantiano

1. Caracterización general

Al inicio de su estudio sobre el neokantismo en México, Dulce María Granja afirma:

Neokantismo es un término usado para designar un grupo de movimientos, hasta cierto punto afines, que prevalecieron en Alemania entre 1860 y 1920 y que tuvieron poco en común, fuera de una vigorosa reacción contra el irracionalismo y el naturalismo, y una fuerte apelación a Kant como origen de la convicción de que la filosofía sólo podría ser una “ciencia” si regresaba al método y al espíritu del filósofo prusiano⁴

⁴ Dulce María Granja, *El neokantismo en México* (México: FFyL-UNAM, 2001), 17.

Empiezo con algunas precisiones sobre esta caracterización del movimiento neokantiano en general. En primer lugar, si bien el rechazo al irracionalismo es una nota común a esta orientación filosófica, tal actitud no se da con la misma fuerza e intensidad en todos sus exponentes. Así, por ejemplo, Rickert sostiene que la inspiración artística, que no responde a ningún parámetro racional, juega un papel destacado en la investigación histórica porque gracias a su imaginación el historiador se representa intuitivamente los acontecimientos que ha seleccionado a fin de penetrar su significado⁵. El investigador recurre a imágenes, producto de su fantasía, para aprehender la relevancia de los sucesos históricos que no puede captar mediante conceptos. Este papel de la intuición en la explicación del conocimiento, natural o histórico, será rechazado por el neokantismo marburgués.

La afirmación sobre la reacción común del neokantismo contra el naturalismo también admite matices, pues el mismo Rickert al tratar la distinción entre ciencias naturales y ciencias culturales acepta la posibilidad de que algunas disciplinas empleen el método naturalista y el histórico, como sucede con la biología en donde el estudio de la evolución de las especies presupone una noción de “progreso” desde un cierto estadio de desarrollo hacia uno superior más valioso, idea que sólo puede ser proporcionada por las ciencias históricas pues la referencia a valores es función exclusiva de ellas⁶. En este ejemplo los dos métodos no se excluyen e incluso colaboran en la comprensión del objeto de estudio.

2. La escuela de Baden

2.1 Ciencias naturales y ciencias culturales

Los representantes más prominentes de la escuela de Baden, que se desarrolló en el sudoeste alemán alrededor de las universidades de Heidelberg y Friburgo, fueron Wilhelm Windelband y Heinrich Rickert, a quienes animaba el propósito de dotar, a las llamadas ciencias del espíritu o idiográficas (*Geisteswissenschaften*), del fundamento metodológico de que carecían, situación que las ponía en riesgo de quedar fuera del dominio del conocimiento científico y ser relegadas a los terrenos de la creencia y de la fe. La tarea consistía en poner a estas disciplinas en el camino seguro del progreso, como sucedía ya con las ciencias de la naturaleza o nomotéticas (*Naturwissenschaften*). Antes de seguir es pertinente aclarar que Rickert se opone a la

⁵ Heinrich Rickert, *Ciencia natural y ciencia cultural* (Argentina: Espasa-Calpe, 1943), 124.

⁶ *Ibid.*, 170-75.

denominación “ciencias del espíritu” y propone sustituirla por la de “ciencias culturales” (*Kulturwissenschaften*), aduciendo que aquel término es equívoco y da lugar a confusiones porque es común pensar que las ciencias del espíritu tienen por objeto una especie de “ser psíquico”, lo que es a todas luces falso pues estas disciplinas se ocupan, al igual que las naturales, de fenómenos espacio-temporales y no de realidades inmateriales situadas en un plano ontológico diferente al de nuestro mundo perceptible. Para evitar esta desviación interpretativa adoptaré el cambio sugerido por Rickert⁷.

La diferencia esencial entre estas dos clases de ciencia tiene que ver con sus métodos y no con sus objetos, por lo que no existen dos tipos distintos de cosas, una clase propia de las disciplinas naturales y otra de las culturales. Como afirma Rickert, la realidad es una sola y es empírica⁸. En consecuencia, sólo hay un sólo tipo de ciencia que también es empírica. Lo que tenemos son objetos que pueden ser considerados desde dos perspectivas metodológicas. Los seres humanos, por ejemplo, al formar parte del mundo natural son estudiados por la fisiología y la biología, pero igualmente por la historia y la sociología, en cada caso desde diferentes ángulos y con distintos intereses. El historiador o el sociólogo no se interesa por las funciones del cuerpo humano, o por las leyes de la evolución de la vida, sino por el papel de los individuos en los procesos históricos o en la conformación de las estructuras sociales.

Las disciplinas naturales utilizan el método causal que formula conexiones de causa-efecto entre clases de sucesos. De esta manera, en términos generales, un fenómeno queda explicado cuando se establece la causa que lo produce bajo la forma de una ley que permite predecir su aparición una vez que aquélla ha tenido lugar. Las ciencias naturales no se ocupan de objetos particulares en sí mismos, sino sólo en cuanto pueden ser agrupados en tipos que caen bajo el dominio de una ley general, lo cual se realiza mediante el uso de conceptos universales. A estas disciplinas les interesan los fenómenos naturales en la medida en que es posible establecer que un conjunto de sus propiedades produce determinados efectos o es, a su vez, consecuencia de la acción de ciertos rasgos de otros fenómenos. Por ello, las leyes establecen conexiones causales entre conjuntos de objetos y no entre individuos. En esta tarea se valen de conceptos universales que se aplican a todos los individuos de una especie en virtud de propiedades que les son

⁷ Ibid., 43-4. La distinción entre ciencias idiográficas y ciencias nomotéticas se debe a Windelband. Veáanse sus *Preludios filosóficos. Figuras y problemas de la filosofía y de su historia* (Bs As: Santiago Rueda, 1949), 317.

⁸ Rickert, *Ciencia natural*, 40-3.

comunes. En otras palabras, estas nociones se refieren a lo que sucede siempre de la misma manera, pues sólo aquello que es uniforme es susceptible de generalización⁹.

Por el contrario, las ciencias culturales o también llamadas históricas se ocupan de hechos individuales que poseen interés para nosotros porque están referidos a ciertos valores, lo que los convierte en bienes que intentamos materializar. Todo proceso, evento o fenómeno cultural tiene un “significado” porque apunta a la realización de valores. En virtud de este “apuntar” o “estar dirigido a” la concreción de fines, los acontecimientos históricos no pueden reducirse a pura naturaleza, a meras regularidades causales. La historia estudia sucesos que poseen “significado” porque son portadores de valores. De esta forma, como solían decir los neokantianos, la historia es el teatro en el que se manifiestan los ideales de la cultura. Es evidente que la significación de los hechos culturales no reside en que puedan ser sometidos a conceptos universales, pues no es en su conexión causal regular con otros eventos, ni en lo que tienen de común con otros hechos, en donde se halla su relevancia histórica, sino en su carácter particular e irrepetible, en aquello que los distingue de los demás¹⁰.

El propio Rickert expresa con bastante claridad la distinción entre las dos clases de ciencia que venimos analizando: “La realidad se hace naturaleza cuando la consideramos con referencia a lo universal; se hace historia cuando la consideramos con referencia a lo particular e individual. Y, en consecuencia con ello, quiero oponer al proceder generalizador de la ciencia natural el proceder individualizador de la historia”¹¹. En cambio Windelband, al caracterizar la diferencia entre ambos tipos de investigación científica, recurre a expresiones que resultan, en ocasiones, confusas y no ayudan a comprenderla. Hablando de la historia dice que ésta se fija en “... *lo particular y se dedica a modelarlo amorosamente*”¹². Así, el historiador se esfuerza por “*infundir nueva vida a una forma o figura del pasado*”¹³ y, en este sentido, su labor se asemeja a la del artista quien plasma en su obra vívidamente los contenidos de su fantasía. Afirmar que la historia “modela amorosamente” e “infunde nueva vida” a los sucesos del pasado es una forma

⁹ Ibid., 45.

¹⁰ Ibid., 135. Así, quizás sería totalmente irrelevante para comprender la significación de un hecho histórico como la Revolución Francesa el color de la ropa que usaron los principales revolucionarios el 14 de julio de 1789, pero no los ideales de libertad, igualdad y fraternidad que enarboló este movimiento.

¹¹ Ibid., 98-9.

¹² Windelband, *Preludios filosóficos*, 320.

¹³ Ibid.

metafórica, aunque oscura, de referirse a la función que la intuición desempeña en la comprensión del “significado” de estos acontecimientos.

Más allá de los problemas con la manera indirecta en que se alude a la labor de las ciencias idiográficas, es importante señalar que, para Windelband, la distinción entre estas disciplinas y las nomotéticas no es absoluta sino relativa, es sólo una diferencia de grado, por lo que una investigación causal puede convertirse en una de tipo histórico y viceversa. Para demostrar esta afirmación, Windelband alude a fenómenos que si bien se mantienen sin cambios por un lapso más o menos amplio, por lo cual los sometemos a leyes causales, si los observamos desde una perspectiva de más largo plazo vemos que experimentan transformaciones importantes indicativas de que su validez está restringida a un tiempo o contexto histórico determinado. Este sería el caso del desarrollo de las lenguas humanas, de la fisiología, la geología, la biología evolucionista y hasta de la astronomía¹⁴. Lo que estos ejemplos demostrarían es que no existe una separación radical entre las dos clases de ciencia, sino que, por el contrario, una misma investigación puede ser considerada desde una perspectiva nomotética o idiográfica dependiendo del período de tiempo que se abarque.

Habría aún dos elementos más que agregar a la caracterización de las ciencias culturales: el papel de los valores en la historia y la idea de causalidad histórica. Veamos el primero. Para el neokantismo de Baden los valores nos guían en la selección, a partir de la innumerable multiplicidad de hechos que se dan en el mundo, de aquellos eventos que han de ser incorporados a la explicación histórica. Pero no sólo eso, también determinan cuáles de los distintos elementos que es posible distinguir en estos sucesos son relevantes para la investigación, pues es claro que siempre se dejan fuera de consideración ciertos aspectos que carecen de interés desde el punto de vista de los valores que dichos eventos encarnan¹⁵. En este sentido, los valores son el a-priori de las ciencias culturales, es decir, son el criterio para seleccionar y ordenar los acontecimientos humanos que hace posible concebir la historia como la gradual materialización de los valores culturales, ya que de otra manera sólo tendríamos una sucesión caótica de eventos sin orden ni propósito alguno.

¹⁴ Ibid., 317-18.

¹⁵ En algunos casos, por ejemplo, el historiador dejará fuera aspectos como los sentimientos y deseos de los protagonistas por ser irrelevantes para comprender el significado de los acontecimientos, mientras que en otros quizá estos elementos deban tomarse en cuenta para explicar la relevancia de ciertas actuaciones individuales.

Ahora bien, la tesis de que el carácter específico de las ciencias culturales consiste en el método que aplican, el cual destaca lo particular frente a lo general, parecería verse amenazada por la existencia de relaciones causales entre los actos humanos y entre los sucesos históricos, como parecen atestiguarlo la psicología y la historia respectivamente. Si bien los conceptos que emplea la segunda son siempre particulares, pues se forman con base en aquellas características que hacen a los sucesos únicos e irrepetibles, esto no parece ser incompatible con la formulación de afirmaciones del tipo: un evento x causó un acontecimiento y . Además, son precisamente los valores culturales, que se manifiestan en el desarrollo histórico, los que establecen qué eventos han de tomarse como causas para explicar ciertos hechos. A pesar de todo ello, la causalidad histórica es diferente de la que se da entre los fenómenos naturales y no debe ser confundida con ella. Entre ambos tipos de relaciones hay una diferencia fundamental que consiste en que, contrariamente a lo que sucede con afirmaciones que tienen la forma lógica: $(\forall x) (\forall y) x \supset y$ (para todo evento del tipo x y para todo evento del tipo y , si x entonces y), cuando hacemos una aseveración histórica en el sentido de que un suceso x causó un acontecimiento y , ésta se refiere a sucesos particulares localizables en el espacio y en el tiempo y no a clases de hechos. Es decir, la relación causal así establecida no pretende valer para todos los casos de un mismo tipo ya que cada suceso es único e irrepetible, por lo que cualquier conexión causal entre dos eventos sólo vale para ese momento y no es posible deducir de ella ninguna conclusión para el futuro¹⁶.

2.2 Concepción de la historia y de la filosofía

Volvamos ahora a la caracterización que hace la escuela de Baden del acontecer histórico, el cual se orienta a realizar los valores culturales. Pero cuáles son estos valores que, a la manera de la estrella polar que guía el viaje de los marinos en la noche, conducen el desarrollo de la historia. ¿Son relativos o universales, es decir, su validez depende del grupo que los sostiene o valen para todo el género humano?

Por un lado se afirma que la historia es el esfuerzo del hombre por plasmar los valores de la verdad, la bondad y la belleza, mediante las creaciones de la ciencia, la moralidad, el derecho y el arte. Un lugar aparte ocupa la religión porque, a decir de Windelband, ésta tiene la función de presentar dichos valores en una visión de conjunto que los dota de unidad. Ahora bien, éstos

¹⁶ No abordaré aquí el caso de las relaciones causales entre los actos humanos.

poseen una validez universal y la filosofía se encarga de establecerlos. Escuchemos al propio Windelband:

*Presentado el problema en estos términos generales, vemos que la filosofía “crítica” es la ciencia de los valores necesarios y absolutos. Su investigación tiende a saber si existe una ciencia, es decir, un pensamiento que encierre un valor de verdad general y necesario; si existe una moral, es decir, una voluntad y una conducta que deban reconocerse como necesaria y absolutamente buenas; si existe un arte, es decir, una contemplación y una emoción estéticas que entrañen un valor de belleza absoluto y necesario*¹⁷.

Entonces, la filosofía debe ser una axiología o “*la ciencia crítica de los valores absolutos*”¹⁸, ya que éstos son los presupuestos trascendentales que explican todo conocimiento. Así como el arte persigue la belleza y la moralidad lo bueno, las ciencias naturales están orientadas hacia la verdad. Sin embargo, aquello a que los individuos llaman verdadero, bueno o bello puede no coincidir con las “normas” que determinan la verdad, la bondad y la belleza de manera objetiva. La noción de “conciencia normativa” hace referencia a estas “normas” del pensar, el actuar y el sentir, que se distinguen de los criterios particulares que guían a las conciencias psicológicas individuales en sus apreciaciones valorativas, pues es claro que nuestras opiniones acerca de lo que es verdadero, bueno o bello varían con frecuencia y, sin embargo, todos reconocemos que existen estándares objetivos que permiten una evaluación de tales juicios. La función de la filosofía es entonces descubrir los fundamentos de las distintas esferas del conocimiento, pero no debe pretender incrementar, modificar o poner en duda el saber producido por las ciencias especiales, ya que tan pronto lo intentara vería la inutilidad de sus esfuerzos¹⁹.

Pero, ¿cómo se establece el carácter absoluto y universal de los valores culturales? Aquí la explicación, en la versión de Windelband, se enreda en complicaciones que parecen conducirnos a un callejón sin salida o a una petición de principio. Primero se afirma que las normas de lo bueno están condicionadas “*por las leyes del estado de cultura*”²⁰, y luego se dice que la creencia en la existencia de una conciencia normativa absoluta no puede ser probada por la ciencia, por lo que se trata de un asunto de fe²¹. Sin embargo, los principios de esta conciencia son evidentes en

¹⁷ Windelband, *Preludios filosóficos*, 18.

¹⁸ *Ibid.*, 20.

¹⁹ *Ibid.*, 223.

²⁰ *Ibid.*, 26.

²¹ *Ibid.*, 37.

sí mismos, hecho que no puede explicarse sino tan sólo reconocerse²². Estas aseveraciones no responden la pregunta principal que ahora puede reformularse de la siguiente manera: ¿cómo se pone de manifiesto la evidencia directa de estos principios? La única forma es hacer ver que estas normas son necesarias teleológicamente, es decir, que son la condición de posibilidad (*conditio sine qua non*) para lograr los fines de la verdad, la bondad y la belleza²³. La explicación se detiene aquí y no avanza más allá.

Tenemos así, al menos, cuatro elementos que caracterizan las normas a-priori de las distintas manifestaciones del conocimiento humano: la fe en su carácter objetivo, su evidencia directa, su necesidad teleológica y su dependencia de un determinado sistema de cultura. Resulta difícil imaginar una mezcla más ecléctica de razones. Además, la referencia a un sistema de cultura o “fondo de vida común” (aparte de adolecer de cierta vaguedad conceptual), sugiere la idea de que los principios a-priori del pensamiento, la voluntad y el sentimiento son relativos al estado del desarrollo cultural de la sociedad en que nos situemos, lo cual es contrario a la pretensión de validez universal del método crítico. Que los sistemas de cultura dependen de cada sociedad se desprende del hecho de que a cada una le corresponde esclarecer su “contenido espiritual” común, contenido que “sirve de base a la vida psíquica de todos sus miembros”²⁴. Existe, por lo tanto, una tensión no resuelta entre la aspiración universal de la “conciencia normativa” del neokantismo de Baden y la idea de que sus principios dependen del nivel de desarrollo cultural de cada sociedad.

De esta última idea se sigue lo que Windelband llama el único principio material de la ética que puede tener validez universal, que reza así: “¡haz lo que de ti dependa para que en la sociedad de que formas parte se imponga a la conciencia y prevalezca su contenido espiritual común!”²⁵. El imperativo ético de todos los miembros de la sociedad consiste en coadyuvar a desentrañar, a partir de las actividades de los individuos que la forman, las “ideas, sentimientos y determinaciones”²⁶ que conforman su sistema de cultura.

²² Ibid., 88, 267-68. Incluso Windelband define la libertad como la conciencia del poder que las normas a-priori tienen sobre el pensamiento, la voluntad y el sentir humanos. Ibid., 276-277.

²³ Ibid., 292.

²⁴ Ibid., 349.

²⁵ Ibid., 350.

²⁶ Ibid., 349.

Una tesis que los neokantianos de Baden y de Marburgo van a compartir es la de que en la historia es posible hablar de progreso, en el sentido de un incremento de valor, de la gradual concreción de los valores culturales. Ahora bien, la determinación precisa del concepto de progreso, la interpretación del sentido de la historia, o sea, la explicación tanto de la validez objetiva de los valores culturales como de las razones por las que, por ejemplo, una cierta manifestación artística representa, frente a otra, un paso hacia adelante en la consecución de la belleza, es tarea, dice Rickert, de una filosofía de la historia que aún queda por hacerse²⁷.

2.3 La concepción del conocimiento

Concluyo la sección sobre la escuela de Baden con una referencia a su concepción general del conocimiento que es similar a la de los marburgueses. La tesis es, en resumen, que el conocimiento no parte de objetos dados en la experiencia sino que se trata de un proceso de construcción a partir de los principios que la misma razón impone a los fenómenos a fin de poder explicarlos. Como dice Windelband: “Todo lo que nos representamos como algo dado encierra ya nuestro trabajo racional, y nuestro derecho a conocer las cosas no tiene más base que la de crearlas para nosotros mismos a través de nuestro conocimiento de ellas”²⁸. Es decir, todo material susceptible de ser conocido entraña una síntesis que se realiza conforme a las leyes de la “conciencia en general”²⁹.

Por su parte Rickert, según Dulce María Granja, rechaza la idea de que el conocimiento es una relación entre un sujeto y un objeto que le es trascendente e independiente. Para él, “conocer es juzgar, i.e., reconocer un valor”³⁰, y quien realiza esta valoración, en un sentido trascendental, no son los sujetos empíricos, psicológicos y particulares, sino la conciencia universal, objetiva y absoluta a la que se refiere el neokantismo para designar los principios a-priori de toda actividad cognoscitiva. Esto no significa negar que los sujetos concretos son quienes emiten los juicios de la ciencia, la moral y el arte, sino que expresa la idea de que si bien la formulación verbal o

²⁷ Rickert, *Ciencia natural*, 157-58. Por su parte Windelband, siguiendo a Hegel en este punto, afirma que el progreso histórico debe concebirse como el incremento en la conciencia de la libertad. Véase Wilhelm Windelband, *La filosofía de la historia* (México: UNAM, 1958), 47. También Rickert sostiene la misma idea en su *Introducción a los problemas de la filosofía de la historia* (Bs As: Ed. Nova, 1971), 154.

²⁸ Windelband, *Preludios filosóficos*, 413.

²⁹ *Ibid.*, 416.

³⁰ Granja, *El neokantismo*, 50.

escrita de un juicio es individual, producto de la acción de un sujeto empíricamente determinable, éste manifiesta así un valor universal y necesario que vale para todas las conciencias subjetivas. El juicio verdadero, no obstante que es elaborado individualmente, se refiere a la conciencia objetiva, lo cual le proporciona su carácter universal y necesario. En este sentido, se nos previene, la supremacía rickertiana de la razón práctica sobre la teórica no debe entenderse como subordinación del acto de conocer al acto de valoración, sino que su sentido profundo radica en poner de manifiesto que aquél es en sí mismo un acto del segundo tipo. Por lo tanto, conocer es reconocer un juicio como verdadero, atribuirle el valor de verdad³¹.

3. La escuela de Marburgo: la vuelta a Kant

El 27 de abril de 1912, a invitación del profesor H. Vaihinger, quien en ese entonces era el secretario de la sociedad kantiana de la ciudad alemana de Halle, para hablar ante los miembros de este grupo, Paul Natorp dictó una conferencia titulada *Kant y la escuela de Marburgo* que con el tiempo se convertiría en el manifiesto filosófico de esa escuela de pensamiento. En ese texto Natorp hace explícita la hipótesis que sustenta la interpretación que los neokantianos marburgueses hacen de la filosofía kantiana y señala el camino que todo auténtico pensar debería seguir para avanzar en las tareas inauguradas por la crítica de la razón pura.

3.1 El método trascendental

El punto de partida es el método trascendental, el cual representa, de acuerdo a esta interpretación, el verdadero espíritu de la filosofía kantiana³². El propio Kant, se afirma, no fue

³¹ Ibid., 50-1.

³² El método trascendental consiste en la deducción de las categorías del pensamiento que hacen posible todo conocimiento y, por lo tanto, es distinto de los métodos en específico que puedan emplear las ciencias particulares. Natorp afirma que éstos son dos: el deductivo, que es sintético y progresivo, propio de la matemática, el cual, a partir de una serie de axiomas y definiciones, construye series de propiedades cada vez más complejas. En contraste, el método de la inducción, que es analítico y regresivo y típico de las ciencias naturales, inicia con los “hechos de percepción” que, por decirlo así, se presentan a la observación científica o son producidos mediante experimentos controlados, los cuales poseen por lo general una estructura bastante compleja. A partir de esta base empírica, mediante un proceso inductivo, se elaboran los principios fundamentales o “causas naturales” que explican los hechos. Natorp añade que el ideal científico es la desaparición de la oposición entre ambos métodos: “En la perfección de las ciencias desaparecería la oposición del proceder deductivo e inductivo y así la unidad sintética del conocimiento que

siempre fiel a su método y, por lo tanto, el lema que dio origen al movimiento: “regresemos a Kant” (*zürück zu Kant*), debe ser leído como un llamado a retomar el *leit motiv* de la crítica kantiana de la razón y a superar las infidelidades metodológicas en que incurrió el mismo filósofo de Königsberg, mediante una labor de purificación de su teoría de aquellos elementos de corte psicologista, subjetivista e iusnaturalista que conviven en el seno de su espíritu crítico.

El método crítico-trascendental se distingue, apunta Natorp, del psicológico, del metafísico y del lógico aristotélico de la *apodeixis*³³. Cuando para cada afirmación filosófica se exige una fundamentación trascendental, es decir, una *deductio juris*, se expresan, dice Natorp, dos condiciones: la primera es que el pensar filosófico debe arraigar, hundir su raíces, en las producciones (*facta*) histórico-culturales de la conciencia humana: la moralidad, la ciencia, el arte, la religión, entre otras. La filosofía crítica, concebida como la ciencia fundamental que tiene a su cargo probar “...la unidad de los conocimientos humanos por la demostración de un último fundamento común”³⁴, no debe situarse en el terreno del pensamiento especulativo alejado de toda realidad, sino que, por el contrario, necesita la tierra fértil de la historia humana, la que le proporciona a la razón su contenido, ya que sin él se convertiría en especulación vacía.

Por ello, el método psicológico tiene que ser descartado, pues a partir de nuestras sensaciones y mediante un proceso inductivo sólo podemos alcanzar generalizaciones más o menos probables, pero nunca una deducción del fundamento del conocimiento. Pero tampoco es legítimo recurrir, como lo pretendería la metafísica, a entidades trascendentes situadas más allá de toda experiencia posible.

La unidad buscada tampoco se logra a través del método aristotélico de la *apodeixis* que, como aclara Ingemar Düring, se refiere a la forma en que la ciencia procede mediante la predicación de atributos “significativos” o propiedades esenciales a las cosas existentes³⁵. Para Aristóteles, dice este autor, la existencia de dichos atributos es la conclusión silogística a la que se llega si damos por supuestas ciertas premisas. El problema es que estas cadenas argumentativas deben partir de principios axiomáticos indemostrables; sin embargo, Aristóteles

caracteriza la esencia de la ciencia también aparecería en la forma de nuevo método”. Paul Natorp, *Propedéutica filosófica* (México: Porrúa, 1975), 25.

³³ Paul Natorp, *Kant y la escuela de Marburgo* (México: Porrúa, 1975), 80.

³⁴ Natorp, *Propedéutica*, 7.

³⁵ Ingemar Düring, *Aristóteles. Exposición e interpretación de su pensamiento* (México: UNAM, 1987), 158-59.

no sostuvo que existiera, para cada ciencia, un sistema de hipótesis que sería confirmado o refutado según la experiencia validara o falseara las predicciones derivables de éste. Contrariamente, continúa Düring, Platón planteó que el conocimiento de tales principios era inconsciente; en cambio, Aristóteles recurrió a los conceptos universales para referirse a lo que es común a un conjunto de cosas y sin lo cual dejarían de ser lo que son. A estos conceptos se llega a través de una combinación de experiencia y abstracción, de inducción e intuición. Así, dice Düring: “el pensamiento lógico tiende un puente entre los datos de la experiencia y los conceptos universales, conocidos intuitivamente, y los primeros principios”³⁶. Como se puede apreciar, el método trascendental kantiano, al exigir que las categorías que explican el conocimiento de los fenómenos sean a-priori, no puede recurrir, al contrario del método de la *apodeixis* que se apoya en la inducción, a la experiencia misma para deducirlas.

Ahora bien, la idea detrás de la exigencia de que el método trascendental debe desplegar su actividad sobre las producciones culturales humanas es que el hombre (al igual que las demás especies), se objetiva en sus creaciones. El ser humano considerado con independencia de sus actividades cognoscitiva, volitiva y estética, que representan las tres direcciones básicas de la conciencia humana: el saber, el querer y el sentir, sería un mero complejo de sensaciones, un hecho del mundo físico, un elemento de la cadena infinita de causas y efectos, y por ello describible en el lenguaje de las ciencias naturales. Sin embargo, el hombre no es sólo naturaleza sino principalmente cultura, es decir, son sus creaciones científicas, morales y artísticas las que lo elevan sobre el mundo de la causalidad determinista y lo afirman como un ser libre y autónomo.

El segundo requisito del método trascendental es la deducción, para cada *factum* cultural, de su fundamento de derecho (*Rechtsgrund*), es decir, de la ley o “principio unitario-sintético” por el que cada producción humana se constituye en un problema. Es en virtud de estos principios que estamos en condiciones de responder adecuadamente a la pregunta, que en realidad son tres en una: ¿cómo son posibles la ciencia, la moralidad o el derecho y el arte? Así, por ejemplo, a partir de la existencia de la regulación jurídica, es decir, de los ordenamientos positivos e históricos, deducimos sus condiciones de posibilidad (categorías), entre las que encontramos las

³⁶ Ibid., 179.

de norma, deber ser, persona, imputación, por mencionar algunas³⁷. Sin ellas no sería factible hablar de derecho, no podríamos concebir jurídicamente ningún tipo de relación entre individuos.

Las categorías propias de los distintos campos del conocimiento humano permiten el correcto planteamiento de los problemas culturales y su solución, pues su deducción determina lo que es válido preguntarse y las respuestas aceptables³⁸. De esta forma, a la interrogante ¿cómo es posible el derecho? no se puede contestar ni haciendo referencia a los contenidos deseables de la ordenación jurídica ni a las motivaciones de los seres humanos para comportarse de acuerdo a las normas o abstenerse de violarlas. La única respuesta legítima, en tanto universal y objetiva, es la que nos proporciona las categorías del derecho, sin las cuales no tendríamos, por decirlo así, una “visión jurídica del mundo”. En suma, a partir de los hechos culturales mismos la deducción trascendental establece los principios que los explican. Todo conocer es entonces predicación sintética a-priori, explicación de lo múltiple por reducción a una unidad nómica o principio legal.

Como afirmaba Guillermo Héctor Rodríguez, figura central del movimiento neokantiano en México, el concepto de ley tiene en el método crítico la significación de “...principio válido a-priori y funcionalmente entendido en el sentido de la pureza como mera hipótesis explicativa, universal, inespacial e intemporal, unitaria y sintética”³⁹. Resulta claro, por lo expuesto, que el principio de derecho (*Rechtsgrund*) de que habla el neokantismo tiene una función teórica, a saber, la de posibilitar el conocimiento de los fenómenos a los que se dirige la actividad de la conciencia humana y, por lo tanto, no debe interpretarse en un sentido metafísico o psicológico. Estamos en presencia de una mera función o supuesto del pensamiento y no de una entidad trascendente. Por ello, en varios momentos, Natorp nos previene contra el riesgo de substancializar o hipostasiar lo que sólo es un concepto o una hipótesis explicativa.

³⁷ El neokantismo establece cuatro grupos de categorías: en el primero están las de identidad y diversidad, las cuales hacen posible (cualitativamente) el conocimiento científico, pues en todo juicio se establece una identidad ($x = a$), en la que se preserva, al mismo tiempo, la diversidad, dado que el número de juicios de este tipo que podemos hacer en relación a x es infinito. Después tenemos las categorías de la matemática que explican la dimensión cuantitativa del conocimiento y que son las de realidad, multiplicidad y totalidad. El tercer grupo lo conforman los juicios de las ciencias naturales, a saber, el de substancia, la ley de causalidad y la categoría del concepto. En breve, la substancia se refiere a “la continuidad homogénea en medio de todas las determinaciones heterogéneas que lleva a cabo la investigación científica...” Guillermo Héctor Rodríguez, *Ética y jurisprudencia* (México: SEP, 1947), 93. Por su parte, la categoría del concepto nos permite explicar el progreso científico como una continua labor de subsunción en la cual cada avance es una nueva síntesis que es superior a las precedentes, porque posee un mayor alcance cognoscitivo, pero que será inferior en relación con las futuras determinaciones. *Ibid.*, 90-3.

³⁸ *Ibid.*, 16.

³⁹ *Ibid.*, 8.

Si bien el método trascendental se eleva por encima del conocimiento en pos de su fundamentación a-priori, aquél no es trascendente sino inmanente, pues para decirlo con Natorp, no navega en las altas esferas del pensamiento puro sino que se mantiene siempre en contacto con la vida humana, con sus producciones culturales. Su búsqueda del principio explicativo (*ratio, logos*) del saber, el querer y el sentir, lo distingue también del empirismo anómico que no reconoce en los fenómenos culturales más que la acción de la costumbre entendida, por ejemplo, en términos de una tendencia psicológica. De esta última sólo podemos dar, en todo caso, una explicación probabilística, pero no es de ninguna manera susceptible de ser deducida a partir de las categorías propias de la razón pura. Por ello, se afirma que el método trascendental es crítico, ya que nos previene contra las acechanzas e intromisiones del metafisicismo de la cosa en sí y del empirismo sin ley, pero también es objetivo (sostenían los marburguenses), en el sentido de que está en constante evolución dado que las manifestaciones de la conciencia, que el método se encarga de explicar, se encuentran sujetas al cambio como su misma historia lo muestra. Así, las hipótesis científicas postuladas para dar cuenta de los fenómenos naturales, las distintas respuestas al problema de la mejor regulación de la conducta humana o los variados conceptos de lo bello y lo sublime, son todas ellas momentos históricos de una tarea que jamás se alcanza en forma definitiva y permanece siempre como aspiración e ideal regulativo.

Aquí la objetividad del método tiene una significación muy particular, pues se refiere al hecho de que toda actividad cognoscitiva está precedida por la eterna aspiración humana hacia la verdad, la justicia y la belleza. Por ello, la deducción trascendental no está nunca acabada, sino que se recrea cada vez que se aplica a una nueva manifestación cultural del hombre. Y si éstas son infinitas, también lo es el método que descubre sus fundamentos de posibilidad. Sin embargo, éste mantiene, en todas sus aplicaciones, su unidad fundamental que consiste en reducir los distintos fenómenos a los que se enfrenta a un único origen o ley. Sobra decir que en cada caso las categorías que explican la posibilidad del conocimiento son diferentes⁴⁰. Este principio metódico fue expresado por Hermann Cohen mediante su “juicio del origen” (*Urteil des Ursprungs*), que significa que nada es “dado” al conocimiento si no es susceptible de ser reducido al fundamento último, si no es subsumible en una ley. En este sentido, lo “dado” es

⁴⁰ Dice Natorp, “...puede el método sólo ser fijado de un modo absoluto con respecto a su principio unitario, no, sin embargo, ser considerado como concluido en ningún estadio dado de su desarrollo particular”. Natorp, *Kant y la escuela*, 90.

realmente construido. En palabras del propio Cohen: “Nada puede valer como dado al pensamiento puro; también lo dado debe construirse a sí mismo” (La traducción es mía)⁴¹.

3.2 La filosofía como método

Para el neokantismo la filosofía es esencialmente método porque transforma todo ser en un *movimiento del pensar*⁴², pero no del pensar como proceso psicológico o neurológico, sino del pensamiento científico. El término “método” nos remite, desde sus orígenes griegos a la idea de movimiento, escuchemos al propio Natorp: “En la palabra “método”, en *Metienai*, se haya comprendido no sólo un “ir”, un avanzar; no como Hegel piensa un mero ir con o junto a, sino que significa un ir hacia un fin o en todo caso en dirección segura: perseguir (*Nachgehen*)”⁴³. Este método es dialéctico, un devenir progresivo y en constante evolución. De aquí se sigue que si el conocimiento es una tarea infinita, la “cosa en sí” kantiana no puede significar la frontera infranqueable con que se enfrenta el entendimiento en su afán por conocer el mundo, sino que es, a decir del mismo Natorp, “...un puro concepto límite, que limita a la experiencia tan sólo en su propia ley creadora, del mismo modo que el ‘punto infinitamente lejano’ de los matemáticos es sólo una expresión de la dirección siempre constante de la recta infinita”⁴⁴.

En consecuencia, “lo dado” sólo puede significar un problema por resolver, una variable por despejar. Lo anterior se consigue cuando “lo dado” (por ejemplo la pregunta: ¿cómo es posible la ciencia?), se reduce a su unidad creadora sintética fundamental mediante la deducción de las categorías sintéticas a-priori que explican la posibilidad, en este caso, de la ciencia. En otras palabras, aquello que es “dado” a la experiencia son las relaciones y las variaciones entre los fenómenos; en ellas busca la ciencia natural lo invariable que se expresa mediante regularidades cuantitativas. Así, por ejemplo, la mecánica explica el elemento variable del mundo físico, la materia, recurriendo al factor constante en la producción del movimiento, la masa⁴⁵. Este es, según Natorp, el verdadero y más profundo sentido del idealismo crítico.

⁴¹ Hermann Cohen, *Logik der reinen Erkenntnis* (Berlin: Bruno Cassirer Verlag, 1922), 101. El texto original dice: “*Nichts darf dem reinen Denken als gegeben gelten; auch das Gegebene muss es sich selbst erzeugen*”.

⁴² Natorp, *Kant y la escuela*, 82.

⁴³ *Ibid.*, 82.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Natorp, *Propedéutica*, 10.

Decía que el espíritu que anima a los neokantianos de Marburgo es la corrección de las impurezas que, según ellos, contiene la filosofía de Kant. Una de estas desviaciones metodológicas es la contraposición entre intuición y pensamiento, entre la pasividad de las sensaciones, que constituirían la materia del conocimiento, y la espontaneidad de aquél que es la función propia de la actividad cognoscitiva. Esta distinción, se afirma, es insostenible porque suponer que la intuición está en la base del conocimiento implica la idea de que existen, con anterioridad a éste, un objeto y un sujeto que se encuentran en una cierta relación causal (el primero afecta al segundo y éste es afectado por aquél). Ello sólo sería posible si el conocimiento pudiera ser edificado desde afuera, desde un punto de vista que se situara fuera de él, pero, como afirma Natorp, uno de los rendimientos más importantes de la filosofía kantiana fue mostrar que la construcción de cualquier objeto y sujeto es el resultado del mismo proceso cognoscitivo. Por lo tanto, la idea de que hay un elemento puramente pasivo, constituido por las sensaciones, que es “lo dado” a la consideración teórica, es una recaída en el metafisicismo, en la ficción de que contamos con un punto de vista trascendente más allá de nuestro conocimiento desde el cual podemos explicarlo.⁴⁶

En lugar de la contraposición metodológica entre intuición y pensamiento, Natorp sostiene que intuir también es pensar, es creación de determinaciones a partir de un material indeterminado pero determinable, el cual constituye la incógnita, la x a despejar en la ecuación del conocimiento. Al respecto Éric Dufour afirma, en su *Hermann Cohen. Introduction au néokantisme du Marbourg*, que la intuición se “disuelve” en el pensamiento al no existir como algo separado de él. Por el contrario, la intuición es puesta por éste, lo que significa que su estatus es análogo al de la x , porque es algo aún indeterminado pero susceptible de ser conocido y, en ese sentido, es un punto de partida epistemológico, un problema a resolver puesto por la investigación científica. Por ello, se afirma que el pensamiento se da a sí mismo o construye su objeto⁴⁷. Pero la intuición no es un pensar sobre la ley, es decir, no es su función establecer las leyes que hacen posible el pensar mismo, sino que, por el contrario, es una determinación empírica, sintética. Si las sensaciones son “lo dado”, sólo pueden serlo en el sentido de que son “la expresión del problema de la determinación de la experiencia”, el material que debe ser

⁴⁶ Natorp, *Kant y la escuela*, 84.

⁴⁷ Éric Dufour, *Hermann Cohen. Introduction au néokantisme de Marbourg* (Paris: Presses Universitaires de France, 2001), 43-4.

determinado. Una consecuencia importante de esta concepción es que las sensaciones no se definen por su estatus ontológico, es decir, no son elementos de una realidad dada; sino por la función que desempeñan en la ecuación del conocimiento, en donde ocupan la posición de lo particular.

La conclusión de estos razonamientos es que lo único “dado” en el conocimiento, que es más bien “lo exigido”, es el método que consiste en la determinación infinita de lo determinable, en la continua atribución de predicados a los objetos de la actividad científica. Así, el proceso cognoscitivo se presenta como infinito porque con cada nueva predicación que se hace sobre un fenómeno, con cada x que se despeja surgen interrogantes no contempladas anteriormente que requieren, a su vez, una elucidación similar. Por ello, la absoluta determinación del objeto, en el sentido de un saber al que ya no fuese posible agregarle ningún nuevo elemento, que no diera lugar a ulteriores preguntas, sólo puede pensarse como tarea inacabable, nunca como fin alcanzable. El carácter quimérico de un saber absoluto queda de manifiesto cuando reflexionamos en que sólo mediante un criterio situado fuera del mismo conocimiento y, por lo tanto, independiente de él, se podría establecer el momento en que éste fuese alcanzado, pero la postulación de tal criterio implica una tesis metafísica que el neokantismo rechaza a todas luces. Cuando hablamos de “la verdad” nos referimos a un ideal al que aspiramos, que guía la investigación científica, por lo que se trata de una construcción histórica que nunca termina.

A la explicación del verdadero sentido del método deductivo trascendental, el neokantismo le da el nombre de “lógica del conocimiento puro”. Más adelante, dentro de este capítulo, desarrollaré esta concepción de la lógica. Por el momento baste decir que la lógica es la doctrina de la razón cuyo propósito es deducir las condiciones de posibilidad de su uso teórico, práctico y estético. La razón se emplea teóricamente cuando se aplica a la experiencia posible sujeta a la causalidad espacio-temporal, al mundo natural. El uso práctico se da en el momento en que el objeto de la reflexión es la voluntad libre del hombre, que se despliega en el mundo de la moral y el derecho. El tercer empleo de la razón se dirige a esclarecer la lógica del sentimiento puro que se manifiesta en la historia y la ciencia del arte. Para el neokantismo, estas tres direcciones históricas de la cultura humana son las únicas en las que es posible hablar de progreso entendido como la tarea infinita de determinación de los *facta* culturales.

En este sentido, afirma Guillermo Héctor Rodríguez, “las demás direcciones históricas de la cultura no son esencialmente progresivas y cuando en ellas hay progreso, tal progreso se explica

por el de la ciencia, por el de la moralidad o por el del arte”⁴⁸. Así, la conciencia religiosa, que es histórica, se explica por su contribución a la resolución del problema ético fundamental, a saber, qué es el hombre. Con la fundamentación de las tres direcciones de la actividad de la conciencia histórica humana se abarcan tanto las llamadas ciencias culturales: economía, pedagogía, jurisprudencia, etcétera, producto de la razón práctica, como las ciencias naturales: física, química, biología, entre otras, que surgen del uso teórico de esta facultad. Lugar especial tendrá, dentro del idealismo crítico, la matemática (específicamente el cálculo infinitesimal) y la jurisprudencia pura, a las que regresaré después.

3.3 La concepción del conocimiento

En el capítulo segundo de la *Propedéutica filosófica*, y en un opúsculo titulado *El ABC de la filosofía crítica* dedicado a los elementos de la lógica, Natorp define el conocimiento como concepto y juicio del objeto⁴⁹. Veamos con detenimiento las partes de esta caracterización. El concepto, se dice, es unidad de lo múltiple, unidad que constituye un punto de vista que permite fijar lo permanente dentro de lo cambiante, identificar lo común en distintos objetos abstrayendo sus diferencias. Tenemos así que el concepto puede esquematizarse de la siguiente manera:

$$\left. \begin{array}{l} x_1 \\ x_2 \\ \cdot \\ \cdot \\ \cdot \end{array} \right\} = a$$

El concepto es entonces identidad. En ella, el elemento simbolizado por a es el punto de vista o denominador común mediante el cual una multiplicidad de fenómenos ($x_1, x_2 \dots x_n$), es determinada o agrupada. Para que un conjunto así pueda ser subsumido bajo un criterio se requiere que dicha multiplicidad, que antes de la agrupación es indeterminada, sea susceptible de determinación, es decir, posea elementos en común. El concepto es siempre general y abstracto, pues se aplica a un universo de objetos que constituye su extensión y, al hacerlo, limita su

⁴⁸ Rodríguez, *Ética*, 39.

⁴⁹ Natorp, *Propedéutica*, 15.

consideración a un punto de vista, lo que permite concentrar la conceptualización en ciertas características de los objetos y abstraernos de las demás.

Por su parte, el juicio es una predicación que afirma que x es a (en donde el primer elemento es el sujeto y el segundo el predicado), es una determinación de x que antes del juicio permanecía indeterminada. Sin embargo, dice Natorp, no se trata de una equiparación o identificación de dos elementos (x y a), que nos hubiesen sido dados de antemano. Por el contrario, el juicio crea identidad donde antes no la había en virtud de que subsume bajo un punto de vista una multiplicidad de objetos y no se limita a explicitar una conexión preexistente entre un sujeto y un predicado. En este sentido, la identidad que se establece en los juicios no es del tipo $a=b$, en donde los elementos son intercambiables porque tienen una misma referencia, al menos en contextos extensionales si seguimos a Frege⁵⁰, sino una identidad relativa entre un concepto y un objeto que no agota al primero, sino que representa un momento histórico en su infinita determinación. Por ello, el juicio $x=a$ es, al mismo tiempo, síntesis y análisis, porque si bien implica unificación de contenidos, en el sentido de que una determinación se incorpora al concepto, con cada nueva identidad se amplían analíticamente las posibilidades de ulteriores identificaciones⁵¹. Como afirma Natorp recordando a Kant, “el concepto es siempre un predicado de posibles juicios”⁵².

La multiplicidad, representada por el elemento x , constituye la materia del conocimiento, la cual no sólo debe concebirse negativamente, como aquello que permanece indeterminado antes de la función judicativa, sino también positivamente, pues algo puede ser el sujeto de un juicio sólo si es susceptible de entrar en un proceso de progresivas determinaciones. Por esto, lo indeterminable absoluto es simplemente incognoscible. Ya decía que la pregunta sobre “la absoluta determinación de lo determinable (...) el objeto absoluto (la “cosa en sí” de Kant)”⁵³, es decir, acerca del criterio último e incondicionado de la verdad de nuestro conocimiento empírico sólo puede tener sentido bajo el supuesto de que éste no sea concebido en forma de un estado de cosas al que puede arribarse, una meta alcanzable, sino como una manera de expresar la tarea de infinita y progresiva determinación del conocimiento.

⁵⁰ Gottlob Frege, “On Sense and Reference” en *Meaning and Reference*, ed. A.W. Moore (New York: Oxford University Press, 1993), 30.

⁵¹ Rodríguez, *Ética*, 91.

⁵² Natorp, *Propedéutica*, 16.

⁵³ *Ibid.*, 26.

Tenemos entonces que conocer es siempre reducir a unidad una serie de multiplicidades, establecer identidades dentro de lo diverso. Por esto, concluye Natorp: “La ley fundamental del conocimiento es la ley de la unidad sintética, es decir, de la determinación de lo en sí indeterminable, en lo infinito determinable o de lo sensible”⁵⁴. Sobre este punto, Guillermo Héctor Rodríguez aclara que las progresivas determinaciones en que consiste el conocimiento están siempre, en última instancia, condicionadas por su ley fundamental, pero además, éstas pueden ser elementos detonantes de posteriores avances al convertirse en nuevas incógnitas que deberán ser sometidas al método de la unidad sintética.

En este sentido, la oposición entre objetividad y subjetividad queda relativizada ya que, de acuerdo al método crítico, todo objeto científicamente construido es objetivo en tanto se ha constituido a partir de principios sintéticos, universales y a-priori, pero al mismo tiempo es un objeto materia de nuevas determinaciones porque eventualmente se transformará en una *x* que necesita ser despejada y, por esta razón, es también subjetivo, es decir, significa una tarea aún pendiente de realizar. Sin embargo, la subjetividad de esta *x* es relativa, pues ella puede ser determinada científicamente sólo si es subsumible bajo la ley objetiva del conocimiento, es decir, si es reducible sintéticamente. Así, tarde o temprano, dicha subjetividad se convertirá en objetividad. En consecuencia, esta oposición no tiene un carácter ontológico sino que refleja dos momentos del método trascendental que se definen cada uno en relación con el otro.

La función conceptual hace posible poner en relación (representar) el elemento presente o actual del conocimiento: las sensaciones, con lo no presente o inactual, con el punto de vista simbolizado por *a* que permite la identificación de lo común entre lo diverso. Por tal motivo, concluye Natorp, “forma y materia del conocimiento (...) permanecen referidas una a otra”⁵⁵, porque el factor sensible sólo es “dado” en cuanto que es determinable conceptualmente y, de igual manera, el concepto sólo puede ser referido a la materia indeterminada. Se establece así una especie de dialéctica que consiste en que con cada determinación conceptual del sujeto del conocimiento se plantean nuevas interrogantes que requieren de una posterior determinación, por lo que “...el conocimiento debe ser pensado como proceso y en verdad como proceso nunca acabado”⁵⁶.

⁵⁴ Ibid., 25.

⁵⁵ Ibid., 16.

⁵⁶ Ibid.

Ahora bien, la función básica del juicio, que consiste en establecer una unidad sintética mediante la reducción a unidad de lo múltiple “sobre la base de un punto de vista”⁵⁷, y que se realiza por la función conceptuadora del predicado del juicio, da lugar a dos clases de síntesis, una cuantitativa y otra cualitativa. La primera se produce al cabo de tres momentos que son: la particularidad, la pluralidad y la totalidad. El proceso cognoscitivo parte de la unidad entendida como singularidad desagregada. A partir de ese momento y a través de una progresiva suma de particularidades se alcanza la multiplicidad o pluralidad, la cual, a su vez, es sintetizada en una nueva unidad que llamamos totalidad. Así surgen, respectivamente, los juicios singulares, plurales y universales. El juicio singular “Juan es racional” representa la primera síntesis cuantitativa, el cual da paso a este otro: “algunos hombres son racionales”, que constituye una agrupación de mayor nivel, pues tiene un alcance más amplio. Finalmente, en el juicio “todos los hombres son racionales” se afirma un predicado de una totalidad, unidad a la que aspira todo conocimiento. A este respecto, Natorp afirma que el método de la matemática es el que mejor ilustra el tránsito descrito por lo que constituye uno de los procedimientos fundamentales de la ciencia. “Esto encuentra especialmente su expresión en la infinitud y en la infinita divisibilidad del número”⁵⁸.

Pero los juicios también producen una síntesis cualitativa en la que se distinguen, de igual manera, tres fases que son: la diversidad, la identidad y la especie. Por ejemplo, la especie triángulo se forma mediante la unión conceptual de todas las clases de figuras que constan de tres ángulos y tres lados, mismas que antes de establecer su identidad por medio de un denominador común no eran sino una diversidad de objetos susceptibles de síntesis. A su vez, la unión de las distintas especies da lugar a la noción de género y a la clásica definición por género y diferencia específica. En tal sentido, la cualidad, al igual que la cantidad, es el resultado de un proceso de síntesis que consta de tres momentos a través de los cuales se va accediendo a una unidad gnoseológica superior.

⁵⁷ Ibid., 19.

⁵⁸ Ibid.

3.4 Lógica y ontología

Importancia central dentro del neokantismo marburgués tiene la concepción de la lógica como “ciencia filosófica fundamental”⁵⁹. Si la lógica es filosofía, es decir, método, es necesario establecer, de acuerdo a las exigencias de idealismo crítico, su *factum*, la producción cultural a la que se aplica. En tanto ciencia fundamental, la lógica tiene por objeto el conocimiento científico puro, o sea, los elementos condicionantes (categorías) que explican las ciencias naturales, pero también las ciencias del espíritu (así habrá de aclararse cuando se aborde el tema de la concepción ética de Cohen). Antes de proseguir es importante subrayar que estas categorías son formas puras y homogéneas, en el sentido kantiano, pues no se refieren a tipos específicos de conocimientos sino que permiten la conceptualización científica del mundo al hacer posible el planteamiento y la resolución de problemas.

Una de las tesis más controvertidas de esta escuela es la identificación entre lógica y ontología, es decir, entre conocimiento y realidad, ya que “...no hay más ser que el que está siendo científicamente determinado y que está siendo determinado, establecido, constituido o *creado* conforme a los principios de la Lógica pura...”⁶⁰. La determinación científica la realizan las ciencias naturales de acuerdo al modelo del método matemático del análisis infinitesimal. En palabras del mismo Cohen: “El ser es ser del pensamiento. Por ello el pensamiento, como pensamiento del ser, es pensamiento del conocimiento”⁶¹ (La traducción es mía). El problema del ser es una tarea de conceptualización científica, o para decirlo adaptando el *dictum* empirista del *esse est percipi*, para los marburguenses “ser es ser creado” con arreglo a las leyes del conocimiento científico deducidas por la lógica pura. A este respecto, Dufour afirma que, desde la perspectiva neokantiana, el conocimiento no es representación pues ello implicaría una duplicación espuria del mundo ya que, por un lado, tendríamos el mundo tal cual es y, por el otro, el mundo pensado⁶². Sin embargo, si el conocimiento es una tarea infinita de determinación, el ser no es algo fijo e inmutable (a la manera del ser parmenídeo), sino que debe entenderse

⁵⁹ Rodríguez, *Ética*, 28.

⁶⁰ Ibid., 34-5.

⁶¹ El texto original dice: “*Das Sein ist Sein des Denkens. Daher ist das Denken, als Denken des Seins, Denken der Erkenntnis*” Cohen, *Logik*, 15.

⁶² Dufour, *Hermann Cohen*, 46.

como un proceso dialéctico de infinita determinación⁶³. En este sentido, el ser es también un ideal regulativo.

3.4.1 El principio del origen

Ahora bien, la fundamentación del conocimiento sigue el modelo de análisis del cálculo infinitesimal que utiliza el concepto de integración, según el cual todo número es una integral al ser la suma de infinitos infinitamente pequeños. Si la lógica pura fundamenta el pensamiento científico por su origen teórico, es decir, de acuerdo a las leyes que regulan la función judicial sintética a-priori, la unidad última, que está a la base del infinito proceso de determinación científica, debe concebirse, a la manera de Leibniz, en forma de unidad integrable o adición de un número infinito de cantidades. Para esta concepción, el número 1 es igual a la suma de $\frac{1}{2} + \frac{1}{4} + \frac{1}{8} + \frac{1}{16} + \frac{1}{32}$ y así sucesivamente. En síntesis, para el método infinitesimal la razón por la que un objeto es reconocido como real se encuentra en el hecho de que la unidad infinitesimal (dx), lo infinitamente pequeño, produce la realidad⁶⁴. De este modo, el ser y el conocimiento son, en última instancia, unidades constituidas por un número abierto de determinaciones. Es necesario aclarar que cuando se afirma que el fundamento último de las ciencias naturales es el método del análisis infinitesimal, no se dice que estas disciplinas consistan tan sólo en la ejecución de cálculos matemáticos, independientemente de que en efecto empleen algún tipo de método cuantitativo. Lo que se quiere dar a entender es que mediante el proceder científico nuevas determinaciones se van añadiendo a unidades que, a la vez, son el resultado de anteriores síntesis.

Por lo tanto, la lógica pura es lógica del origen, pues el problema filosófico fundamental es la determinación del principio explicativo u origen teórico del conocimiento. En este sentido, la ley del pensamiento científico puro que afirma que nada le es dado a éste y que en toda determinación se sigue el modelo del análisis integral, es también el origen teórico del ser, la fundamentación de su construcción teórica. Así, Cohen afirma que el pensamiento es el origen, en donde nada está dado, y a partir del cual todo es construido⁶⁵. Por ello, todo pensamiento es pensamiento del origen, pues éste se concibe en forma de fundamento. El origen puro del

⁶³ Rodríguez, *Ética*, 34-5.

⁶⁴ Helmut Holzhey, "Cohen and the Marburg School in Context," en *Hermann Cohen's Critical Idealism*, ed. Reinier Munk (The Netherlands: Springer, 2005), 15.

⁶⁵ Cohen, *Logik*, 36. El texto original dice: "*Dem Ursprung darf nichts gegeben sein*".

conocimiento científico y matemático consiste en un sistema abierto de juicios productores de objetos⁶⁶. De esta forma, dice Andrea Poma, el principio no extensivo de lo infinito, de lo infinitesimal, se convierte en el fundamento de la magnitud extensiva, con lo que un concepto puro del pensamiento se erige en principio productivo de la realidad⁶⁷. Por lo tanto, “si el fundamento de la realidad del fenómeno ha de buscarse detrás de éste, tal origen no se encontrará en una indistinguible e ilusoria cosa en sí sino en la idea, en términos kantianos, en la ley. Es ella la que dota al fenómeno de validez objetiva y, de esta forma, de realidad. En la filosofía kantiana (...) la ley es la verdadera cosa en sí”⁶⁸.

La tesis del conocimiento como construcción queda claramente expresada en el siguiente pasaje de la *Lógica del conocimiento puro* que cito *in extenso*:

La Lógica debe por consiguiente ser Lógica del origen, porque el origen no constituye solamente el inicio necesario del pensamiento; especialmente en cada avance éste debe funcionar como el principio impulsor. Todos los conocimientos puros deben ser modificaciones del principio del origen. De lo contrario no tendrían ninguna independencia ni valor puro. La Lógica del origen debe por eso consumarse en su completa construcción. En todos los conocimientos puros, el principio del origen debe reinar como principio asumido. Así, la Lógica del origen se convierte en Lógica del conocimiento puro” (La traducción es mía).⁶⁹

Por ello, afirma Cohen, si bien el origen es la nada (*Nichts*), ya que constituye el punto de partida de cualquier determinación científica, no se trata de una nada absoluta, sino relativa, pues la pregunta con la que inicia todo conocimiento contiene ya (determina de antemano) el sentido de la respuesta. En otras palabras, el método mediante el cual la ciencia plantea sus problemas, o

⁶⁶ Holzhey, “Cohen and the Marburg,” 16.

⁶⁷ Andrea Poma, *The Critical Philosophy of Hermann Cohen* (Albany: State University of New York Press, 1997), 40.

⁶⁸ Ibid., 44. El texto original dice: “*if the ground of the reality of the phenomenon is to be sought for behind the phenomenon, this ground will be found, not in an indistinguishable and thus illusory thing-in-itself, but rather in the idea, that is in Kantian terms, in the “law”. It is the law that invests the phenomenon with objective validity, and thus with reality. In Kantian philosophy, as in Platonic philosophy before it, the law is the true thing-in-itself*”.

⁶⁹ Cohen, *Logik*, 36. El texto original dice: “*Die Logik muss demnach Logik des Ursprung werden. Denn der Ursprung ist nicht nur der notwendige Anfang des Denkens; sondern in allem Fortgang muss er sich als das treibende Prinzip betätigen. Alle reinen Erkenntnisse müssen Abwandlungen des Prinzips des Ursprungs sein. Andernfalls hätten sie keinen selbständigen, wie keinen reinen Wert. Die Logik des Ursprungs muss sich daher in ihrem ganzen Aufbau als solche vollziehen. In allen reinen Erkenntnissen, die sie als Prinzipien beglaubigt, muss das Prinzip des Ursprungs durchwalten. So wird die Logik des Ursprungs zur Logik der reinen Erkenntnis*”.

sea, su manera específica de preguntar, condiciona el tipo de respuestas que pueden ser válidas y, por lo tanto, en el mismo planteamiento del problema hay ya una anticipación de la forma en que se deben presentar las hipótesis de solución. Como quedará claro al tratar la concepción coheniana de la ética, el principio del origen es una exigencia de cualquier explicación científica, trátase del mundo natural o de producciones culturales como la moral y el arte.

Ahora bien, sólo el cálculo infinitesimal nos permite entender, a través de las nociones de infinito y continuidad infinitesimal, el paso que lleva a cabo el pensamiento a partir de la nada (entendida como punto de partida metodológico), hacia cualquier cosa o contenido. El juicio del origen que es infinito, pues establece un método de creación infinita de determinaciones, produce un contenido también infinito. A su vez, la ley de continuidad, que es la ley fundamental del pensamiento y expresión del juicio del origen, permite dar cuenta de cualquier cosa a partir de la nada, unificar los diferentes elementos del pensamiento descubiertos por la lógica y, de esta forma, asegurar que todos son variaciones del mismo principio⁷⁰.

Lo anterior significa que el método que explica la posibilidad del conocimiento, con su principio del origen como punto central, es el mismo en los distintos campos del saber humano. Si queremos dar cuenta del proceder de alguna ciencia natural, explicar un fenómeno jurídico o una manifestación artística, el método crítico exige que deduzcamos, a partir del material dado a la investigación, las categorías que explican su posibilidad, es decir, el tipo de preguntas y respuestas válidas desde el punto de vista científico. A su vez, esta delimitación de la forma que debe adoptar todo saber que pretenda ser objetivo y universal, en el sentido ya explicado, se basa en la idea de que, en última instancia, el método de las ciencias humanas (en el sentido filosófico del término que se refiere a toda investigación científica posible y no a una ciencia en particular), debe concebirse como una producción infinita de determinaciones o predicados del juicio ($x=a$, $x=b$, $x=c$, y así *ad infinitum*). En una terminología más actual, podríamos decir que el conocimiento es la producción infinita de propiedades de los fenómenos. Estas ideas expresan la tesis neokantiana de que la conciencia mantiene su unidad metódica a través de sus distintas direcciones.

Regresemos al principio de anticipación que se introdujo al abordar la caracterización neokantiana del conocimiento y concentrémonos, por un momento, en el caso de las ciencias de la naturaleza. La función de este principio es explicar, en términos generales, de qué manera el

⁷⁰ Dufour, *Hermann Cohen*, 49-50.

objeto es reducido a su legalidad matemática, cómo, a partir de los fenómenos dados a la experiencia científica, es posible construir leyes causales que expresan regularidades matemáticas y, en consecuencia, afirmar que los objetos no son, para la ciencia, sino relaciones cuantitativas. Las categorías del pensamiento, dice el neokantismo, permiten anticipar la forma del conocimiento, porque al determinar el modo del preguntar científico, es decir, el tipo de interrogantes que la ciencia puede contestar, anticipan la clase de respuestas posibles. Lo que se anticipa no es ningún contenido específico sino la forma general que tienen las respuestas válidas (aceptables).

En este sentido ha de entenderse la afirmación de que la categoría de realidad fundamenta la “sensación”, ya que el pensamiento establece o anticipa las condiciones para el surgimiento de los llamados objetos sensoriales. Así, similarmente a como procede el cálculo infinitesimal al definir la unidad en términos de un concepto que se forma a partir de un conjunto infinito de cantidades más pequeñas, en la categoría de realidad se unifican las determinaciones cuantitativas de dichos objetos que la ciencia nos proporciona progresivamente. Con base en el principio de anticipación y en la categoría de realidad se construye un objeto que consiste en un conjunto abierto de relaciones matemáticas. Con la cuantificación de los objetos de la sensación éstos adquieren un estatus científico. Sin embargo, a través de este proceso se establece sólo el carácter universal de los objetos, aquello que comparten entre sí los miembros de una clase o género, que no puede ser más que cierto tipo de relaciones cuantitativas, pues únicamente ellas, por ser matematizables, son susceptibles de reducción al principio del origen, es decir, a una expresión infinitesimal⁷¹.

Pero aún queda por explicar la singularidad del objeto, pues éste tiene, además de un aspecto universal, un carácter particular. El neokantismo dice que el conocimiento es el juicio sintético a-priori que reduce, a una serie de principios, el material “singular” que el pensamiento se da a sí mismo a manera de punto de partida metodológico. Si, por ponerlo así, el objeto universal (*Realität*) surge, según el modelo del cálculo infinitesimal, a partir del principio de la anticipación, la efectividad (*Wirklichkeit*), forma en que el neokantismo designa a la singularidad del objeto de la percepción, se explica con base en el principio llamado también de efectividad, el cual se refiere a los fenómenos en lo que tienen de singular, es decir, a su existencia espacio-temporal. Dufour afirma, citando a Kant, que si la efectividad es aquello que está de acuerdo con

⁷¹ Ibid., 52.

la sensación, lo está en virtud de las leyes empíricas; ellas son las que fundamentan la sensación, es decir, la existencia singular del fenómeno⁷². El principio de causalidad general, al determinar relaciones espacio-temporales entre fenómenos, los hace aparecer como casos particulares de una ley causal. Es precisamente esta aplicación empírica del principio de causalidad general la que le confiere a los fenómenos su singularidad, una existencia efectiva en un tiempo y en un espacio determinado.

En suma, el principio de efectividad permite concebir que detrás de nosotros hay un objeto singular e irreductible a cualquier otro que afecta nuestros sentidos produciéndonos una impresión sensible. En último término, lo singular surge del juicio de efectividad y se realiza mediante la categoría de magnitud (*grandeur*), no es más que una magnitud extensiva e intensiva.⁷³ Así, por ejemplo, una sensación auditiva puede ser reducida a un conjunto infinitesimal de vibraciones medibles. Esta cuantificación le otorga a la sensación su estatus científico. Gracias a esta matematización de las vibraciones que constituyen las sensaciones auditivas, los contenidos sensibles singulares y cualitativos se objetivizan. Como concluye Dufour, la importancia del método infinitesimal para Cohen es que hace posible transitar de la matemática a la física, de la intuición pura a la intuición empírica.⁷⁴

Sobre este particular Helmut Holzhey, uno de los estudiosos más reconocidos de la obra de Cohen, dice que el principio kantiano de la anticipación constituye el punto de partida del filósofo de Marburgo. Tal principio afirma que en todas las apariencias lo real, que es un objeto de sensación, tiene una magnitud intensiva, es decir, un grado. Con el propósito de generar un nuevo concepto de actualidad, continúa, Cohen reestructuró este principio en el de magnitud intensiva o de las anticipaciones. En este punto fueron las perspectivas abiertas por la psicofísica las que posibilitaron la medición de la magnitud de las sensaciones. Por ello, el método infinitesimal empleado para este propósito se convirtió para Cohen en un paradigma del papel activo del pensamiento en el proceso del conocimiento y en el desarrollo metodológico más

⁷² Ibid., 54.

⁷³ Ibid., 55-6. Élie Lévy, *Diccionario Akal de física* (Madrid: Ediciones Akal, 2008), 324. "Las magnitudes (o variables, o parámetros) que definen el estado de un sistema, se dividen en dos clases: las magnitudes extensivas (o de cantidad, o de capacidad...) y las magnitudes intensivas (o de tensión). Varios criterios justifican esta división: las magnitudes extensivas conciernen al sistema en su conjunto y son aditivas. Ejemplos: la masa de un sistema, su volumen, su carga eléctrica, su energía interna, su entropía. Las magnitudes intensivas pueden tomar valores diferentes de un punto a otro del sistema, y no son aditivas. Ejemplos: la presión, la temperatura, el potencial eléctrico."

⁷⁴ Dufour, *Hermann Cohen*, 57.

decisivo de la ciencia de su época. Esta evolución científica significaba que lo dado en la sensibilidad se transformaba en un elemento del pensamiento lógico y matemático⁷⁵.

Además, tal método es el instrumento que permite elucidar el verdadero papel de la intuición en el sistema del idealismo crítico. Decía anteriormente que éste es uno de los puntos en donde el neokantismo se aparta del texto de la *Crítica de la Razón Pura* (más no de su espíritu, según Cohen), para proponer una reinterpretación del método trascendental. Al explicar el espacio de acuerdo al modelo de la geometría euclidiana, Kant sostiene que éste nos es dado mediante una intuición irreductible al pensamiento. En cambio, conforme al modelo del cálculo infinitesimal, el espacio es producido por el pensamiento dado que lo finito de la intuición (su dimensión espacial), surge mediante el principio de continuidad, es decir, a partir de una continua agregación de lo infinitamente pequeño que no es producto de ésta sino del pensamiento. Con ello, la intuición no desaparece pero adquiere un nuevo sentido. Si para Kant ésta representaba lo dado en el conocimiento, en Cohen tiene el estatus de punto de partida o problema puesto por el propio pensamiento, mismo que debe resolverlo a través de la determinación de sus relaciones matemáticas. En este sentido, la intuición no posee un valor definitivo sino tan sólo provisorio en tanto problema que requiere ser resuelto⁷⁶. El propio Cohen expresa esta idea al decir que “la producción misma es lo producido” y que “la actividad misma es el contenido”⁷⁷ (La traducción es mía). A este respecto Poma dice que Cohen no concibió el conocimiento, a la manera de Kant, como síntesis de pensamiento e intuición o unificación de lo múltiple dado en la sensibilidad, sino en forma de un proceso de separación y unificación que se lleva a cabo dentro de este mismo⁷⁸.

Si no hay más realidad natural que la que está siendo determinada por las ciencias naturales de fundamento matemático de acuerdo a la lógica del origen, es decir, conforme a leyes o categorías que son “meras modalidades del origen”, que determinan un método pero no son ningún tipo de substancias preexistentes, ¿cómo se concibe, qué papel desempeña en este proceso, el sujeto cognoscente?

⁷⁵ Holzhey, “Cohen and the Marburg,” 14-5.

⁷⁶ Dufour, *Hermann Cohen*, 41-3.

⁷⁷ Cohen, *Logik*, 29 y 60. El texto original dice: “*Die Erzeugung selbst ist das Erzeugnis*” y “*...die Tätigkeit selbst ist der Inhalt*”.

⁷⁸ Poma, *The Critical Philosophy*, 82.

Por lo expuesto resulta claro que no se trata de un sujeto psicológico, pues la psicología explica la conducta humana desde el punto de vista de sus motivaciones que remiten al mundo de los hechos. Si bien hay distintas concepciones de la psicología, parece ser que, en cualquier caso, no se trata de una reflexión trascendental en sentido kantiano y que los sujetos psicológicos pueden ser vistos como parte del mundo natural. Por el contrario, el sujeto de la lógica pura es meramente una función, un concepto que permite hacer referencia a la unidad sintética a-priori en que consiste todo conocimiento. De aquí se desprende que sólo a partir de la descripción del movimiento metodológico, que explica la constitución del objeto, es posible dirigir la reflexión hacia el sujeto, que se concibe como función unificadora de los momentos analítico y sintético que implica la tarea judicativa del conocimiento. En este sentido, Poma indica que la filosofía crítica coheniana implica un profundo subjetivismo trascendental, pues el sujeto cognoscente es una especificación del pensamiento como un acto productor⁷⁹. Sobre este punto, Dufour señala que Cohen distingue entre *Bewusstsein* y *Bewusstheit*, entre *conscience* y *consciosité*, a fin de diferenciar entre la conciencia trascendental, el sujeto de la lógica pura, y el sujeto o la conciencia empírica o psicológica, descrita generalmente en términos de poderes o facultades del alma. Por lo tanto, afirmar la unidad de la conciencia no significa otra cosa que sostener la unidad de los métodos del conocimiento científico⁸⁰.

3.5 La filosofía como ciencia fundamental

Afirmé con anterioridad que, para el neokantismo de Marburgo, la filosofía es esencialmente método, deducción de las categorías que explican los diferentes tipos de conocimiento y que corresponden a las tres direcciones de la conciencia humana histórica: la ciencia, la moral y el derecho, y el arte. La filosofía es entonces la ciencia fundamental porque sin ella no serían posibles los ámbitos del saber. Su labor explicativa empieza una vez que el pensamiento científico se ha consolidado, pues ésta se ejerce sobre las producciones culturales del hombre. Sin embargo, desde el punto de vista lógico o de la fundamentación, la filosofía antecede a dichas manifestaciones, ya que su tarea consiste precisamente en deducir los principios que hacen posible las ciencias. Pero además, ella es la ciencia primera porque su fundamento está adentro y no afuera de sí misma, y tiene la tarea de “asegurar la unidad de los conocimientos

⁷⁹ Ibid., 61.

⁸⁰ Dufour, *Hermann Cohen*, 35.

humanos por la demostración de un último fundamento común”⁸¹. En este sentido, la filosofía delimita el terreno de la experiencia científica, es decir, de las preguntas y respuestas que pueden ser tratadas por la ciencia, estableciendo así la frontera entre ésta y la especulación metafísica.

3.6 La ética pura

En congruencia con las premisas centrales de su sistema, el neokantismo marburgués sostiene que la ética pura se debe ocupar de la deducción de las categorías a-priori que hacen posible abordar en forma científica el problema del hombre. En este sentido, la lógica le proporciona a la ética su fundamento en la medida en que le muestra el procedimiento para que ella busque y construya sus leyes. Como veremos, este fundamento metodológico evita, por una parte, la confusión entre reflexión ética y moralidad y, por la otra, que caigamos en el agnosticismo o el irracionalismo ético⁸². Si la moralidad consiste en un método mediante el cual juzgamos ciertas acciones como incondicionadamente buenas, a la manera de fines finales queridos en sí mismos, y no como medios para el logro de otros fines, la ética es la teoría de la moralidad así concebida. En palabras del propio Natorp: “...la ley de lo bueno tampoco puede reposar en la conminación de un poder extraño y exterior a la voluntad (heteronomía), sino que tiene su origen en la propia e interna ley del querer mismo o de la conciencia práctica (autonomía)”⁸³. Se trata de un principio explicativo inmanente y no trascendente que debe ser deducido por la ética.

Ahora bien, el fin incondicionado en el que se funda la moralidad se encuentra en la vida social y no en el hombre individual o en algún grupo particular de hombres, ya que sólo en ella es posible hallar el fin que no está supeditado a fines ulteriores. Este fin hay que buscarlo en la voluntad colectiva que se expresa en la regulación jurídica. El fin final únicamente puede ser un ideal regulativo desprovisto de contenido, pues sólo así conserva su carácter incondicionado, dado que cualquier fin particular está condicionado por las convicciones morales del grupo particular de hombres que lo sostiene. Sólo la aspiración de construir una comunidad de hombres libres puede ser imperativo categórico (fin final), ya que cualquier otro imperativo es necesariamente hipotético, dependiente de otros supuestos que consisten en visiones particulares acerca de lo que es bueno y justo. Un ejemplo de esto sería una comunidad religiosa, cuyas

⁸¹ Paul Natorp, *El ABC de la filosofía crítica* (México: Editora Nacional, 1974), 15.

⁸² Holzhey, “Cohen and the Marburg,” 21-2.

⁸³ Natorp, *Propedéutica*, 32.

normas son para sus miembros imperativos sólo en la medida en que han aceptado la moral del grupo. A partir de esta concepción se llega a la tesis de que la historia de la regulación jurídica es el devenir de la idea de libertad.

Al comentar la ética de Cohen, Guillermo Héctor Rodríguez afirmaba que la totalidad de lo humano sólo es posible mediante el derecho, pues es la categoría de persona jurídica la que le permite a la ética superar la parcialidad de las visiones individualistas o de grupo sobre lo que debe ser el hombre. Sólo de esta manera el individuo, como persona jurídica, es portador de la totalidad de lo humano, con lo que se convierte en un punto de vista histórico en la progresiva e infinita determinación de la idea del derecho, al ser un punto de imputación de derechos y obligaciones. En otras palabras, los órdenes jurídicos particulares son respuestas históricas a la eterna pregunta de la ética acerca de lo que debe ser el hombre. Únicamente a través de la noción de persona la regulación jurídica puede ofrecer respuestas universales, aunque siempre tentativas, a esta interrogante, pues ni la religión ni las costumbres alcanzan a superar la parcialidad que las afecta, ya que, para Cohen, éstas son intentos de generalizar los intereses de un grupo social específico. En este sentido, la jurisprudencia proporciona la clave para lograr la unidad y la universalidad de la determinación moral⁸⁴. El concepto central en la explicación coheniana de la persona jurídica es el de contrato. Andrea Poma, al referirse al papel de éste en la creación de aquélla, destaca que la persona jurídica no se entiende en términos físicos:

La noción de `persona jurídica`, en el derecho, muestra sin ambigüedades que el sujeto jurídico no es necesariamente idéntico con la persona física. La persona jurídica resulta de una acción jurídica, de un contrato, el cual una vez establecido es en sí mismo un sujeto de acción autónomo y no la suma o comunidad de las partes contratantes. En forma más general, cada contrato debe verse como una acción, en la cual los contratantes (...) no son sujetos dados sino que se establecen, como partes, en la acción misma del contrato⁸⁵.

Por ello, concluye Poma, el Estado en tanto persona jurídica soberana, último centro de imputación normativa, no se piensa de modo naturalista, a la manera de los conceptos de comunidad, pueblo o patria, sino jurídicamente. Y agrega que en este sentido el Estado, en cuanto que se le concibe como ficción, es una tarea. Su autoridad legislativa no es dada a la

⁸⁴ Rodríguez, *Ética*, 181.

⁸⁵ Andrea Poma, "Autonomy of the Law," en *Yearning for Form and other Essays on Hermann Cohen's Thought* (The Netherlands: Springer, 2006), 265.

manera de una realidad natural sino que constituye una hipótesis metodológica, mientras que sus actos de creación normativa son la realización de su tarea, que es siempre infinita⁸⁶.

3.7 Baden y Marburgo: puntos de encuentro y divergencia

A manera de conclusión recapitulo las principales similitudes y diferencias entre ambas escuelas que han quedado esbozadas a lo largo de este capítulo. Estas tendencias filosóficas coincidieron en su concepción general del conocimiento, pues afirman que conocer es un proceso de construcción de la realidad en el cual lo único “dado” es el punto de partida metodológico. Como se recordará, para los filósofos de Baden los intereses que guían una investigación son los que determinan el método que deberá emplearse. Así, si lo que buscamos es encontrar los elementos universales de cierto grupo de fenómenos, aquello que les es común, el método indicado es el nomotético, mediante el cual creamos leyes causales a partir de una multiplicidad de hechos. Estas regularidades ponen en relación de causa y efecto elementos permanentes del mundo natural. En cambio, cuando nuestro interés recae en la singularidad de los fenómenos, en las características que los hacen diferentes de los demás, el método adecuado es el idiográfico, pues nos permite fijar la mirada en sus elementos particulares e irrepetibles.

Los filósofos de Marburgo sostuvieron, por su parte, que las categorías eran las leyes de todo juicio y que, por ello, eran también las leyes del ser, por lo que éstas debían ser deducidas de las tres direcciones cognoscitivas de la conciencia histórica humana: la ciencia, el derecho y la moral y el arte. No obstante las diferencias de enfoque entre las dos escuelas, ellas coinciden en la idea de que el objeto de conocimiento no es algo trascendente e independiente del sujeto, sino que, por el contrario, éste lo construye mediante su actividad cognoscitiva. Sin embargo, los matices son importantes. En el caso de Rickert, por ejemplo, el acento está puesto en el lado de los valores, por lo que conocer es, en última instancia, atribuirle a un juicio el valor de verdad. En cambio, Natorp y Cohen enfatizan que conocer es un acto judicativo a través del cual enlazamos nuevos predicado al concepto del objeto.

Ambas escuelas mantienen también la idea de que la historia es un proceso en continuo progreso, pues ésta se concibe como la gradual concreción de los valores que guían o están detrás de las distintas disciplinas científicas: la verdad, lo bueno y lo bello.

⁸⁶ Ibid., 267.

Por último, el neokantismo marburgués difiere del papel que los filósofos de Baden le asignan a la imaginación en la aprehensión del significado de los acontecimientos históricos. Recordemos que para ellos esta facultad permite, sin recurrir a conceptos, comprender la relevancia de dichos sucesos mediante su representación intuitiva. Ahora bien, la idea de intuición es oscura y ambigua, pues el propio Rickert llega a compararla con la inspiración artística, lo que no hace más que añadir confusión. Contrariamente, Natorp y Cohen rechazan que la intuición sea una forma de captar la realidad independiente del pensamiento, ya que para ellos la intuición es sólo el punto de partida metodológico de todo conocimiento, la pregunta que desata el proceso cognoscitivo y no algo “dado”.

Una vez expuesta en sus líneas generales la concepción del conocimiento, de la filosofía y de la ética del neokantismo, sobre todo de la escuela de Marburgo, contamos ya con los elementos necesarios para explorar la relación de esta corriente, especialmente de las tesis de Cohen, con el enfoque metodológico de la teoría pura del derecho.

Capítulo II

Kelsen y el neo-kantismo

Presentación

La influencia que tuvo el movimiento neokantiano de fines del siglo XIX y principios del XX en la obra de Hans Kelsen es ampliamente reconocida. En una gran cantidad de textos, introductorios y especializados, se consigna que una de las fuentes teóricas del sistema kelseniano fue la concepción filosófica del neokantismo⁸⁷. En ocasiones se señalan tesis específicas que fueron adoptadas por Kelsen en alguna época, mientras que en otras se hace referencia al espíritu que inspiró al neokantismo para trazar un paralelismo con el *leitmotiv* del filósofo de Viena.

Si bien es cierto que existe plena conciencia de la huella del neokantismo en Kelsen, es necesario tener en mente la afirmación de Stanley Paulson, uno de los más reconocidos estudiosos de la obra de Kelsen, de que la naturaleza e importancia de esta influencia es uno de los aspectos menos estudiados en la vasta bibliografía que hay sobre la obra kelseniana⁸⁸. A pesar de que no sólo en el mundo de habla germana, sino también en el de habla inglesa, italiana y española, no son pocos los autores que se han ocupado de escudriñar dicha relación, tales estudios resultan ser bastante inferiores en número a los análisis sobre otros aspectos de la doctrina de Kelsen. Sin embargo, debe señalarse que la afirmación de Paulson no se refiere a la cantidad de artículos y libros dedicados al tema, sino a su falta de profundidad.

Para estudiar la conexión de Kelsen con el neokantismo es indispensable, por una parte, partir de una periodización de su obra y, por la otra, definir con cuál de las dos escuelas de esta corriente de pensamiento se van a establecer los paralelismos. En efecto, el lapso de tiempo que

⁸⁷ Algunos de los estudios de tipo general o no especializados en filosofía del derecho en los cuales se menciona este hecho son: D. Melossi, *El Estado del control social* (México: Siglo XXI, 1992), 103. D. Zolo, *Los señores de la paz: una crítica del globalismo jurídico* (Madrid: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III), 22-3. Mauricio Beuchot, *Filosofía del derecho, hermeneútica y analogía* (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2006), 84-5. A. Negri, *Fábricas del sujeto. Ontología de la subversión* (Madrid: Ediciones Akal, 2006), 240-1. Hans Jörg Sandkühler, *Mundos posibles. El nacimiento de una nueva mentalidad científica* (Madrid: Ediciones Akal, 1999), 56-9. Francisco J. Laporta, “Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo,” en *Historia de la Ética*, ed. Victoria Camps (Barcelona: Crítica, vol 3, 2003), 225-26. F. Serra, “Libertad y ley en Simmel,” *Revista española de investigaciones sociológicas*, no. 89 (enero-marzo 2000): 252. L. Fernández Gómez, *Temas de filosofía del derecho* (Caracas: UCAB, 2007), 369-72.

⁸⁸ Stanley Paulson, “Four Phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization,” *Oxford Journal of Legal Studies* 18, no.1 (primavera 1998): 166.

se elija para trazar los nexos de la teoría pura del derecho⁸⁹ con las tesis del neokantismo, sea el de Baden o el de Marburgo, dependerá de la división del desarrollo teórico kelseniano que se adopte. Con respecto al segundo punto cabe mencionar, por ahora, que para Stanley Paulson la escuela del sudoeste alemán, también llamada de Heidelberg o de Baden, fue la que mayor influencia tuvo en la época trascendental de Kelsen, contrariamente a la idea más generalizada de que fue la escuela de Marburgo y, sobre todo la obra de Hermann Cohen, la que ejerció un influjo más profundo en él. Yo asumiré la segunda de estas dos perspectivas.

Iniciaré el capítulo con las periodizaciones de la obra de Kelsen, a fin de sentar las bases para el examen de la relación entre éste y el neokantismo. En segundo lugar expondré el ambiente social, cultural y político de la Viena de fines de siglo XIX que conforma el telón de fondo sobre el que surge la teoría kelseniana.

Después de esta excursión por los antecedentes históricos de un pensamiento que tiene hondas raíces culturales, el resto del capítulo estará dedicado a examinar de cerca los nexos entre Kelsen y el neokantismo, sobre todo el marburguense. Con este propósito analizaré las posiciones de distintos autores sobre el tema, pero me detendré principalmente en dos textos que son fundamentales a este respecto: los estudios de Ulises Schmill y de Agustín E. Ferraro acerca de la influencia de Hermann Cohen en Kelsen.

I. Periodización de la obra de Kelsen.

Stanley Paulson divide la evolución de la teoría pura en tres etapas y dos subetapas. Al exponer su periodización, Paulson la contrasta con la de Carsten Heidemann, quien distingue cuatro fases en vez de tres⁹⁰. En primer lugar, ambos reconocen una etapa inicial que llaman constructivista y que tiene como punto culminante la segunda edición de los *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, publicada en 1923 y que fue el trabajo post-doctoral de “habilitación” (*Habilitationsschrift*) presentado por Kelsen para obtener la licencia que en esos años se requería en Austria para ser profesor universitario. La nota central de esta fase es el rechazo de Kelsen a las explicaciones positivistas y naturalistas, en términos que refieren a hechos existentes en el mundo espacio-

⁸⁹ Usamos aquí la expresión “teoría pura del derecho” para referirnos al corpus de la doctrina kelseniana sin referencia a ninguna fase en particular. En este punto seguimos a Mario G. Losano quien dice que esta teoría es un *opus perpetuum* porque es un cuerpo doctrinal en continua transformación. Mario G. Losano, “La teoría pura del derecho. Del logicismo al irracionalismo,” *Doxa*, no. 2 (1985).

⁹⁰ Paulson, “Four Phases,”.

temporal, que prevalecían en la tradición jurídica de habla germana, de las nociones del derecho público como las de voluntad, estado y persona.

El inicio de la segunda etapa, llamada trascendental o clásica, se sitúa alrededor de 1922 y, de acuerdo con Paulson, se extiende hasta 1960 para incluir la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*. Dentro de esta fase el autor distingue dos subperíodos: el propiamente neokantiano que va de 1922 a 1935 y otro, denominado híbrido, que abarca los años 1935 a 1960, en donde se empiezan a incorporar a la teoría kelseniana algunos de los nuevos elementos que caracterizarán su última etapa. En contraste, Heidemann establece la finalización del período trascendental en el año 35 y, a partir de esa fecha, establece el comienzo de la fase realista que comprendería hasta 1962. En todo caso es en la época clásica, como veremos posteriormente, cuando se hacen explícitos en Kelsen los elementos de la filosofía neokantiana, en especial su concepción epistemológica, que será el fundamento sobre el que se levantará la teoría pura del derecho.

En el primero de los subperíodos que Paulson distingue dentro de esta fase trascendental Kelsen intenta proporcionar, dice, un fundamento neokantiano a su teoría y, asimismo, hace suya la doctrina de la estructura jerárquica del orden jurídico (*Stufenbaulehre*) de su discípulo y colega de la escuela jurídica de Viena: Julius Merkl. Este último acontecimiento inicia el cambio desde una concepción estática del derecho hacia una de tipo dinámico, en donde el mayor interés ya no es la elucidación de la estructura de las normas jurídicas sino la explicación de los procesos de creación y aplicación normativa. Ahora bien, en el subperíodo híbrido, Kelsen habría conservado sus preceptos neokantianos, contrario a lo que sostiene Heidemann, e incorporado ciertas doctrinas de corte empirista o analítico que, si bien pudieran haber estado en ciernes en la subfase anterior, su presencia e influjo todavía no era evidente. Para sostener la tesis de que los argumentos trascendentales de Kelsen sobreviven en esta subetapa, que Heidemann identifica con el momento realista, Paulson alude a una serie de pasajes en los cuales se muestra la permanencia de la impronta neokantiana⁹¹.

Sobre el alejamiento de la fase trascendental y la adopción de posiciones empiristas o positivistas, Ricardo Azpurua Ayala sostiene que la búsqueda de las condiciones a-priori y formales de posibilidad del conocimiento jurídico es reemplazada por la aplicación del método de observación y generalización para definir los conceptos jurídicos. Este cambio de enfoque se traduce, dice el autor, en que Kelsen dejó de enfatizar el elemento de la pureza en su doctrina

⁹¹ Paulson, "Four Phases,".

para concentrarse en la descripción de los caracteres generales del derecho, los que se obtendrían mediante la comparación de los distintos órdenes jurídicos históricamente existentes. Así, mediante este análisis comparativo se extraerían los elementos comunes que definirían a todo derecho. Con ello, en opinión de Azpurua, la pureza de la teoría pierde su sentido trascendental, pues deja de ser la aspiración a deducir las condiciones a-priori de posibilidad del derecho, para convertirse en una exigencia metodológica más simple, a saber, que la observación y la comparación de los órdenes jurídicos históricos debe estar libre de cualquier elemento político. De esta manera, el científico del derecho contrasta entre sí los órdenes jurídicos y desprende ciertas conclusiones, absteniéndose de realizar juicios valorativos sobre los contenidos particulares de cada derecho. A pesar de este cambio de enfoque, Ricardo Azpurua afirma que en esta nueva fase Kelsen le sigue otorgando a la norma hipotética fundamental el papel de condición de posibilidad del conocimiento jurídico⁹².

Como decía, en la tercera etapa de la división de Heidemann, Kelsen habría abandonado paulatinamente el instrumental conceptual neokantiano al tiempo que introducía una serie de nociones de tipo realista. Por último, según Paulson, a partir de 1960 inicia la tercera fase del pensamiento kelseniano, caracterizada por una actitud escéptica, la cual corresponde a la cuarta etapa, analítico-lingüística, de la periodización de Heidemann, cuyo inicio éste sitúa dos años más tarde, en 1962, y que tiene su punto culminante en la última obra de Kelsen, *La teoría general de las normas*. Cabe señalar, de paso, que algunos autores hablan de que en este último período prevalece una especie de irracionalismo normativo, porque se sostiene que las leyes de la lógica no son aplicables a las normas jurídicas, por lo que entre ellas no pueden existir contradicciones⁹³.

Una periodización de la obra de Kelsen que no coincide ni con la de Paulson ni con la de Heidemann, es la que hace Eugenio Bulygin, quien afirma que si bien Kelsen nunca rechazó explícitamente su legado kantiano, éste era incompatible con los elementos positivistas de su teoría y que la evolución misma de su pensamiento fue enfatizando dichos ingredientes en demérito de los neokantianos. En el primer período, señala Bulygin, que va de 1911 a 1940, en el cual conviven ambos elementos sin que el propio Kelsen se percatara de su antagonismo, se incluyen los textos: *Problemas capitales...* (1911), *Teoría general del estado* (1925) y la primera

⁹² Ricardo Azpurua Ayala, "Kelsen y su posición frente al positivismo y la dirección neokantiana," *Cuadernos de Filosofía del derecho*, no. 1 (1965): 36-8.

⁹³ Losano, "La teoría pura del derecho,".

edición de la *Teoría pura del derecho* (1934). Después vendría un período de transición de unos veinte años entre 1940, cuando Kelsen abandona Europa, y 1960, año que marca su establecimiento en Estados Unidos. De esta fase son la *Teoría general del derecho y del estado* (1945), la versión francesa de la *Teoría pura del derecho* (1953) y la “segunda edición” de la *Teoría pura del derecho* (1960), que en realidad es la tercera pues la versión francesa de esta obra constituye en los hechos una segunda edición por las ampliaciones y modificaciones que introduce a la primera. El último período de su doctrina, en donde predomina el espíritu positivista, comprende los artículos en los que Kelsen se ocupa de la relación entre lógica y derecho como *Recht und Logik* (1965), así como la *Teoría general de las normas* publicada póstumamente en 1979⁹⁴.

Para tener una mayor claridad de las coincidencias y divergencias de las anteriores periodizaciones se presenta el siguiente cuadro comparativo elaborado por Paulson, al cual le hemos agregado una tercera columna con las fases propuestas por Bulygin.

Clasificación de S. Paulson	Clasificación de Heidemann	Clasificación de Bulygin
1. Fase constructivista, hasta 1911 - Transición, 1913-1922	1. Fase constructivista, 1911-1915 -Transición, 1915-22	1. Primer período, 1911-1940
2. Fase clásica, 1922-1960 2a. Período neokantiano, 1922-1935 2b. Período híbrido, 1935-1960	2. Fase trascendental, 1922-1935	2. Período de transición, 1940-1960
	3. Fase realista, 1935-1962	
3. Fase escéptica, después 1962	4. Fase analítico-lingüística, después 1962	3. Período positivista, 1960-1979

⁹⁴ Eugenio Bulygin, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law,” *Ratio Juris* 3, no. 1 (marzo 1990).

Para los propósitos de situar, dentro del desarrollo de la obra de Kelsen, la influencia de las tesis del neokantismo, creo que es suficiente con la exposición detallada de las tres anteriores propuestas de periodización. Sin embargo, éstas no son los únicos intentos que se han llevado a cabo en este sentido. A modo de ilustración se puede mencionar la conocida tesis de Mario G. Losano de que el pensamiento kelseniano es un *opus perpetuum*, una teoría en continua transformación, en cuyo desarrollo distingue tres etapas⁹⁵ que, vale decir, no coinciden temporalmente del todo con las divisiones de Paulson, Heidemann o Bulygin.

Otro caso es la clasificación de Vlãdimir Kubes, mencionada por Pablo Lucas Verdú, que establece cuatro etapas. La primera se caracteriza por la crítica a las doctrinas tradicionales de la teoría jurídica del mundo germano, la cual tiene su expresión más acabada en los *Problemas capitales...*, coincidiendo en este punto con los esquemas expuestos. En esta periodización, la segunda fase inicia con la segunda edición de esta obra y, en ella, Kelsen adopta una concepción dinámica del derecho que abre paso a un proceso de relativización de la contraposición entre el ser y el deber ser, el cual se profundiza, dice el autor, con la tesis de que el sujeto de las obligaciones y las facultades jurídicas es el hombre entendido como realidad natural. En la tercera etapa el filósofo de Viena se acerca a la jurisprudencia norteamericana y, en la cuarta, a partir de 1963, Kelsen sostiene algunas ideas que resultan ser contradictorias con postulados centrales de la *Teoría pura del derecho*⁹⁶.

En síntesis, lo que queremos destacar después de esta revisión de distintas clasificaciones del desarrollo de la teoría kelseniana es el consenso en que su época neokantiana comienza alrededor de los años veinte, después de una primera fase constructivista y se extiende hasta 1960, salvo en la versión de Heidemann. Así, el análisis que haré en este capítulo de la relación entre el intento de fundamentación trascendental de la normatividad contenido en la teoría pura y las tesis metodológicas de la escuela de Marburgo, se enmarcará principalmente dentro de este período. Sin embargo, algunos de los testimonios más importantes en los que Kelsen reconoce la influencia que en él tuvo el pensamiento neokantiano se encuentran en textos de la década anterior a los años veinte.

Detengámonos, por último, a señalar la importancia de la fase constructivista en la preparación del terreno para la conformación de la época neokantiana. De acuerdo a la

⁹⁵ Losano, "La teoría pura del derecho," 80-1.

⁹⁶ Pablo Lucas Verdú, "El orden normativista puro (supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen)," *Revista de estudios políticos*, no. 68 (abril-junio 1990): 60-1.

caracterización de Stanley Paulson, el constructivismo sostiene que las nociones jurídicas (sujeto de responsabilidad criminal, voluntad, estado, etcétera), son productos teóricos y no el resultado de la observación de hechos físicos. Por tal motivo, no es posible reducir el lenguaje jurídico a uno que contenga solamente términos observacionales. En otras palabras, el derecho presupone un punto de vista normativo que es diametralmente opuesto al empírico que empleamos para describir los objetos del mundo externo. En la interpretación de Kelsen que hace Paulson, el rechazo a las explicaciones empiristas de las categorías jurídicas se sustenta en la noción de imputación y en la tesis del dualismo metodológico. Esta última se desprende del reconocimiento de la existencia de dos esferas del conocimiento, la del ser y la del deber ser, que son epistemológicamente independientes porque requieren dos métodos distintos de conocimiento⁹⁷. Vale aquí la pena transcribir un pasaje de los *Problemas capitales...*, citado por Paulson, en el cual se expresa de manera prístina y contundente la oposición entre ambos mundos:

*La contraposición que los separa (al ser del deber ser) tiene un carácter lógico-formal y, mientras nos mantengamos dentro de este terreno de lógica formal, podemos estar seguros de que no se tiende ningún puente entre esos dos campos, separados entre sí por un abismo profundo. El problema del porqué de un deber ser concreto sólo puede desembocar lógicamente, una vez y otra, en un deber ser, del mismo modo que el problema del ser conduce siempre, necesariamente, como solución a un ser*⁹⁸

Recordemos, antes de terminar la presente sección, que la distinción entre el *Sein* y el *Sollen*, junto con la tesis del infranqueable abismo lógico existente entre ellos, es uno de los elementos neokantianos que caracterizan la fase trascendental de Kelsen, cuyo gradual abandono, según algunos autores, marca el término de los afanes kelsenianos de fundamentación a-priori de la normatividad jurídica.

II. Elementos culturales de la Viena de fin de siglo presentes en la obra de Kelsen.

Antes de iniciar el examen de las relaciones de la teoría kelseniana con las tesis de la escuela neokantiana de Marburgo, es preciso detenernos a caracterizar, aunque sea brevemente, el contexto cultural en el que surgen las primeras manifestaciones de aquella doctrina.

⁹⁷ Stanley Paulson, "Hans Kelsen's Earliest Legal Theory," *The Modern Law Review* 59, no.6 (noviembre 1996): 797-99.

⁹⁸ Hans Kelsen, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)* (México: Porrúa, 1987), 8.

Kelsen nace en Praga en 1881 pero, como apunta el profesor Ulises Schmill, su educación y desarrollo profesional se escenificaron en Viena, capital del imperio austro-húngaro, que en ese entonces era una especie de Atenas del siglo XX⁹⁹. La idea de que la atmósfera política, social y cultural de la Viena finisecular ejerció una vasta influencia sobre las producciones artísticas y filosóficas de su época es ampliamente reconocida. Así, en un minucioso estudio que se centra en la relación de la cultura y la historia política del imperio austro-húngaro con la concepción filosófica que Ludwig Wittgenstein desarrolló en el *Tractatus Logico-Philosophicus*, Allan Janik y Stephen Toulmin afirman que:

*(...) la debilidad central que se puso de manifiesto en la decadencia y caída del Imperio de los Habsburgo ahondó en las vidas y experiencias de sus ciudadanos, configurando y condicionando las preocupaciones centrales y generales de artistas y escritores en todos los campos del pensamiento y la cultura, aún en los más abstractos: al tiempo que, en correspondencia recíproca, los productos culturales del ambiente kakanio tenían en común ciertos aspectos característicos que hablan y pueden arrojar luz sobre el contexto social, político y ético de su producción*¹⁰⁰

Con referencia específica al nexo entre ese mundo de nuevas tendencias en todas las manifestaciones del arte, la cultura y la ciencia que fue la Viena de fin de siglo y la obra de Kelsen, Francisco Serra Jiménez dice que la búsqueda de la forma, del elemento universal e inmutable dentro de la corriente del cambio, de lo contingente, que constituyó el rasgo más definitorio “de todas las realizaciones culturales de la época”¹⁰¹, inspiró también la literatura, la arquitectura, la música y la filosofía. De esta manera, el jurista vienés no fue ajeno a este *Zeitgeist*, a esta búsqueda del ideal de la forma y, a decir del autor, “cuando Kelsen afirma que quiere llevar a cabo una <<geometría del fenómeno jurídico>>, cuando nos dice que quiere estudiar la <<forma de derecho>> (pues <<cualquier contenido puede ser Derecho>>, como se recalcará una y otra vez durante los años siguientes), es también la <<tendencia a la forma>> lo que encontramos reflejado en sus escritos”¹⁰².

⁹⁹ Ulises Schmill, “Prólogo,” en Rudolf Aladár Métall, *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. Javier Esquivel (México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976), 1.

¹⁰⁰ Allan Janik y Stephen Toulmin, *La Viena de Wittgenstein* (Madrid: Taurus, 1987), 14. El término “kakanía” fue acuñado por Robert Musil para referirse al carácter imperial y real de las instituciones del imperio de los Habsburgo. En alemán “*kaiserlich*” significa imperial y “*königlich*” real, de ahí la doble aparición de la letra “k”. Véase *Ibid.*, 13.

¹⁰¹ Francisco Serra Jiménez, “Kelsen en Kakanía (cultura y política en el joven Kelsen),” *Boletín de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, no. 1 (1992): 218.

¹⁰² *Ibid.*

En este mismo texto sobre las raíces culturales de Kelsen se plantea la hipótesis de que el afán por encontrar la estructura formal del derecho pudo haber estado influido también por el hecho de que, en el Imperio austro-húngaro, confluían una multitud de pueblos y razas con diversas tradiciones, valores y creencias, lo que quizás generó que Kelsen buscara una definición jurídica del Estado y no una de corte sociológico¹⁰³. Se trataba de encontrar, aventuro por mi parte, el elemento común a todos los ordenamientos estatales existentes, que no podría ser ningún rasgo sociológico, antropológico o incluso psicológico de los distintos pueblos que conformaban el Imperio (algo así como los sentimientos nacionales, la idiosincrasia, los intereses económicos, la concepción del mundo, etcétera), ya que no era posible hallar tal característica.

La comparación de las distintas formas estatales muestra que, en todas ellas, el Estado está constituido por un conjunto de normas jurídicas que definen una estructura altamente descentralizada, en donde las funciones de creación y aplicación del derecho están a cargo de órganos especializados. En ese contexto multicultural, se sugiere, la identificación del Estado con el derecho era el corolario natural¹⁰⁴. No pretendo aquí desarrollar esta tesis kelseniana, mi interés es sólo señalar uno de los aspectos de su doctrina que pudieron haberse visto marcados por el ambiente cultural en que surgió.

Por su parte, Pablo Lucas Verdú destaca la apreciación que, sobre la influencia en Kelsen del ambiente cultural de la Viena finisecular, hace el Dr. Walter Lichem, embajador de Austria en Chile, quien sostiene una idea muy similar a la de Serra Jiménez. Citemos las palabras del embajador, como aparecen en el texto de Verdú, porque el parecido es sumamente llamativo:

Para diferenciar las interferencias jurisdiccionales, el Derecho austríaco creó la necesidad de una norma fundamental. Los distintos niveles de las instancias jurisdiccionales, empezando por los Ministerios del Imperio austro-húngaro, siguiendo por los Ministerios con jurisdicción sobre los territorios de Austria propiamente tales y las distintas provincias de la Corona, hasta las comunas, tuvieron como consecuencia interminables conflictos de competencia y jurisdicción. Con objeto de desarrollar estos distintos niveles de instancias e interferencias, fue necesario, según Johnston, desarrollar tipos ideales dentro de la Teoría del Derecho. De acuerdo a ello –concluye el embajador –, la Teoría Pura del Derecho de Kelsen respondió a las características específicas del antiguo imperio internacional¹⁰⁵

¹⁰³ Ibid., 220-21.

¹⁰⁴ Ibid., 221-22.

¹⁰⁵ Pablo Lucas, “El orden normativista puro,” 10.

Tenemos aquí, de nuevo, la tesis de que la génesis del ideal de pureza o idealidad de las categorías de la teoría jurídica kelseniana está condicionada por los avatares sociopolíticos del imperio austro-húngaro, en este caso, por la dispersión del derecho existente, que tiene su origen en la descomposición que vivían los estados centroeuropeos en el período que va de la primera a la segunda guerra mundial¹⁰⁶. En todos estos escenarios, por muy sugerentes que sean las hipótesis sobre la relación entre el contexto sociocultural y el edificio conceptual kelseniano, su verdad está lejos de poder ser comprobada fehacientemente, pues dichas conexiones nunca fueron reconocidas de forma explícita por Kelsen. Su estatus es el de hipótesis históricas cuyo mérito consiste en su capacidad para explicar verosímelmente las fuentes doctrinales, sociales y culturales de la teoría.

Otro paralelismo señalado por Francisco Serra y que resulta interesante mencionar es el que traza entre el Wittgenstein del *Tractatus* y el Kelsen temprano. La idea es que existe una similitud entre el propósito de aquél de establecer los límites de un lenguaje riguroso y significativo, que permitiera eliminar las imprecisiones y vaguedades del lenguaje natural, y el empeño de éste por fundamentar una ciencia del derecho libre de intromisiones metodológicas extrañas de corte naturalista o ético-político¹⁰⁷.

Si bien la búsqueda de las raíces culturales de la obra de Kelsen se ha centrado en la Viena de los Habsburgo, existen estudios que establecen vínculos teóricos con pensadores y tradiciones que, a primera vista, podrían parecer inverosímiles, pero que más allá de su grado de viabilidad vale la pena mencionar, así sea sólo para apartarse de ellas¹⁰⁸. Una mezcla de relaciones

¹⁰⁶ Ibid., 77. El autor afirma que la teoría pura es la respuesta lógico-trascendental a esta crisis. Sin embargo, añade, esta teoría tiene connotaciones políticas e ideológicas dado que está influida por el credo liberal kelseniano y su inclinación hacia la socialdemocracia.

¹⁰⁷ Francisco Serra, "Kelsen en Kakania," 219-20.

¹⁰⁸ Una de estas conexiones inverosímiles es la supuesta relación de Kelsen con la tradición legal mosaica, que se explica recurriendo a sus orígenes hebreos (a este respecto puede consultarse provechosamente los comentarios de Métall sobre la conversión religiosa de Kelsen. Véase Rudolfg Métall, *Hans Kelsen*, 18.) Para Verdú, el propósito de pureza en la teoría del derecho, el ideal de una explicación del fenómeno jurídico libre de elementos extraños, sean sociológicos o ético-políticos, tiene sus raíces en la tradición judeo-cristiana de la pureza. La teoría pura del derecho sería así la secularización de dicha tradición, "... la racionalización jurídica del precepto: <<No cometerás actos impuros>>" Pablo Lucas, "El orden normativista puro," 19.

Pero los paralelismos no terminan ahí. Se afirma, asimismo, que la norma hipotética fundamental es una especie de *deus ex machina*, una versión sacralizada o teofórmica, à la *Hobbes*, del hecho bruto del poder. De esta manera, la trascendentalidad de la ley religiosa (la Torá), es sustituida por la trascendencia lógico-jurídica de la norma hipotética fundamental. La *Grundnorm* se convierte entonces en una especie de nuevo demiurgo. Sorprendentemente, en un despliegue de imaginación filosófica, Verdú extiende los fundamentos de la doctrina de la norma básica hasta la antigüedad griega y el helenismo, al citar aprobatoriamente a V. Frosini, quien la compara con el primer motor inmóvil aristotélico porque, al igual que éste explica la existencia del mundo, la norma hipotética da cuenta de la existencia de todo ordenamiento jurídico. Pero Verdú no se detiene ahí, también asemeja la norma

sugerentes, que valdría la pena profundizar, con extrapolaciones que se antojan bastante descabelladas, se encuentra en el texto de Lucas Verdú. Ejemplos de nexos del primer tipo son los de Kelsen con el empiriocriticismo de Ernst Mach y Richard Avenarius, así como el parentesco de la teoría pura con la filosofía de Ernst Cassirer; en cambio, la tesis del paralelismo de esta doctrina con la tradición legal mosaica se extiende quizás demasiado. Con el empiriocriticismo, por ejemplo, se afirma que Kelsen comparte el ideal científico de unidad, coherencia, universalidad y pureza (este último exige que la investigación esté libre de consideraciones morales, ideológicas, económicas, políticas, etcétera), además de la crítica a cualquier tipo de dualismo, la negación de toda metafísica y la concepción relativista del desarrollo científico¹⁰⁹.

Mención aparte merece la conexión entre Kelsen y Cassirer, sustentada en que ambos pensadores mantienen la tesis de que a través del desarrollo científico se ha llevado a cabo un proceso de desubstancialización mediante el cual el concepto de substancia ha sido paulatinamente sustituido por el de función. De esta forma, las nociones básicas de la ciencia natural: átomo, materia, fuerza, entre otras, son vistas como funciones definidas por el papel que desempeñan en la teoría y por las relaciones entre ellas. Similarmente, los conceptos fundamentales de la jurisprudencia y, de manera especial, el de Estado, afirma Verdú, no se refiere a una realidad física¹¹⁰, por ejemplo agrego yo, al pueblo entendido en tanto conjunto de hombres identificados por ciertos rasgos antropológicos o una concepción del mundo, ni tampoco denota el territorio en un sentido físico. Por el contrario, pueblo y territorio son, para Kelsen, conceptos cuya función es la de delimitar los ámbitos de validez material y espacial del derecho.

El Estado, en manos de Kelsen, se deshipostatiza porque deja de ser una realidad física distinta al derecho y se define por la función que desempeña dentro del orden jurídico, que es

básica al “uno de los sistemas especulativos de tipo neoplatónico, emanación mística que irradia la juridicidad sobre las normas inferiores”. Ibid., 16.

Está por demás decir que la heterogeneidad de estas conexiones no juega a su favor, pues además del eclecticismo que está detrás de ellas, no parecen sólidamente fundadas. Creo que difícilmente podrían aducirse elementos teóricos de prueba para sostener que, en la base de la doctrina de la norma hipotética fundamental, hay una tesis de tipo metafísico o místico, como pretende Verdú, pues todos los elementos disponibles señalan más bien en la dirección contraria, es decir, hacia una actitud anti-metafísica y desmitificadora. De manera tal que hacer de la norma básica un motor inmóvil o un principio místico es, en todo caso, un desliz interpretativo. Las fuentes de esta doctrina, como veremos posteriormente, hay que buscarlas en el idealismo trascendental kantiano y no en el estagirita o en el neoplatonismo.

¹⁰⁹ Pablo Lucas, “El orden normativista puro,” 39-41.

¹¹⁰ Ibid., 52.

servir de expresión a lo que no es otra cosa que el punto final de imputación jurídica (*Zurechnungspunkt*), es decir, el conjunto de normas al cual debe referirse, en última instancia (soberanamente), cualquier acto jurídico. En suma, el Estado ya no se concibe como una realidad y se convierte en un concepto. Así, “a semejanza del átomo, el Estado es una <<Idea>>, pero no la idea del Derecho, en el sentido sociológico o iusnaturalista-metafísico o ético, sino una ideología, la idea de la unidad del derecho”¹¹¹. Pero si el Estado es el derecho entonces es objeto del conocimiento jurídico y no de las ciencias naturales, por lo que si se le concibe en forma de realidad física se cae en un error metodológico, sino es que también ontológico, pues con el método causal no se puede dar cuenta de él. También es erróneo considerar que el Estado, a la manera de Jellinek, tiene una cara normativa y otra natural, por lo que tendría que ser estudiado por la ciencia jurídica y por la ciencia natural (sociología). Esta tesis implica una injustificada duplicación del objeto al concebirse al mismo tiempo en forma de realidad natural y de realidad cultural, es decir, siendo parte del ámbito del ser y del deber ser. A decir de Kelsen, recuerda Verdú, la propensión a duplicar los objetos de conocimiento es característica del pensamiento primitivo. Así sucede en el animismo, en donde dice Kelsen, “cada objeto del mundo sensible es considerado como la morada de un espíritu invisible como del objeto”¹¹².

III. Kelsen: ¿Baden o Marburgo?

1. Kelsen y Baden

Una vez establecida una periodización tentativa de la obra de Kelsen, sobre todo de la fase trascendental, así como algunos elementos del contexto sociocultural en el que se enmarcan sus textos tempranos¹¹³, estamos en condiciones de iniciar el análisis de sus relaciones con el neokantismo, especialmente con el de la escuela de Marburgo y, dentro de ella, con el pensamiento de Hermann Cohen. Sin embargo, también examinaremos, de manera breve, su vínculo con la escuela de Baden, siguiendo en este punto la interpretación de Stanley Paulson.

La conexión Viena-Baden ha sido explorada por este autor, quien mantiene que el verdadero influjo neokantiano en Kelsen vino de la universidad de Heidelberg y no, como suele pensarse,

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Estos textos serían precisamente los comprendidos en el período neokantiano.

de la de Marburgo, cuya importancia en la obra kelseniana, dice, ha sido sobredimensionada¹¹⁴. Esta tesis se basa en tres hechos que son: el que hay varias concepciones importantes comunes a Kelsen y a los integrantes de dicha corriente, el que comparten una determinada terminología y, en tercer lugar, el que Kelsen estaba familiarizado con los trabajos que había producido el grupo de Heidelberg¹¹⁵. Estas razones, junto con algunos datos que apuntarían a que la importancia de los marburguenses en la conformación de las ideas centrales de la teoría pura del derecho ha sido sobrevalorada, prestarían apoyo al alegato de Paulson. Veamos con detenimiento cada uno de estos puntos.

Un primer elemento que da credibilidad a esta tesis es la evidencia textual de que el mismo Kelsen reconoce la influencia que recibió de Baden. En un pasaje de los *Problemas capitales...*, éste dice explícitamente que asume la interpretación de Kant que hicieron Wilhem Windelband y George Simmel¹¹⁶, sobre todo la división entre el ser y el deber ser, fundamento de la distinción entre naturaleza y cultura, entre realidad y valor.

He aquí por qué la presente obra toma como punto de partida la fundamental antinomia entre el ser y el deber ser, la primera que, en cierto modo, descubre Kant; en su esfuerzo por fundamentar la sustantividad de la razón práctica frente a la razón teórica, del valor frente a la realidad, de la moral frente a la naturaleza. Acogiéndonos a la interpretación kantiana de Windelband y Simmel, vemos en el deber ser la expresión de la autonomía del derecho, que a la ciencia jurídica cumple determinar, a diferencia de un ser social “sociológicamente” captable, por donde la norma se enfrenta, en cuanto juicio del deber ser, a la ley natural y la norma jurídica a la específica ley causal de la sociología¹¹⁷

En cuanto a las doctrinas que Kelsen asimiló de Baden, Paulson menciona la distinción entre los llamados puntos de vista explicativo y normativo, así como la tesis de los tres reinos o mundos postulada por Rickert¹¹⁸. En el primer caso, se ofrecen testimonios de que Kelsen reconoció explícitamente haber tomado esta idea de Windelband¹¹⁹, mientras que la doctrina kelseniana de la existencia de dos mundos, el de la realidad empírica y el de los valores, tiene sus

¹¹⁴ Stanley Paulson, “La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano,” *Doxa*, no. 26 (2003): 559.

¹¹⁵ *Ibid.*, 560.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Kelsen, *Problemas capitales*, XL.

¹¹⁸ Ver el capítulo anterior.

¹¹⁹ Paulson, “La distinción entre hecho,” 563. Stanley Paulson, “Dos programas radicales de ‘objetivización’. La influencia de Kant y los neokantianos en Hans Kelsen,” en *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica*, eds. Felipe Castañeda, Vicente Durán y Luis Eduardo Hoyos (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007), 257.

orígenes en Rickert, quien afirma que estas dos esferas son irreductibles entre sí porque entre ellas hay un abismo conceptual insalvable¹²⁰, aunque, como vimos en el primer capítulo, éste sostenía la existencia no de dos sino de tres reinos. En otra parte Paulson comenta que Kelsen erigió una teoría jurídica antinaturalista valiéndose de la distinción rickertiana entre “categorías de la realidad” y “formas metodológicas”¹²¹. Veamos la manera en que el propio Kelsen establece la distinción entre el punto de vista explicativo y el normativo:

Esta contraposición, importantísima por lo que se refiere al método de las disciplinas normativas en general y de la ciencia del derecho en particular, obedece a una diferencia en cuanto al punto de vista desde el que se contemplan los objetos. Mientras que las ciencias naturales se proponen poner de manifiesto y explicar el comportamiento efectivo de las cosas, es decir, comprender lo que es, otras disciplinas establecen reglas en las que se prescribe una conducta, en las que se exige un ser o un no ser, en las que se estatuye, dicho en otros términos, lo que debe ser. El primero de estos dos puntos de vista se denomina explicativo, el segundo se conoce como formativo, y las reglas en que se estatuye un deber ser reciben el nombre de normas, mientras que las reglas del ser son consideradas como leyes naturales en sentido amplio¹²²

Unos párrafos más adelante Kelsen introduce la división entre el ser y el deber ser que está en la base de la anterior distinción: “sólo partiendo de una total disparidad entre el ser y el deber ser es posible establecer una contraposición total entre la ley natural y la norma. Cuando afirmamos que una cosa es y cuando decimos que debe ser, sostenemos dos afirmaciones absolutamente distintas. El ser y el deber ser son las más generales determinaciones del pensamiento...”¹²³. Enseguida Kelsen cita a Simmel para agregar que el ser y el deber ser son las dos categorías o modalidades originarias del pensamiento, como lo son también los tiempos gramaticales futuro, pasado, conjuntivo y optativo. De estas categorías no se puede dar una definición pues se trata de “las más generales determinaciones” bajo las cuales concebimos nuestro mundo interno y externo¹²⁴. Kelsen afirma que entre el ser y el deber ser hay un abismo insalvable: “la contraposición que los separa tiene un carácter lógico-formal y, mientras nos mantengamos dentro de este terreno de lógica formal, podemos estar seguros de que no se tiende ningún puente

¹²⁰ Paulson, “La distinción entre hecho,” 564. Paulson, “Dos programas radicales,” 257-58.

¹²¹ Paulson, “Dos programas radicales,” 245.

¹²² Kelsen, *Problemas capitales*, 5.

¹²³ *Ibid.*, 6-7.

¹²⁴ *Ibid.*, 7. Hans Kelsen, “Sobre los límites entre el método sociológico y jurídico,” *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 75 (1969).

entre esos dos campos, separados entre sí por un abismo profundo”¹²⁵. Esta separación lógica significa que no es posible deducir un ser de un deber ser y viceversa, es decir, ningún hecho implica la existencia de una norma y ninguna norma puede derivarse, por pura lógica, de un hecho¹²⁶.

Decía que la segunda razón que Paulson ofrece a favor de la idea de que la mayor influencia neokantiana en Kelsen fue la de la escuela de Baden tiene que ver con el hecho de que éste utiliza una serie de términos que se originan en aquella corriente. En este sentido se puede mencionar, especialmente, las nociones de realidad y valor, así como las distintas variantes de ellas que encontramos en Rickert. Es claro que este lenguaje en común se explica por la primera razón mencionada, o sea, por el hecho de que Kelsen y los filósofos de Heidelberg compartieron la tesis de los dos mundos y de la brecha insalvable que los separa, por lo que realmente se trata de una y la misma razón, pues el compartir ciertas tesis llevó al uso de una terminología compartida¹²⁷.

En tercer lugar, Paulson proporciona evidencias de que Kelsen estaba familiarizado con las obras de los integrantes del movimiento neokantiano de Baden, y si bien reconoce que es posible que tal conocimiento no fuese profundo, afirma que sin duda era más extenso del que tenía acerca de los escritos marburguenses. Esta última consideración tampoco parece ser una razón independiente de las otras dos para aseverar la influencia de la escuela neokantiana de Baden sobre Kelsen, ya que el hecho de que compartieran ciertas tesis, que eran formuladas en un

¹²⁵ Kelsen, *Problemas capitales*, 8.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Ahora bien, la postulación de la distinción entre el ser y el deber ser trae consigo el problema de cómo hacer conciliable, por un lado, la libertad de nuestras acciones, presupuesto de toda normatividad, pues para que tenga sentido estatuir obligaciones debe ser posible que los sujetos obligados se comporten de forma contraria a ellas, ya que de otra forma el ordenamiento sería superfluo y, por otro lado, el determinismo del mundo natural que implica que todo fenómeno tiene una causa. La solución que da Windelband a este dilema consiste en afirmar que las normas no regulan lo que está sujeto a las leyes naturales, aquello que siempre acontece de la misma manera o que es imposible que suceda, sino que del conjunto de las conductas posibles, de aquéllas que pueden tener lugar, autoriza, prohíbe u obliga la realización de algunas. Véase Wilhelm Windelband, *Preludios filosóficos; figuras y problemas de la filosofía y de su historia* (Bs As: S Rueda, 1949), 565-67. La solución kelseniana al problema de la libertad y el determinismo corre por senderos similares. Kelsen asevera que si entendemos la libertad como ausencia de determinación causal, entonces nos vemos atrapados en un callejón sin salida, pues resulta que todo orden jurídico, al suponer que la representación de las normas puede ser la causa de que los hombres se ajusten a ellas, presupone esta determinación. Pero el derecho mismo tiene sentido sólo si es posible que la conducta efectiva de los hombres resulte contraria a sus normas, ya que únicamente las leyes naturales tienen un carácter de necesidad. Sostener la libertad del hombre, dice Kelsen, no es otra cosa que afirmar que los seres humanos, *qua* personas jurídicas, son puntos finales de imputación jurídica, es decir, que se les pueden atribuir derechos y obligaciones y, por lo tanto, aplicárseles sanciones. De esta manera, la libertad (jurídica) y la necesidad (natural) de la voluntad no son incompatibles, pues ambas están en planos epistemológicos diferentes. Véase Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México: Porrúa, 2002), 105-112.

lenguaje común, debió ser producto del conocimiento que aquél tenía de las obras de al menos algunos de los integrantes de aquella corriente¹²⁸.

Por el momento me limito a consignar las razones que aduce Paulson en apoyo de su posición para, más adelante, adoptar una postura al respecto. Sin embargo, hay un punto adicional en el examen que hace de la relación entre Kelsen y Rickert que debe mencionarse: el relativo a la forma en que, según él, ambos autores solucionan la antinomia que se genera a partir de la tesis del abismo insuperable entre el mundo del ser y el del deber ser. La clave para restaurar la comunicación entre estos ámbitos, dice, está en la tesis, común a Kelsen y al neokantismo en general, de que las normas jurídicas son “contenidos objetivos de sentido”¹²⁹. De acuerdo con ella, la norma es el sentido objetivo de un acto y, como tal, hay que distinguirla no sólo del acto psíquico o verbal mediante el cual su contenido es deseado o enunciado, sino también del sentido subjetivo de dicho acto que es el significado que comúnmente se asocia a la oración o expresión verbal de la norma. Aquello que constituye el sentido objetivo de un acto es el deber ser de la norma, que claramente se diferencia tanto del acto a través del cual ésta es pensada, como de su significado¹³⁰. En este punto Paulson cita el siguiente pasaje de los *Problemas capitales...* en donde se pone de manifiesto esta distinción: “el deber ser de las normas como un contenido de sentido específico se diferencia claramente del acto psíquico del querer, en especial del querer de la norma”¹³¹.

Esta caracterización de la norma jurídica se mantiene, al menos, hasta la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* de 1960; ahí se dice que “norma es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento”¹³². Recordemos que la distinción entre el sentido objetivo y el subjetivo de un acto permite distinguir el deber ser de las normas del significado de las proposiciones mediante las cuales se expresan. Así, como va a decir Kelsen, la diferencia entre las órdenes de una banda de delincuentes y las que emite una autoridad legalmente establecida es que las primeras no son válidas por más eficaz que sea el mandato, mientras que las segundas sí poseen este carácter. La validez de una norma se origina en una disposición superior que le otorga a un órgano la facultad de producirla, atribución que no se da en la amenaza de los asaltantes. Incluso una norma jurídica y una orden proveniente de un

¹²⁸ Paulson, “La distinción entre hecho,” 567-68.

¹²⁹ *Ibid.*, 549-50.

¹³⁰ *Ibid.*, 577-79.

¹³¹ *Ibid.*, 579.

¹³² Kelsen, *Teoría pura*, 19.

sujeto no autorizado pueden coincidir en su contenido o sentido subjetivo: que me baje de mi automóvil sin resistencia, pero en el primer caso estamos ante una amenaza sin validez sustentada en la fuerza, mientras que en el segundo tenemos una orden válida emitida, por ejemplo, por un agente de tránsito quien está facultado para ello bajo ciertas circunstancias con base en un reglamento o ley.

Ahora bien, Paulson dice que es necesario superar el abismo entre el ámbito del ser y el deber ser, pues en el mundo real no hay tal separación sino que ambas esferas se comunican. Según él, Kelsen y Rickert proporcionan la misma solución a esta antinomia, que consiste en el reconocimiento de que los sentidos subjetivo y objetivo de un acto pueden coincidir, aunque, por supuesto, no es necesario que así sea. Esto último sucede en el caso del capitán Von Köpenick mencionado por Kelsen, quien pretendía actuar apegado a derecho, ejecutar una orden administrativa (sentido subjetivo) y, sin embargo, su acción era constitutiva de un delito (sentido objetivo)¹³³. Ahora bien, ejemplos de coincidencia entre ambos sentidos los encontramos por doquier todos los días.

Por su parte, recordemos que Rickert habla de la existencia de tres reinos: el del acto en términos psicológicos, el del “contenido objetivo válido”, que sería el sentido objetivo kelseniano, y el del sentido inmanente o, en palabras de Kelsen, subjetivo. De acuerdo a la lectura de Paulson, que parece totalmente plausible, cuando Rickert afirma que el sentido inmanente (que no es el acto psicológico pero que tampoco equivale, digamos, al contenido proposicional de un enunciado que podemos calificar de verdadero o falso), es “el significado para el valor inmanente al acto y, en esta medida, la conexión y la unidad de ambos reinos”¹³⁴, lo que quiere decir es que el sentido subjetivo y objetivo pueden coincidir. Más allá de la confusa expresión usada por Rickert para comunicar esta idea, rasgo bastante común en los neokantianos, lo cual dificulta su comprensión, si “significado inmanente” es una expresión equivalente a “sentido inmanente” y se sustituye el término “valor” por la noción de “sentido objetivo”, lo cual es correcto, pues como veíamos en el anterior capítulo, los valores son, para los filósofos de Baden, objetivos, tenemos entonces que ser el sentido subjetivo para un sentido objetivo es una

¹³³ Paulson, “La distinción entre hecho,” 580.

¹³⁴ Ibid., 578.

forma de afirmar la coincidencia de ambos¹³⁵. Sobre el tema de la antinomia que, según Paulson, enfrenta Kelsen regresaré en el próximo capítulo

La otra parte de la argumentación de Paulson, la tesis de que la influencia de la escuela de Marburgo en Kelsen ha sido sobredimensionada, la dejaré para más adelante cuando veamos algunas de las posiciones en torno a esta relación que empezaré a examinar en la siguiente sección.

2. Kelsen y Marburgo

2.1 Las evidencias de la relación

La tesis de que una de las principales fuentes doctrinales de la obra de Kelsen, sobre todo en sus etapas constructivista y clásica o trascendental, fue la escuela neokantiana de Marburgo tiene sustento textual en varios pasajes de Kelsen y en una carta que dirige a Renato Tréves fechada el 3 de agosto de 1933, en la cual admite, *expressis verbis*, su deuda especialmente con Hermann Cohen, de quien, sin embargo, se deslinda en algunos puntos. En esta misiva, que apareció en la revista *Droit et Société* en 1987 traducida al francés, pues la original fue escrita en alemán, el filósofo vienés deja asentadas estas palabras:

*Es absolutamente verdadero que el fundamento filosófico de la Teoría Pura del Derecho descansa en la filosofía kantiana o, más precisamente, en la interpretación coheniana de esta filosofía. El hecho de que, a semejanza de Cohen, yo he aprehendido la Teoría de la Razón Pura, como una teoría de la experiencia, es seguramente de importancia capital para mi tentativa de aplicar el método trascendental a la teoría del derecho positivo”*¹³⁶ (La traducción es mía)

Además de aclarar el sentido último de su teoría, que es la aplicación del método trascendental a la teoría del derecho positivo, Kelsen señala que Kant no fue siempre fiel a su método: “en la medida en que la Teoría Pura del Derecho ha probado, de manera inédita, presentar la filosofía de Kant como una teoría del derecho positivo (...) ella se sitúa, en un cierto sentido, más allá del pensamiento de Kant, el cual, en su doctrina del

¹³⁵ Ibid., 581.

¹³⁶ Hans Kelsen, “Carta a Renato Tréves,” *Droit et Société*, no. 7 (1987) 327. El texto en francés dice: “*Il est absolument vrai que le fondement philosophique de la Théorie Pure de Droit repose sur la philosophie kantienne ou, plus précisément, sur l’interprétation cohenienne de sa philosophie. Le fait que, à l’instar de Cohen, j’aie appréhendé la Théorie de la Raison Pure, comme une théorie de l’expérience, est assurément d’importance capitale par rapport de à ma tentative d’appliquer la méthode transcendentale à la théorie de droit positif*”.

derecho, abandona el método trascendental”¹³⁷ (La traducción es mía). Es posible afirmar entonces que Kelsen compartió el espíritu que inspiró la filosofía neokantiana y que se expresó, como veíamos en el capítulo anterior, en el lema *zurück zu Kant* que condensaba el propósito de corregir las impurezas metodológicas en que había caído el filósofo de Königsberg y extender el método crítico-trascendental al terreno de lo que Kant llamó la razón práctica. En este sentido, dice Kelsen en su correspondencia con Tréves, la teoría pura “ha hecho a la filosofía de Kant mucho más fértil para el derecho, contribuyendo a su perfeccionamiento sin adherirse en todos los puntos a la filosofía kantiana del derecho”¹³⁸ (La traducción es mía).

Ahora bien, el paralelismo con Cohen hay que situarlo, sobre todo, en el espíritu que anima sus doctrinas, ya que, como él mismo se encarga de enfatizar, ciertas derivaciones de la doctrina coheniana caen de plano en el terreno de la especulación iusnaturalista: “la verdadera diferencia entre la Teoría Pura del Derecho y la filosofía coheniana del derecho, en este campo, fue que Cohen no estaba en posición de superar la doctrina del derecho natural” (La traducción es mía)¹³⁹. Esto le impidió a Cohen aplicar la filosofía trascendental a la realidad social. Dice Kelsen: “con referencia a aquellas normas positivas que determinan la vida social, Cohen no estaba dispuesto a aceptar sólo categorías puramente formales con validez a priori. En virtud de que esto lo habría conducido inevitablemente a un relativismo ético, algo que Cohen- exactamente como Kant en este punto- no estaba preparado para aceptar, aunque fuera solamente por sus convicciones religiosas” (La traducción es mía)¹⁴⁰.

Stefan Hammer sostiene una tesis similar a la mía en el sentido de que la influencia de Cohen en Kelsen, en torno a la noción de la norma hipotética fundamental, debe buscarse en los paralelismos de sus doctrinas, es decir, debe probarse teoréticamente y no de manera histórica y textual con base en las evidencias de tal influjo que pudieran encontrarse

¹³⁷ Ibid. El texto en francés dice: “*Dans la mesure où la Théorie Pure de Droit a essayé, de façon tout à fait inédite, de présenter la philosophie de Kant comme une théorie du droit positif (...) elle est allée, dans un certain sens, au-delà la pensée de Kant qui, dans sa doctrine du droit, abandonna la méthode transcendente*”.

¹³⁸ Ibid. El texto en francés dice: “*a rendu la philosophie de Kant beaucoup plus fertile pour le droit, elle a contribué à son perfectionnement sans adhérer en tous points à la philosophie kantienne du droit*”.

¹³⁹ Ibid., 328. El texto en francés dice: “*la Théorie Pure du Droit se différencie de la philosophie du droit de Cohen parce que, dans ce domaine, il n'a pas été à même de surmonter la doctrine de droit naturelle*”.

¹⁴⁰ Ibid. El texto en francés dice: “*Face aux normes positives de la vie sociale, Cohen ne put se contenter de catégories formelles ou de valeurs a-priori. Cela l'aurait amené au relativisme éthique. Position que Cohen repoussait à cause de son attitude religieuse. Attitude en tous points semblable à celle de Kant*”.

expresamente en los textos de Kelsen. Hammer afirma que el punto central al estudiar esta relación es la pregunta de si la doctrina de la norma básica puede ser reconstruida, en términos neokantianos, como el elemento central de una teoría trascendental del conocimiento jurídico¹⁴¹. Sobre el tema del papel de dicha doctrina en la explicación kelseniana de la normatividad regresaré en el siguiente capítulo.

Como veremos con detalle más adelante, Cohen, al igual que Kant, quería fundamentar la ética trascendentalmente. Esta tarea, en su caso, se convirtió en la búsqueda de las condiciones de posibilidad de la teoría del derecho, pues el *factum* de la ética no podía ser, para el primero, más que la ciencia jurídica. Respecto a la actitud de Kelsen acerca de la viabilidad de tal fundamentación, Paulson dice que éste, en un texto anterior a los *Problemas capitales...* llamado *Rechtswissenschaft und Recht*, se mostró escéptico sobre sus perspectivas de éxito y concluyó que el destino de semejante tarea no podía ser dictaminado en ese momento, por lo que, según el propio Kelsen, quedaba como una interrogante abierta. Aunque a decir verdad, dice Paulson, esto último lo afirma con tal tono de incertidumbre que deja la impresión de que no era particularmente optimista en torno a la viabilidad de la empresa¹⁴².

Uno de los aspectos centrales del reconocimiento que hace Kelsen, en su carta a Tréves, de sus fuentes intelectuales es el relativo a los orígenes de la norma hipotética fundamental. Después de aceptar que las raíces de esta doctrina pueden rastrearse en el principio de economía de Ernst Mach y en la teoría de la ficción de Vaihinger, Kelsen señala lo siguiente: “lo esencial es que la teoría de la norma fundamental deriva enteramente del método de la hipótesis desarrollado por Cohen”¹⁴³ (La traducción es mía). Habrá que tener en mente esta aclaración y, sobre todo, los términos tan contundentes en que se formula, cuando se analice el alegato de Stanley Paulson de que la influencia de Cohen en Kelsen ha sido sobredimensionada, pues me parece que la idea de que la norma fundamental se desprende o deriva enteramente del método de la hipótesis no deja lugar a dudas acerca de la inspiración doctrinal kelseniana.

¹⁴¹ Stefan Hammer, “A Neo-kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen’s Pure Theory of Law,” en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, ed. Stanley Paulson (Oxford: Clarendon Press, 1998), 178.

¹⁴² Paulson, “La distinción entre hecho,” 574-75.

¹⁴³ Kelsen, “Carta,” 328. El texto en francés dice: “l’essentiel es que la théorie de la norme fondamentale découle entièrement de la méthode de l’hypothèse développée par Cohen”.

El último punto que quiero mencionar del deslinde de Kelsen con respecto a ciertas tesis de Cohen tiene que ver con el tratamiento coheniano del concepto de persona jurídica. Esta noción, escribe Kelsen, es sometida, en la teoría pura, a un proceso de desubstancialización que la despoja del halo metafísico que tenía y la reduce a una función. En cambio, Cohen mantiene esta hipostatización al considerar que la persona jurídica es un concepto material que implica una serie de derechos ético-políticos como los de libertad y propiedad¹⁴⁴. Ahora bien, más adelante veremos que, a pesar de esta diferencia, hay un fuerte paralelismo entre ambos autores en torno a la forma en que conciben dicha noción, al grado de que no es descabellado afirmar que en este renglón está una de sus principales coincidencias.

La carta a Tréves es, por su amplitud y contundencia, uno de los testimonios más importantes del significado de la filosofía de Marburgo en la obra de Kelsen, pero no es el único. Veamos otros pasajes en donde también se reconoce esta influencia. En el prólogo a la segunda edición de los *Problemas capitales...* se lee lo siguiente:

A encontrar el punto de vista epistemológico decisivo, sin el cual no habríamos podido llegar a enfocar certeramente los conceptos de Estado y derecho, nos ayudó la interpretación que Cohen da a la doctrina de Kant, principalmente en su “Ethik des reinen Willens”. Una crítica de mi obra, publicada en 1912 en los Kant-Studien y en que se reconocía esta obra nuestra como un plausible esfuerzo por aplicar a la ciencia del derecho el método trascendental, llamó nuestra atención hacia el marcado paralelismo existente entre nuestro concepto de la voluntad jurídica y los planteamientos de Cohen, que hasta entonces no había tenido yo ocasión de conocer. A partir de ahora, y como una consecuencia consciente y clara del enfoque epistemológico de Cohen, según el cual es la dirección del pensamiento la que determina el objeto del conocimiento, de tal modo que éste es creado partiendo de un origen lógico, empezamos a darnos cuenta de que el Estado, en cuanto objeto del conocimiento jurídico, no puede ser otra cosa que derecho, ya que el conocer o el concebir jurídicamente no significa nunca sino el concebir algo como derecho¹⁴⁵

A reserva de examinar con detalle las conexiones teóricas específicas a que se refiere este pasaje, quiero subrayar desde ahora, ya que más adelante lo retomaré, el señalamiento de que es hasta después de la publicación de su tesis para obtener la posición de profesor universitario cuando Kelsen entra en contacto, como él mismo lo admite, con “los planteamientos de Cohen”,

¹⁴⁴ Ibid., 329.

¹⁴⁵ Kelsen, *Problemas capitales*, L.

lo que hablaría de una especie de coincidencia doctrinal, o quizás de una influencia indirecta, pero no de una relación causal entre sus doctrinas.

En otro pasaje de una obra posterior Kelsen reconoce su impronta kantiana de esta forma:

[El método de la teoría del Estado positivo] estaba influido, más o menos consciente y consecuentemente, por la crítica kantiana a la razón: dualismo de ser y deber ser; sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia; transformación de antítesis absolutas (por cualitativas y transistemáticas) en diferencias relativas, cuantitativas, intrasistemáticas; paso de la esfera subjetiva del psicologismo al ámbito de la validez lógico-objetiva: he aquí algunos momentos esenciales de este método y las directrices de mi labor teórica¹⁴⁶

Precisemos ahora, a manera de resumen y a partir de los pasajes citados, los aspectos en los que Kelsen recibió la influencia de las tesis de Cohen. Para Paulson, en el texto anterior de los *Problemas capitales...* se pueden señalar los siguientes: el método trascendental, el concepto de voluntad jurídica, el postulado de que la dirección o el método de conocimiento determinan su objeto, la producción del objeto del conocimiento a partir de un origen lógico y la identidad de Estado y derecho¹⁴⁷.

En forma más genérica, sin limitar su observación a los textos que hemos transcrito, Ricardo Azpurua Ayala afirma que el carácter neocrítico en Kelsen se manifiesta, principalmente, en la supresión de toda trascendencia, la separación de la lógica con relación a la metafísica (aunque más bien se trata, como vimos en el capítulo primero, de la subsunción de la ontología a la lógica al sostenerse que no hay más ser que el que está siendo creado científicamente, lo que lleva al rechazo de la metafísica y a la idea de que la conciencia lógica crea el objeto del conocimiento), la tesis de que la ciencia del derecho no se ocupa de los contenidos concretos de las normas jurídicas sino de investigar las formas puras del derecho (lo que da lugar al rechazo de todo sincretismo metodológico y al ideal de pureza), en el dualismo del ser y el deber ser (del cual se desprende que el derecho natural es lógicamente imposible, pues implica derivar un deber ser (normas jurídicas) a partir de un ser (naturaleza humana o voluntad divina))¹⁴⁸, en la doctrina de la norma hipotética fundamental como condición de posibilidad de la validez jurídica (del deber ser o normatividad del derecho), en la disolución, a partir de la unidad del método jurídico, de los

¹⁴⁶ Hans Kelsen, *Teoría general del estado* (México: Editora Nacional, 1965), VIII.

¹⁴⁷ Estos puntos son mencionados por Paulson en "La distinción entre hecho," 569.

¹⁴⁸ Hans Kelsen, "La idea del derecho natural," en *La idea del derecho natural y otros ensayos* (México: Editora Nacional, 1979).

dualismos tradicionales de Estado y derecho, derecho subjetivo y objetivo, derecho público y privado, entre otros, ya que si hay un sólo método para la ciencia jurídica todos sus objetos son, por decirlo así, de una misma naturaleza¹⁴⁹.

2.2 El supuesto abandono de la conexión con Marburgo

Si bien es cierto que hay acuerdo entre casi todos los estudiosos de la obra de Kelsen de que una de sus fuentes teóricas es el neokantismo marburgués, también lo es que hay distintos planteamientos acerca del momento y de las razones que lo habrían llevado a tomar distancia de estas posiciones. Las discusiones sobre la época en que debe situarse el inicio de dicha separación se dan en el marco de las periodizaciones de su doctrina. Así, veíamos con anterioridad que Carsten Heidemann y Stanley Paulson difieren en este punto, pues mientras el primero da por terminada la fase trascendental en 1935, año en que se inicia, según su división, la etapa realista, el segundo la extiende veinticinco años más, hasta 1960, en que da comienzo la faceta escéptica. En cambio, Bulygin distingue un período de transición, de 1940 a 1960, en que Kelsen va dejando atrás su legado neokantiano y los elementos positivistas de su doctrina van ganando terreno hasta terminar por imponerse. Pero más allá de estos desacuerdos, lo que más interesa son los supuestos motivos del distanciamiento. Para poder incursionar en este campo me valdré, principalmente, de dos textos, uno de Oscar Correas, *Kelsen y el kantismo*, y el otro de Eugenio Bulygin, *Kant y la filosofía del derecho contemporánea*.

2.2.1 La interpretación empírica de las categorías trascendentales kelsenianas

En el primero de estos escritos se afirma que Kelsen es kantiano en cuanto asume que el conocimiento (a través de las categorías de la razón), crea su objeto. Sin embargo, el carácter a-priori de estas categorías, continúa Correas, se va desdibujando paulatinamente hasta quedar convertidas en conceptos empíricos. Esta transformación, sostiene, se expresa con toda nitidez en el texto de Kelsen *Sociedad y naturaleza*. Ahí tiene lugar, aparentemente, un giro definitivo en algunas de las concepciones kelsenianas más importantes hasta ese momento, como el dualismo ontológico del ser y el deber ser, el cual Correas supone queda anulado al afirmarse que sociedad y naturaleza son indistinguibles ontológicamente y que sólo son diferenciables desde una perspectiva epistemológica. Para este autor, Kelsen habría regresado, después de abrazar una

¹⁴⁹ Ricardo Azpurua, "Kelsen y su posición frente al positivismo," 52.

tesis dualista acerca de la realidad e influido por el tratamiento humeano de la causalidad, a una posición monista según la cual sólo hay una realidad cognoscible desde dos puntos de vista metodológicos¹⁵⁰.

Tenemos entonces que, para Correas, Kelsen abandona la concepción kantiana de la causalidad como un principio explicativo innato que une de forma necesaria pares de eventos y, en su lugar, asume una noción empírica de causalidad que expresa una cierta probabilidad de que dado un evento otro se sucederá en consecuencia. Dada esta nueva forma de entender las relaciones entre los fenómenos naturales, más la equiparación de sociedad y naturaleza, este autor concluye que no sólo la causalidad sino también la imputación deja de ser un principio explicativo innato para convertirse en una noción empírica¹⁵¹. En este mismo sentido, Paulson señala que Heidemann sostiene una tesis semejante al hablar de que el giro kelseniano hacia concepciones más positivistas y menos kantianas se había iniciado ya antes de su llegada a los Estados Unidos, con motivo de su trabajo en el campo de la sociología moderna, que debilitó la asunción de que la causalidad y, por lo tanto, también la normatividad que había sido construida por analogía con aquélla, eran categorías a-priori¹⁵².

En relación con la tesis de Correas es posible mantener, con base en los mismos pasajes de *Sociedad y naturaleza* que él esgrime, que de acuerdo con Kelsen lo que Hume rechaza es la idea de que la necesidad del nexo causal haya de explicarse recurriendo a la voluntad divina, de la cual sería una expresión, por lo que el deslinde kelseniano debe entenderse con respecto a dicha exégesis metafísica y no a Kant, a cuya concepción de la causalidad se refiere aprobatoriamente en algunos de los propios textos citados por Correas. Por otra parte, se cae en un desatino interpretativo cuando se afirma que Kelsen era partidario de un dualismo ontológico, pues es claro que la distinción entre la esfera del ser y la del deber ser es netamente epistemológica. La causalidad y la imputación son, como dice en los *Problemas capitales...*, “categorías originarias” o “modalidades del pensamiento”¹⁵³. Es cierto que Kelsen se refiere al mundo del ser y al del deber ser, tesis que, como lo sostiene Paulson, habría tomado de Rickert; sin embargo, un análisis más detenido muestra que esta distinción tiene solamente un significado epistemológico, ya que se trata de dos principios metodológicos para explicar, bajo dos orientaciones diferentes,

¹⁵⁰ Oscar Correas, “Kelsen y el kantismo,” *Boletín mexicano de derecho comparado* 69, (1990): 857-63.

¹⁵¹ *Ibid.*, 846-47.

¹⁵² Paulson, “Four phases,” 158-59.

¹⁵³ Kelsen, *Problemas capitales*, 7.

los datos que se presentan a nuestro conocimiento. Ahora bien, aquí parece surgir una especie de contradicción en la doctrina kelseniana dado que, de acuerdo a la tesis de la creación del objeto del conocimiento por el método, causalidad e imputación deberían de dar lugar a dos clases de objetos, por lo que la división “mundo del ser” y “mundo del deber ser” tendría que implicar un dualismo ontológico y no ser meramente una forma de expresar una distinción de carácter epistemológico. Se puede afirmar que si bien Kelsen no precisa si su distinción tiene solamente implicaciones epistemológicas, o también ontológicas, en todo caso no parece que éste hubiera aceptado, además de la realidad física un mundo de objetos no naturales.

El último punto que Correas alude en apoyo de su tesis en contra del kantismo de Kelsen es la caracterización de la norma hipotética fundamental como ficción, pues ésta constituiría una prueba del alejamiento de Kelsen de la interpretación neokantiana de la norma básica. Además, añade el autor, si la *Grundnorm* es un hecho que se da en la historia y que cambia, por ejemplo, cuando un movimiento revolucionario hace desaparecer un orden jurídico para erigir otro en su lugar, tenemos que la norma hipotética es una ficción que puede ser sustituida por otra. Ante esto, Correas se pregunta retóricamente con un tono de desaprobación si un hecho que es una ficción que cambia históricamente puede ser una categoría kantiana¹⁵⁴. La respuesta es obviamente un rotundo no.

Sobre este particular cabe mencionar que más allá de los problemas que genera la idea de ficción, las consecuencias que el autor extrae de esta caracterización de la norma básica implican, desde mi perspectiva, un serio error doctrinal, ya que no hay nada más alejado del espíritu y la letra de la obra de Kelsen que identificar la norma fundamental con un hecho. Esto significa pasar por alto una de sus distinciones más importantes, la dualidad entre el ser y el deber ser como categorías epistemológicas opuestas, la cual creemos mantuvo a lo largo de su vida, si bien otros aspectos importantes de su doctrina se fueron modificando con el paso del tiempo y bajo distintas influencias. Como afirma Manfred Pascher, el elemento más neokantiano de la teoría kelseniana es la tesis de la norma hipotética fundamental¹⁵⁵, cuyo papel será analizado en el siguiente capítulo.

¹⁵⁴ Correas, “Kelsen,” 862.

¹⁵⁵ Manfred Pascher, “Hermann Cohens Einfluss auf Kelsens Reine Rechtslehre,” *Rechtstheorie* 23, heft 4 (1992): 457.

2.2.2 La concepción descriptiva de la proposición jurídica

Un tratamiento más interesante que el anterior de la forma en que supuestamente Kelsen se alejó de sus fuentes neokantianas lo encontramos en un artículo muy sugerente de Eugenio Bulygin, en el que se examina la teoría pura en el contexto de la filosofía jurídica contemporánea¹⁵⁶. Afirma el teórico argentino que hay, por lo menos, dos ideas importantes de Kant que es posible encontrar en esta doctrina: una es que en toda experiencia existen elementos conceptuales que constituyen su objeto. Por lo que respecta a la ciencia del derecho, esto significa que tenemos una serie de categorías del entendimiento “específicamente jurídicas” gracias a las cuales podemos conformar el objeto de estudio de la ciencia jurídica, o sea, el derecho. La segunda tesis kantiana es que la ciencia crea su propio objeto de conocimiento, de lo que se desprende que la ciencia del derecho crea el derecho¹⁵⁷.

Es necesario subrayar que esta constitución del objeto es un acto epistemológico y no ontológico. No es que los órdenes jurídicos particulares e históricos sean el resultado de la ciencia del derecho, pues éstos son el producto de la acción humana, de la labor de legisladores y jueces, sino que la ciencia jurídica proporciona los conceptos básicos que permiten la conformación del derecho como un objeto de estudio, es decir, nos dotan de las categorías que hacen posible conceptualizar ciertos actos humanos en forma de actos jurídicos. De otra manera sólo tendríamos hechos naturales sujetos a las leyes del mundo físico, pero no facultades, prohibiciones u obligaciones.

A partir de estas dos tesis se concluye que “la proposición jurídica (*Rechtssatz*) no es una mera descripción de la norma jurídica (*Rechtsnorm*), sino que es el producto de una elaboración científica”¹⁵⁸. Así, continua Bulygin, las normas elaboradas por los legisladores son los datos primarios sobre los que se construye el derecho, que no es el conjunto de las normas dictadas por los órganos dotados de autoridad, sino la totalidad “de las proposiciones normativas elaboradas por la ciencia del derecho”¹⁵⁹. Tenemos entonces que la jurisprudencia crea el derecho a partir del material que le es dado: las normas generales e individuales que producen los órganos estatales.

Este proceso es similar, recuerda Bulygin citando a Kelsen, al de la creación científica del cosmos (de la naturaleza en sentido unitario), a partir del caos de las percepciones sensibles. Las

¹⁵⁶ Eugenio Bulygin, “Kant y la filosofía del derecho contemporánea,” *Archivos latinoamericanos de metodología y filosofía del derecho* I, (1980).

¹⁵⁷ *Ibid.*, 372-73.

¹⁵⁸ *Ibid.*, 373.

¹⁵⁹ *Ibid.*

categorías básicas para la creación del derecho son la de imputación y la norma hipotética fundamental. Mediante la primera interpretamos el contenido subjetivo de los actos de voluntad de los órganos creadores de derecho como normas obligatorias (sentido objetivo) que establecen un deber ser. Por su lado, la norma básica le otorga validez a dichos actos¹⁶⁰.

Bulygin sostiene que Kelsen, después de su época trascendental o neokantiana, abandona esta concepción “dinámica” de que la proposición jurídica genera el derecho y, en adelante, la entiende solamente como descripción de la norma, la cual se convierte así en el objeto propio de la ciencia jurídica. Con ello se habría operado una transformación fundamental en la doctrina kelseniana, pues la tarea de la jurisprudencia ya no sería crear el derecho sino describir sus normas¹⁶¹.

Ahora bien, coincido con la apreciación de Bulygin de que la analogía kelseniana entre el caos de las percepciones sensibles y las normas jurídicas creadas por el legislador es muy endeble, pues es claro que éstas no constituyen un material informe que es dado, para ponerlo en términos kantianos, a la conciencia jurídica, sino que, por el contrario, se trata del producto de elaboraciones conscientes y racionales que, añadido, presuponen las categorías básicas de todo orden jurídico¹⁶². Las normas no son lo dado al conocimiento porque suponen ya un cierto marco conceptual. En última instancia, el material caótico de la ciencia jurídica serían las conductas humanas que, mediante la aplicación de sus categorías interpretamos como actos jurídicos: celebración de contratos, adquisición de obligaciones, etcétera. Así, los trazos de unas líneas sobre un papel se convierten en la firma de un contrato (un acuerdo de voluntades), o un intercambio verbal entre personas cobra el sentido de un debate parlamentario, o dos líneas cruzadas sobre una papeleta se transforman en la emisión de un voto, etcétera. Ninguno de estos actos, describibles en lenguaje naturalista, constituiría un hecho jurídico si no fuese por las categorías del derecho.

Por otra parte Bulygin afirma que, en la última etapa del pensamiento kelseniano, el *Sollen* deja el lugar predominante que había tenido hasta entonces al perder su sentido ordinario de deber y adoptar uno técnico para referirse a las funciones normativas de obligación, autorización y permisión. Así, Kelsen reconoce lo que antes negaba, la existencia de normas permisivas. Además, señala Bulygin, el jurista de Viena nunca proporciona una exégesis de la misteriosa

¹⁶⁰ Ibid., 373-74.

¹⁶¹ Ibid., 375.

¹⁶² Ibid.

noción de “deber” porque la distinción entre *Sein* y *Sollen* no puede ser explicada, ya que es dada de forma inmediata a nuestra conciencia¹⁶³.

Todas las anteriores consideraciones hacen concluir a Bulygin que el abandono de la idea de creación epistemológica del objeto torna innecesaria la búsqueda de las categorías del entendimiento como condiciones de posibilidad del derecho. Sin embargo, asevera, desprovista de su ropaje kantiano más o menos superficial, la teoría kelseniana constituye una valiosa contribución al análisis de los conceptos jurídicos¹⁶⁴.

En el próximo capítulo defenderé la idea de que Kelsen se mantuvo fiel tanto a la tesis de la creación epistemológica del objeto de estudio mediante el método, como a la distinción entre los enfoques descriptivo y normativo, por lo que habrá ocasión de volver a estas ideas de Bulygin.

3. ¿Por qué Kelsen no sería marburguense?

3.1 Las razones para rechazar la conexión

Regresemos ahora a la tesis de Stanley Paulson de que la importancia de la influencia en Kelsen de la escuela de Marburgo ha sido exagerada. Para sostener esto el autor parte del pasaje de los *Problemas capitales...* que antes transcribimos, en donde Kelsen menciona las ideas que retoma de Cohen, para luego proporcionar una explicación alternativa a la estándar en la cual estas ideas no conducen a Marburgo sino a Baden.

En cuanto al reconocimiento que Kelsen expresa de que su punto de vista epistemológico proviene de la interpretación marburguense del método trascendental kantiano, Paulson afirma, en primer término, que de la propia confesión de éste se puede deducir que cuando se publica la reseña de los *Problemas capitales...* que llamó su atención sobre el paralelismo de su enfoque con el de Cohen, Kelsen ya había esgrimido en esa obra un argumento de tipo trascendental, por lo que la tesis de que Cohen tuvo una influencia directa en su pensamiento no se mantiene¹⁶⁵. En

¹⁶³ Ibid., 376.

¹⁶⁴ Ibid., 378.

¹⁶⁵ Geert Edelman sostiene una tesis similar a la de Paulson cuando afirma que la influencia de Cohen sobre Kelsen es posterior a 1911, cuando éste arribó a su punto de vista epistemológico definitivo para el correcto tratamiento de los conceptos de ley y estado. La tesis de la generación lógica del objeto epistémico, dice Kelsen, proviene de la interpretación de Kant que se encuentra en la *Ética de voluntad pura*. Sin embargo, Edelman señala que esa obra no es una interpretación de Kant sino que contiene desarrollos teóricos que van más allá de él y de hecho constituye la segunda parte de su sistema de filosofía. En ese texto casi no encontramos observaciones de tipo epistemológico, salvo aquéllas en las cuales Cohen explica su relación con la *Lógica del conocimiento puro*, que forma la primera parte de su sistema. Para Edelman la posición epistemológica que es la base de la *Lógica* y de todo el sistema no se identifica directamente con el método trascendental. Este método procede a partir de la “*science qua fact*” y se

segundo lugar, con respecto a los escritos posteriores a los *Problemas capitales...*, Paulson dice que la huella en Kelsen de la escuela de Marburgo sobre el asunto del método no es en todo caso menor que la de los neokantianos de Baden, dado que aquél conocía bien las alusiones de Rickert a los argumentos trascendentales¹⁶⁶. Siguiendo a Paulson, una consideración similar podría hacerse con relación al concepto de voluntad jurídica ya que Kelsen tampoco pudo haberlo recibido originalmente de Cohen, por la misma razón de que su tratamiento aparece por primera vez en su tesis postdoctoral, obra en la que aún no era consciente, según su propio testimonio, de las similitudes entre su doctrina y la de Cohen¹⁶⁷.

En torno a la tesis de la determinación del objeto de la ciencia por el método de conocimiento, Paulson descarta su importancia de un plumazo al afirmar que ésta es apenas algo más que una petición de principio y casi de paso sentencia, sin mayores argumentos, que esta doctrina no se origina en Marburgo sino, en todo caso, en Baden; e incluso hace referencia a ciertas ideas de la ciencia económica de donde pudo haber surgido¹⁶⁸.

Veamos ahora qué sucede, en manos de Paulson, con una de las principales conexiones teóricas entre Cohen y Kelsen, a saber, la relación entre el principio del origen y la norma hipotética fundamental. Aquí también, de manera casi mágica, los vasos comunicantes entre estas tesis desaparecen en el transcurso de poco más de dos cuartillas. Kelsen introduce en 1914 por primera vez el término de norma fundamental con el significado todavía no filosófico de “norma presupuesta superior”, que paulatinamente va adquiriendo el sentido especial de fundamento último de toda normatividad o, como dice Paulson, de “medio para esquematizar su categoría normativa de la imputación”. En estos años, dice, Kelsen emplea indistintamente los términos de norma fundamental u originaria, pero a partir de 1925 desaparece el segundo y se generaliza el empleo del primero. Finalmente, concluye Paulson, el hecho de que no existan referencias explícitas en las que el jurista de Viena asuma de manera expresa el concepto de

pregunta por las condiciones de posibilidad de la ciencia, mientras que la generación lógica del objeto epistémico desde un origen, que lleva a cabo la lógica coheniana, es un desarrollo posterior del método trascendental. Si bien este avance es una respuesta a la pregunta sobre las condiciones de posibilidad de la ciencia, éste apenas lo vemos delineado en la interpretación coheniana de Kant. Estos dos métodos o posiciones epistemológicas de Cohen se relacionan entre sí pero tienen que ser distinguidos. Geert Edel, “The *Hypothesis* of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen,” en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, ed. Stanley Paulson (Oxford: Clarendon Press, 1998), 197-98.

¹⁶⁶ Paulson, “La distinción entre hecho,” 569-70.

¹⁶⁷ *Ibid.*, 570.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 571.

origen en el sentido coheniano prueba que la doctrina de la norma básica no tiene sus orígenes intelectuales en Marburgo¹⁶⁹.

Antes de opinar sobre las tesis de Paulson revisemos lo que dice acerca de la admisión de Kelsen de que la fuente de su identificación entre el Estado y el derecho es Cohen. De nuevo aquí las razones aducidas para rechazar esta influencia parecen bastante endebles: que dicha identificación, al ser una especie de aplicación de la doctrina de la creación del objeto de la ciencia por el método de conocimiento (la cual no posee un gran peso epistemológico porque no es el resultado de una concepción más amplia acerca del conocimiento sino que más bien tiene sus raíces en doctrinas que difícilmente llamaríamos filosóficas), no tiene sus orígenes en Cohen, al igual que sucede con la doctrina de la norma fundamental. Además, a decir de Paulson, Kelsen aborda con detenimiento esta tesis en *El problema de la soberanía*, en donde no hay ni un sólo rastro de la escuela de Marburgo y la identificación del Estado y el derecho se construye “con base en un concepto unitario de persona”¹⁷⁰

No es mi propósito debatir aquí cada una de las afirmaciones que hace Paulson para desdibujar la relación entre Cohen y Kelsen; sin embargo, vale la pena hacer un comentario sobre el tipo de razones que emplea a fin de vislumbrar alguna forma de seguir argumentando a favor de la tesis de la influencia de la escuela de Marburgo en Kelsen. Resumamos las razones que ofrece Paulson a favor de su alegato: tenemos, por una parte, un argumento temporal que, en principio, parece atendible, pues si Kelsen no conocía, como él mismo lo admite, las tesis de Cohen antes de la publicación de los *Problemas capitales...*, difícilmente pudo haber sido influenciado por éstas. En otros casos o bien se dan fuentes alternativas de las tesis kelsenianas, o se alude al hecho de que cierto adjetivo dejó de emplearse como el calificativo “originaria” que en un principio se adscribió a la norma hipotética, o se sostiene que al no haber una referencia explícita a Cohen no se puede hablar de influencia.

3.2 El tipo de relación que existe entre Cohen y Kelsen

Más allá de la fuerza probatoria de los argumentos de Paulson y de que, en ocasiones, éste simplemente rechaza sin mayor elaboración la relación entre Cohen y Kelsen, me inclino a pensar con independencia de las conexiones que pueden establecerse con la escuela de Baden,

¹⁶⁹ Ibid., 573-74.

¹⁷⁰ Ibid., 574.

que el influjo teórico de la escuela de Marburgo en la doctrina kelseniana es fundamental. Si bien no estamos ante una relación directa o causal, de acuerdo a la admisión del mismo Kelsen implícita en el famoso pasaje de los *Problemas capitales...*, es posible afirmar que se trata de una coincidencia doctrinal, de una conexión indirecta quizás mediada por otros autores. Esto parece tener sustento incluso para el mismo Paulson quien señala que la idea de que el método determina el objeto de conocimiento era común en otros campos del saber distintos a la filosofía y a la ciencia jurídica en la época del jurista de Viena. Estaríamos ante un caso en que, por decirlo así, el espíritu de una cierta atmósfera intelectual irradió la labor de diversos autores situados en campos muy variados. Así, Cohen y Kelsen habrían llegado a conclusiones similares inspirados por un mismo espíritu, lo que por otra parte no sería inverosímil pues éste conocía la obra de Kant, punto de partida de las elaboraciones teóricas de los neokantianos. De manera particular, como se verá posteriormente, la huella de Cohen en la doctrina de la norma hipotética es bastante clara, independientemente de si Kelsen no reconoce explícitamente sus deudas teóricas y de si al final de cuentas prefirió el término “fundamental” en lugar de “originaria” para caracterizarla.

Ulises Schmill coincide con esta forma de mirar la relación de Cohen y Kelsen cuando, al hablar de la tesis común a ambos de la identificación del Estado como persona jurídica, dice que si bien en este caso no se puede comprobar que el primero haya influido sobre el segundo, existe “una coincidencia observable”¹⁷¹. Este es también el punto de vista de Pascher quien, veámos, sostiene que la relación entre estos autores es un asunto más de similitud teórica que de evidencias textuales. Asimismo, Hans Jörg Sandkühler comenta que a pesar de que no pudieran señalarse influencias entre ambos, la tendencia de la ciencia del derecho a constituirse en una ciencia del espíritu era parte del tono de la época¹⁷²

Como se recordará, Stanley Paulson sostiene que Kelsen se va alejando, a partir de lo que él denomina un período híbrido, de sus raíces neokantianas. La primera baja fue la concepción a-priori, kantiana en inspiración, de la categoría de causalidad que habría dejado su lugar a una noción empírica de la relación causal en términos humeanos. Ahora bien, con respecto a la noción de imputación base de la concepción normativa kelseniana, Paulson se apoya en un artículo de 1960 para mostrar la disminución de la fuerza de la posición neokantiana de Kelsen.

¹⁷¹ Ulises Schmill, “Algunas influencias de Hermann Cohen en Hans Kelsen,” *Isonomia*, no. 21 (octubre, 2004): 143.

¹⁷² Sandkühler, *Mundos posibles*, 57.

En ese texto, el jurista de Viena admite que la lectura normativa de determinados actos de voluntad es sólo una entre varias posibilidades de interpretación.

El comportamiento está regulado por normas que son el significado subjetivo de ciertos actos; en el supuesto de que la gente deba comportarse de acuerdo con el significado objetivo de esos actos se está presuponiendo la norma fundamental. Solamente si se presupone esta norma fundamental se puede distinguir entre mandatos válidos e inválidos e interpretar objetivamente relaciones interpersonales como relaciones jurídicas, específicamente como deberes jurídicos, derechos y poderes. Sin embargo, ésta es solamente una interpretación posible, hecha factible por la presuposición de la norma fundamental y condicionada a esta presuposición; no es una interpretación necesaria. Las relaciones interpersonales pueden interpretarse como meras relaciones de poder, ésto es, como causas y efectos siguiendo la ley de la causación¹⁷³

Pero si la interpretación normativa de un hecho (pues aquí hablamos no sólo de la emisión de normas, sino también de, por ejemplo, actos contrarios a las normas que no implican necesariamente el aspecto volitivo), es sólo una de entre varias posibles, entonces no hay forma de atajar al escéptico que dijese que no se puede distinguir el deber ser de la norma emitida por un juez del mandato de un asaltante, pues en ambos casos, bajo un cierto punto de vista, estamos ante una sucesión de causas y efectos, a saber, la emisión de una orden describible en términos naturalistas y una serie de actos que son su consecuencia. Y, como concluye Paulson, el argumento trascendental no da respuesta a la pregunta de por qué debemos adoptar la interpretación normativa en lugar de alguna otra, por lo que el enfoque neokantiano termina por ser abandonado¹⁷⁴.

Por otra parte, Paulson se pregunta si la categoría de imputación es el único supuesto bajo el cual es posible sostener lo que se llama la tesis de la normatividad¹⁷⁵, a saber, que el derecho es un fenómeno independiente de los hechos del mundo físico. La respuesta es que no, que la versión regresiva del argumento trascendental utilizada por Kelsen¹⁷⁶ no es capaz de superar el

¹⁷³ Stanley Paulson, "El período posterior a 1960 de Kelsen: ¿ruptura o continuidad?," *Doxa*, no.2 (1985):155-56.

¹⁷⁴ *Ibid.*, 156-57.

¹⁷⁵ Paulson afirma que para Kelsen el derecho es independiente de la moral (tesis de las separabilidad) y de la realidad (tesis de la normatividad). Stanley Paulson, "On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm," *Ratio Juris* 13, no. 3 (septiembre 2000): 281-82.

¹⁷⁶ Recordemos que los argumentos trascendentales constan de dos premisas y una conclusión. Así, se parte de un cierto hecho (a) cuya existencia se da por sentada o se considera incuestionable, y de una proposición o serie de proposiciones (b) sin la cual éste no sería posible, para concluir que (b) es necesaria. La diferencia entre las versiones progresiva y regresiva del argumento trascendental consiste en que en la primera el punto de partida son los datos de la conciencia, las impresiones sensibles, mientras que en la segunda se inicia con una experiencia estructurada, por ejemplo, nuestro conocimiento jurídico. Paulson asume que Kelsen utiliza esta segunda versión al

reto escéptico, de demostrar que la interpretación normativista de ciertos hechos es la única lectura que podemos hacer de ellos. Pero no sólo eso, el argumento tampoco descarta otras interpretaciones de este tipo que no empleen la categoría de imputación como, por ejemplo, una de inspiración hartiana¹⁷⁷. De lo anterior, Paulson concluye que es posible entender fructíferamente la teoría pura como una visión normativa del derecho que proporciona un esquema de análisis conceptual pero que, en vista de la debilidad de su argumento trascendental, tiene que renunciar a su pretensión de unicidad¹⁷⁸. Para probar esta presunción se tienen dos estrategias: hacer un examen exhaustivo de todas las posibles teorías explicativas de la normatividad, o construir un argumento analítico que demuestre que la categoría de imputación proporciona la única fundamentación posible del derecho. La primera opción es impracticable,

plantear su argumento como una explicación de la ciencia del derecho. En la versión progresiva el punto de partida es tan endeble que el escéptico puede concederlo sin ninguna dificultad, pero precisamente esta debilidad impide ir más allá de él, pues desde los datos de nuestra conciencia no es posible explicar la obligatoriedad de ciertos actos de voluntad; en cambio, la versión regresiva exige demasiado, ya que da por sentado precisamente lo que el escéptico se niega a aceptar, a saber, el conocimiento jurídico. En consecuencia, afirma Paulson, estamos ante un dilema ya que, o partimos de una asunción que nadie podría poner en duda, pero que no permite avanzar más lejos, o asumimos lo que queremos probar para de ahí deducir sus condiciones de posibilidad, pero entonces no logramos que el escéptico muerda el anzuelo porque no hay ninguna razón para que él concediese la existencia del conocimiento del derecho. Stanley Paulson, "The Neo-kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law," *Oxford Journal of Legal Studies* 12, no. 3 (otoño 1992): 324-30. Por otra parte, además de poner en duda la opinión generalizada de que Hermann Cohen utilizó la versión regresiva del argumento trascendental kantiano, Paulson señala que la teoría pura del derecho, concebida sin su ropaje trascendentalista, a manera de un esquema de análisis, parece no obstante mantener su fuerza como la única explicación intermedia (*Mittelweg*) entre las teorías empírico-positivistas y las iusnaturalistas. Si bien Paulson admite que Kelsen ha proporcionado razones en contra de las primeras al argumentar, por ejemplo, que los enunciados de deber son irreductibles a enunciados acerca de las probabilidades de que algo suceda, dice que Kelsen está lejos de haber construido un argumento en contra de las teorías del derecho natural y que sólo nos ofrece un vulgar e ingenuo relativismo moral. Por ello, concluye Paulson, no existe ninguna razón sólida para aceptar que la teoría pura del derecho constituye la única alternativa a estos dos tipos de explicaciones. Paulson, "On the Puzzle," 290-92.

¹⁷⁷ Para Hart la obligatoriedad del derecho no se funda en una norma básica entendida como hipótesis explicativa a la Kelsen, sino en una norma de reconocimiento concebida en términos de una práctica social que determina qué normas aceptan como obligatorias los participantes de una cierta comunidad jurídica. Así, por ejemplo, en la monarquía constitucional inglesa, dice Hart, se acepta como derecho las disposiciones sancionadas por la reina.

¹⁷⁸ Stanley Paulson, "La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica," *Doxa*, no. 9 (1991). Ricardo Caracciolo sostiene, de manera similar, una crítica a la estrategia argumentativa de la teoría pura del derecho con base en la tesis de que el argumento trascendental de corte kantiano usado por Kelsen no elimina la posibilidad de explicaciones alternativas del ámbito normativo, además de que cae en una petición de principio al exigir que se asuma que la norma fundamental es un requisito *sine qua non* para la constitución misma del material jurídico. Ricardo A. Caracciolo, "Fundamentos del derecho y fundamentos del conocimiento del derecho," *Crítica. Revista hispanoamericana de filosofía* XI, no. 31 (abril 1979). Sin embargo, en otro lugar Caracciolo dice que si tomamos la norma hipotética fundamental como un presupuesto ontológico y no epistemológico, pues se trata de un enunciado con pretensiones de verdad que afirma la existencia de relaciones necesarias entre dos tipos diferentes de propiedades, la propiedad ideal de "sentido objetivo" y la propiedad fáctica de "eficacia", entonces la interpretación normativa de ciertos actos de fuerza efectivos es una interpretación necesaria y no meramente posible de estos hechos. Ricardo A. Caracciolo, "Interpretación de sentido y conocimiento jurídico," *Revista latinoamericana de filosofía* III, no. 2 (julio 1977): 183.

pues siempre es factible imaginar una nueva teoría no considerada hasta ese momento; por su parte, la segunda se basa en la versión regresiva del argumento trascendental que, como vimos, no puede fundar la normatividad al no ser inmune a la duda escéptica.

En opinión de Paulson, la antinomia que enfrenta la explicación kelseniana de la normatividad tiene su origen en la tesis del abismo infranqueable entre el ser y el deber ser, el cual cancela las posibilidades de dar cuenta de la obligatoriedad jurídica con base en ciertos hechos del mundo natural y, como además Kelsen tampoco logra proporcionarnos una explicación de ella indemne a la duda escéptica en términos puramente normativos, tal abismo conduce irremediablemente a un callejón sin salida, que sólo puede ser superado si reestablecemos la relación entre el ámbito del ser y el del deber ser. Esta aporía la expresa Kelsen en una de sus obras capitales de su fase media clásica, la *Teoría general del estado*. Aunque sobre este punto regresaré en el próximo capítulo, dejemos por ahora asentadas las palabras con las que se formula el problema:

Una teoría orientada a los contenidos [genéricos de las normas jurídica], ha de plantearse el problema acerca de si existen relaciones, y cuáles sean éstas, entre el contenido del sistema Derecho, como sistema de normas válidas, y el contenido del sistema naturalista del acaecer efectivo causalmente determinado, especialmente el contenido de la conducta humana motivada por representaciones psíquicas de normas. Sin perjuicio de la fundamental e ilimitada disparidad de ambos sistemas, no habrá más remedio que confesar el hecho de que el contenido de las normas, y en especial de las normas jurídicas, presupuesto como válido, se corresponde hasta cierto punto con el contenido de la conducta realmente seguida; por tanto, las normas jurídicas sólo son supuestas de hecho como válidas cuando la representación de las mismas es eficaz [...]

Según eso, el problema de la positividad aparece como el problema [...] de las relaciones materiales entre un sistema del valor y el correspondiente sistema de la realidad, es decir, como el problema de la “realización de los valores”. La extraordinaria dificultad que encierra, consiste en la antinomia –inevitable al parecer– de un dualismo (del cual necesariamente hay que partir) entre el ser y el deber ser, entre la realidad y el valor y el reconocimiento ineludible de una relación material entre los mismos sistemas que se presuponen inconexos¹⁷⁹

Como lo reitera Kelsen en este pasaje es inevitable, al momento de definir el objeto de estudio de la ciencia del derecho, partir de la tesis del abismo lógico entre el ser y el deber ser; sin embargo, para poder afirmar la positividad o existencia de un determinado orden jurídico es necesario admitir un cierto grado de eficacia, de correspondencia entre el contenido de sus normas y la conducta real de los hombres a quienes éstas van dirigidas (conducta explicable en

¹⁷⁹ Kelsen, *Teoría general del estado*, 23-4.

términos de causas y efectos), pues de otra manera el derecho desaparecería “como medida de valoración de la conducta real del hombre”, es decir, simplemente dejaría de existir. Así, Ulises Schmill sostiene que la eficacia debe interpretarse como la determinación de la existencia del objeto de estudio de la jurisprudencia, en virtud de que si el orden jurídico no fuese eficaz, no existiese, no podría ser objeto de estudio¹⁸⁰. Pero, por otra parte, entre el derecho y el acontecer real debe ser posible cierta antítesis, dado que una norma que no pudiese ser desobedecida, que me ordenase por ejemplo que debo hacer lo que quiero, carecería de todo sentido normativo. Sobre el fundamento y significación de esta antinomia, y la lectura del profesor Schmill del concepto de eficacia, volveré en el siguiente capítulo.

3.3 Los puntos de contacto entre Cohen y Kelsen

En la presente sección intentaré demostrar la influencia del pensamiento de Cohen en Kelsen. Hay que decir que esta tarea debe superar la dificultad que presentan los textos del filósofo de Marburgo, pues éstos no son precisamente un paradigma de claridad sino que suelen ser bastante oscuros. El uso de una terminología subjetivista propia de la tradición kantiana y neokantiana, ya poco común en las discusiones dentro de la filosofía del derecho (nociones como voluntad pura, conciencia, autoconciencia, entre otras, son ejemplos de este lenguaje), no contribuye a la comprensión del verdadero significado de sus tesis debido, entre otras cosas, a que da lugar a interpretaciones psicologistas muy alejadas de su sentido trascendental original¹⁸¹. Pero si se prescinde de su lenguaje subjetivista, se está en el camino correcto para valorar su importancia en el pensamiento de Kelsen.

Como veíamos antes, la relación de Kelsen con las tesis del neokantismo de Marburgo, de manera particular con la *Ética de la voluntad pura* de Hermann Cohen, fue por vez primera señalada en una reseña de los *Problemas capitales...* publicada en los *Kant-Studien* en 1912. Ahí se hacía notar, además de otras cosas, la similitud entre el concepto coheniano de “voluntad pura” y la noción kelseniana de “persona jurídica”. Motivado por este hecho, Kelsen visita a Cohen en Marburgo. De este encuentro sólo quedan los testimonios directos del propio Kelsen

¹⁸⁰ Ulises Schmill, “The Grundnorm and the Conceptual Origin of the Normativity of Law” (conferencia, Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra, septiembre, 2010).

¹⁸¹ A este respecto, Manfred Pascher afirma que la exposición de Cohen del concepto de persona jurídica es, por su terminología, menos sistemática y comprensible que la de Kelsen, lo que explica la falta de resonancia de la obra de Cohen. Pascher, “Hermann Cohens Einfluss,” 451.

consignados en sus anotaciones biográficas que a su muerte le fueron entregadas a Rudolf Aladar Métall, quien las reconstruye en su texto *Hans Kelsen. Vida y obra*¹⁸².

En relación con este paralelismo, que Kelsen destaca en el pasaje de los *Problemas capitales*... que ya he citado¹⁸³, es posible establecer una conexión teórica entre los conceptos de “voluntad pura” y “persona jurídica”, y defender la idea de que en la teoría pura del derecho Kelsen realiza una suerte de deducción trascendental de las categorías a-priori que explican la posibilidad de todo derecho e interpretar así la obra kelseniana como el resultado de la aplicación del método crítico, iniciado por Kant y depurado por el neokantismo de Marburgo, al ámbito de las ciencias normativas. Sin embargo, hay que tener cuidado de no extender demasiado la relación porque la ética coheniana contiene elementos que, desde la perspectiva de Kelsen, no dudaríamos en llamar ideológicos, es decir, concepciones relativas a los valores morales sostenidos por una cierta tradición religiosa, en este caso el judaísmo, que en la ética de Cohen se convierten en valores universalizables. Estos elementos serían, para Kelsen, una deformación de la pureza metódica que debe mantener la teoría del derecho, la cual ha de estar libre de consideraciones morales o sociológicas que la desvirtúen.

Una vez emitido este aviso precautorio puedo abocarme a la tarea de fijar los puntos de encuentro entre la concepción ética coheniana y la teoría pura. Los ejes de esta exposición serán los estudios de Ulises Schmill¹⁸⁴, Agustín E. Ferraro¹⁸⁵ y Manfred Pascher¹⁸⁶, los cuales seguiré en lo fundamental. Además, hacia la parte final desarrollaré ciertas ideas de Ferraro acerca de lo que él llama la ética universalista de Cohen, de la cual se derivan consecuencias importantes para la relación entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos estatales.

Ulises Schmill señala cinco puntos de contacto entre Cohen y Kelsen. En algunos casos se señalan tesis concretas que compartieron ambos autores, pero en otros se trata de posturas que tienen un aire de familia, como el que decía Wittgenstein había entre los juegos del lenguaje. Estos puntos son: a) la semejanza que puede establecerse entre la función de la ética en Cohen y el papel de la teoría pura del derecho o de la jurisprudencia pura; b) la similitud que hay entre la relación que mantienen, por un lado, la lógica trascendental y la matemática y, por el otro, la ética trascendental y la jurisprudencia; c) la identidad entre el Estado y el derecho; d) la

¹⁸² Métall, *Hans Kelsen*, 15.

¹⁸³ Véase nota 59.

¹⁸⁴ Schmill, “Algunas influencias de Hermann Cohen,”.

¹⁸⁵ Agustín E. Ferraro, “Kelsen y la ética universalista,” *Doxa* II, no. 21 (1998).

¹⁸⁶ Pascher, “Hermann Cohens Einfluss,”.

concepción de la persona como unidad de una pluralidad de normas o relaciones jurídicas y, finalmente, e) el ideal de pureza presente tanto en la teoría del derecho como en la doctrina de la lógica o principio del origen¹⁸⁷.

3.3.1 El papel de la ética y de la teoría pura del derecho

En primer término hay que aclarar cuál debe ser, para Cohen, la tarea de la ética. En síntesis, ella tiene por objeto determinar cómo es posible el concepto de la totalidad de los hombres, es decir, la noción de humanidad. Retomando a Kant, Cohen afirma que la totalidad es la unidad de la pluralidad. Esto significa que el sujeto de la ética no puede ser el individuo (el hombre en su individualidad) ni alguna pluralidad de hombres, por grande que sea, sino sólo la totalidad de los hombres¹⁸⁸. Ahora bien, el concepto de humanidad únicamente lo podemos encontrar en el seno del Estado (que es una construcción social), como persona jurídica en el sentido de punto final de imputación normativa de derechos y obligaciones. Estamos aquí ante un mero concepto y no ante el individuo psicofísico que estudia la psicología o la anatomía, o del hombre entendido como miembro de una familia o un grupo social, cuyos integrantes se identifican por lazos de consanguinidad, empatía o porque comparten una misma concepción del mundo. De esta manera, dice Schmill, el problema de la ética se convierte en la determinación de las condiciones de posibilidad del Estado o el derecho¹⁸⁹.

En cambio, esta tarea la desempeña en Kelsen la teoría pura del derecho. Lo que para Cohen es una disciplina filosófica, para el jurista de Viena es, como él mismo se encargó de afirmarlo en diversas ocasiones, una teoría del derecho positivo. Así, por ejemplo, en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* se afirma: “la *Teoría pura del derecho* constituye una teoría sobre el derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales”¹⁹⁰. Sin embargo, la

¹⁸⁷ Al inicio de su estudio el profesor Schmill señala que en una visita que le hizo a Kelsen en Berkeley éste le manifestó que la *Ética de la voluntad pura* de Cohen había sido un libro muy importante para él, del cual había aprendido muchas cosas. Al respecto Ulises Schmill concluye: *en el contexto en que fueron emitidas, las palabras dichas por Kelsen significaron, o por lo menos así lo entendí, que ese libro de Cohen fue uno de los textos principales que influyeron decisivamente en la formación de los conceptos con los que se construyó el magno edificio de la Teoría Pura del Derecho*. Schmill, “Algunas influencias de Hermann Cohen,” 117.

¹⁸⁸ *Ibid.*, 120-21.

¹⁸⁹ *Ibid.*, 121.

¹⁹⁰ Kelsen, *Teoría pura*, 15.

teoría pura desempeña una función similar a la de la filosofía trascendental kantiana, ya que se encarga, en palabras de Schmill, de “exponer los supuestos epistemológicos que presupone la ciencia dogmática del derecho”¹⁹¹. ¿Por qué entonces Kelsen insiste en que su doctrina es una teoría del derecho positivo en lugar de afirmar su carácter trascendental? En este punto comparto la explicación de Schmill de que si la teoría del derecho establece las condiciones de posibilidad del objeto de estudio de la ciencia jurídica, o sea, los conceptos con los que la jurisprudencia dogmática describe e interpreta cualquier orden jurídico positivo, entonces la teoría pura es una teoría del derecho positivo en el sentido de que lo hace posible (lo crea) como objeto de estudio¹⁹². En el próximo capítulo me detendré a analizar la significación de esta tesis de que la ciencia jurídica crea su objeto de conocimiento.

Tenemos entonces que, para Cohen, la noción jurídica de humanidad, en el sentido de centro de imputación normativa, no puede ser explicada por aquellas disciplinas que se ocupan del hombre en su singularidad, como la psicología, o de ciertas pluralidades de hombres, como la sociología o la psicología de masas, sino que debe ser objeto de estudio de la ciencia del derecho o del Estado. Aquí encontramos, dice Schmill, un primer paralelismo con Kelsen, pues en él también encontramos la tesis de que la respuesta a la pregunta de qué es el Estado no tiene que ver con procesos psicológicos o relaciones de poder¹⁹³, sino que se trata de un problema estrictamente jurídico. En palabras de Cohen, la interrogante que se plantea la ética es de qué manera realizar la moralidad a través del Estado, cómo concretar en el derecho la noción de humanidad: “más si, por otra parte, para la vida de los pueblos no se puede prescindir del Estado, ni puede ser sustituido, entonces el problema únicamente puede ser este: ¿cómo puede realizarse la moralidad en el Estado y a través del Estado, del cual no se puede prescindir?”¹⁹⁴. Sin embargo, al hablar de esta manera, afirma Schmill, el marburgués va más allá de una concepción metodológica de la ética, pues si bien mantiene una noción jurídica de humanidad, cree posible derivar mediante la reflexión filosófica ciertos principios morales que hacen posible la idea de la totalidad de los hombres, es decir, una moralidad de la razón, tesis que por supuesto Kelsen no

¹⁹¹ Schmill, “Algunas influencias de Hermann Cohen,” 128.

¹⁹² Ibid., 129-30.

¹⁹³ Ibid., 121-22.

¹⁹⁴ Hermann Cohen, *Ethik des reinen Willens* (Hildesheim-Zürich-New York: Georg Olms Verlag, Band 7, 2. Teil, 2002), 62, citado por Schmill, “Algunas influencias de Hermann Cohen,” 124. El texto en alemán dice: “*Wenn anders aber der Staat nicht entbehrt, nicht ersetzt werden kann für das Völkerleben, so kann nur dies das Problem sein: wie die Sittlichkeit, die seiner nicht entraten kann, durch ihn und in ihm verwirklicht werde*”.

comparte¹⁹⁵, ya que la pureza del método de la teoría del derecho exige dejar fuera de su consideración cualquier elemento ético-político o naturalista. Con esto queda claro que las semejanzas entre las posturas de estos autores tienen que manejarse con cuidado para no extenderlas demasiado lejos.

3.3.2 La ética trascendental y la jurisprudencia

Guiado por el *dictum* neokantiano de que la filosofía debe abocarse al esclarecimiento de las condiciones de posibilidad de la ciencia, Cohen sostiene que el *factum* de la ética no puede ser otro que la ciencia del derecho o jurisprudencia. Es famosa su aseveración de que ésta es la matemática de las ciencias del espíritu, ya que los conceptos jurídicos son los que hacen posible la explicación del mundo social. De la misma manera en que la matemática nos permite someter a leyes el caos de las percepciones sensibles y construir así la naturaleza entendida científicamente, en términos de un sistema de regularidades causales expresado en leyes, las categorías jurídicas son la base para comprender el mundo, no ya de las causas y los efectos, sino de los medios y los fines, es decir, la esfera de las ciencias culturales, en especial, de aquéllas en donde se plantean las preguntas acerca de lo que es bueno, correcto, justo, etcétera. Dice Cohen: “el análogo de la matemática lo constituye la ciencia del derecho. Ella puede ser designada como la matemática de las ciencias del espíritu y, especialmente, de la ética”¹⁹⁶ Así, el filósofo de Marburgo rechaza la tesis kantiana de que el *factum* de la moralidad son las costumbres, pues éstas se refieren a una pluralidad de hombres, por lo que no alcanzan la universalidad necesaria para convertirse en una respuesta a la pregunta ética de qué es el hombre¹⁹⁷.

Decía que la relación entre la ética y la ciencia del derecho en Cohen es similar a la que plantea Kelsen que existe entre la jurisprudencia pura y la jurisprudencia dogmática, ya que aquélla desempeña en Kelsen la función de la ética en Cohen. Aunque ya veíamos que esto podría a primera vista parecer incierto, pues el jurista de Viena enfatiza que la teoría pura es teoría del derecho positivo en general, no de uno en particular, como lo es la jurisprudencia dogmática¹⁹⁸. Sin embargo, dado que esta teoría da cuenta de la manera en que el conocimiento

¹⁹⁵ Schmill, “Algunas influencias de Hermann Cohen,” 124.

¹⁹⁶ Cohen, *Ethik des reinen*, 66. El texto en alemán dice: “Das Analogon zur Mathematik bildet die Rechtswissenschaft. Sie darf als die Mathematik der Geisteswissenschaften, und vornehmlich für die Ethik als ihre Mathematik bezeichnet werden”.

¹⁹⁷ Schmill, “Algunas influencias de Hermann Cohen,” 126-27.

¹⁹⁸ *Ibid.*, 128.

jurídico es posible y por eso se puede afirmar que crea el derecho en tanto su objeto de estudio, se trata de una explicación acerca de todo orden jurídico posible, por lo que lo es también de cualquiera en específico.

El énfasis en el carácter positivo del objeto de estudio de la jurisprudencia pura que hace Kelsen tiene que ver, desde mi perspectiva, con un deslinde frente al iusnaturalismo, doctrina que se ocupa no del derecho que es sino del que debe ser, pero no significa, como algunos han sostenido al insistir en este carácter “empírico” de la jurisprudencia, una renuncia al carácter trascendental de la teoría del derecho, el cual se sustenta en una variedad de pasajes de su obra. En este punto es interesante notar que Kelsen mismo distingue su teoría de la lógica y la filosofía¹⁹⁹. No debe confundirse con la primera pues la deducción de las categorías jurídicas fundamentales no es el resultado de un cálculo lógico, de relaciones de implicación entre proposiciones; pero tampoco debe identificarse con las especulaciones filosóficas sobre los órdenes de conducta ideales.

3.3.3 La identidad entre el Estado y el derecho

El tercer punto de encuentro entre Cohen y Kelsen es la identidad del Estado y el derecho, que tiene su fundamento en la tesis de que la dirección del conocimiento determina su objeto. Cohen enuncia así esta identificación:

*La teoría del Estado es necesariamente teoría jurídica del Estado. El método de la teoría del Estado se encuentra en la ciencia del derecho. Aun cuando para constituir el concepto de la ciencia del Estado deben cooperar otras ciencias, el fundamento metódico está formado indiscutiblemente por la ciencia del derecho. Si se toma en cuenta la Teoría Económica y a sus ciencias auxiliares para la teoría del Estado, entonces subrepticamente las ciencias del Estado se ostentan en plural. El concepto y el método de la ciencia del Estado está condicionado preferentemente por la ciencia del derecho*²⁰⁰

Cabe señalar que para Cohen la voluntad del Estado se manifiesta en la legislación, por lo que la teoría del Estado es necesariamente teoría del derecho. En la formulación de esta tesis, como

¹⁹⁹ Ibid., 129.

²⁰⁰ Cohen, *Ethik des reinen*, 63, citado por Schmill, “Algunas influencias de Hermann Cohen,” 134. El texto en alemán dice: “Die Staatslehre ist notwendigerweise Staatsrechtlehre. Die Methodik der Staatslehre liegt in der Rechtswissenschaft. Wie sehr auch andere Wissenschaften in Mitwirkung treten musen, um den Begriff der Staatswissenschaft zu konstituieren, so bildet doch unstreitig die Rechtswissenschaft die methodische Grundlage. Wenn man die Volkswirtschaftslehre und ihre Hilfswissenschaften für die Staatslehre in Betracht zieht, so treten unversehens die Staatswissenschaften in Pluralis ein. Die Staatswissenschaft, ihr Begriff, ihre Methodik ist vorzugsweise durch die Rechtswissenschaft bedingt”.

sostiene Pascher, la exposición de Kelsen es mucho más clara que la de Cohen²⁰¹. En los *Problemas capitales...* se lee:

La afirmación de la “naturaleza omnijurídica del Estado”, contenida ya en la presente obra, sólo adquiere su lógica fundamentación en el principio de que uno y el mismo objeto de conocimiento no puede ser determinado por dos direcciones de conocimiento completamente dispares, según la premisa de que se parte, como son la consideración causal del ser y la consideración normativa del deber ser. La tesis de Cohen de que toda teoría del Estado tiene que ser necesariamente una teoría jurídica del Estado, es absolutamente cierta, aunque no en el sentido ético e iusnaturalista en que aquel autor la formula, sino en un sentido totalmente positivo²⁰²

Kelsen adopta aquí claramente tanto la tesis de que la dirección del conocimiento crea su objeto como la identificación de Cohen del derecho y el orden estatal, pero se desmarca también de ciertas implicaciones éticas de la teoría coheniana del Estado.

3.3.4 La noción de persona

El siguiente punto de la conexión Marburgo-Viena es quizá uno de los más ricos en implicaciones: la concepción de la persona, común a Cohen y a Kelsen, como unidad de un conjunto de normas o relaciones de derecho. Para el primero se trata de la persona moral y para el segundo de la jurídica²⁰³. Pascher dice que Cohen parte, al igual que Kelsen, de la idea de que en la ciencia del derecho sólo podemos tener un concepto homogéneo de persona si separamos claramente el proceder jurídico del método psicológico. Así, Cohen considera la persona jurídica a manera de una “hipótesis” la cual, según “la lógica del conocimiento puro”, es un concepto formado por la conciencia para explicar una serie de fenómenos conforme a una ley, algo similar a lo que hoy en día se denomina un “concepto teórico”. En este sentido, la persona no es otra cosa que la unidad de su voluntad. Con ello se quiere decir que ciertos hechos, jurídicamente relevantes, pueden ser referidos a la persona y que, además, las normas determinan cuando se ha

²⁰¹ Dice Pascher que dos tesis llevaron a Kelsen a la identificación del derecho y el Estado: la reducción del conceptualismo de la ciencia jurídica a una función puramente metodológica y la determinación de que el punto de partida de esta ciencia es una realidad dada de normas obligatorias. Pascher, “Hermann Cohens Einfluss,” 457.

²⁰² Kelsen, *Problemas capitales*, LII.

²⁰³ Como lo destaca Pascher, desde los *Problemas capitales* Kelsen subraya que el error fundamental de la ciencia del derecho es no haberse desprendido de la interpretación psicológica del concepto de voluntad en el ámbito jurídico. Incluso, dice, la norma puede contener como condición de la imputación un momento psicológico, pero esto es posible solamente en virtud de que la norma lo contiene, no porque esta voluntad se entienda psicológicamente. Pascher, “Hermann Cohens Einfluss,” 450-52.

expresado una voluntad con relevancia para el derecho. Kelsen llega al mismo resultado al afirmar que “la persona jurídica y la voluntad jurídica son idénticas”²⁰⁴.

Para Kelsen la persona jurídica es un concepto auxiliar (*Hilfsbegriff*) que desempeña una función representativa y referencial, pues mediante esta noción representamos y nos referimos a una pluralidad de normas. Por su parte, para Cohen, en este concepto se concreta la objetividad de la ética, la noción de humanidad o totalidad del hombre. De esta forma, la voluntad pura de que habla Cohen no es otra cosa que la voluntad de la persona jurídica²⁰⁵. Apuntaba ya que la dificultad del lenguaje coheniano es que suele prestarse a interpretar de forma subjetivista o psicologista lo que en realidad es, como en el presente caso, sólo una expresión para referirse a un conjunto de normas. Cabe agregar que una consecuencia, desarrollada por el movimiento neokantiano en México, de la tesis de que la objetividad de la ética se concreta en la persona jurídica es que el ideal de hombre, es decir, la respuesta a la pregunta acerca de qué debe ser el hombre hay que buscarla en el derecho, en los órdenes jurídicos históricos y no, por ejemplo, en las costumbres o en la religión, porque ellas no pueden superar la parcialidad de su punto de vista, por universales que sean sus pretensiones. Sólo las normas del derecho, dotadas de validez, alcanzan la totalidad buscada y pueden concebirse como respuestas relativas, pero objetivas, al eterno problema de cómo debemos regular nuestra conducta para alcanzar la sociedad que deseamos²⁰⁶.

Tenemos entonces que el concepto de persona (“unidad supraindividual”) hace posible en Cohen la noción de la totalidad de lo humano, desempeñando así una función ética, mientras que en la doctrina kelseniana esta noción no tiene una lectura filosófica y se le comprende en términos estrictamente jurídicos. Para Ulises Schmill, en este autor hay un uso ético o iusnaturalista de una noción de derecho. En cambio Kelsen desarrolla este concepto, que en el marburgüense apenas se asomaba todavía envuelto en un lenguaje subjetivista, restringiéndolo a su acepción jurídica²⁰⁷. Por ello se puede afirmar que en este punto Kelsen fue más fiel que Cohen a la pureza exigida por el método trascendental. Ahora bien, sobre el Estado concebido como persona soberana o punto final de imputación se levanta, de acuerdo con el filósofo de

²⁰⁴ Ibid., 451. Kelsen dice textualmente: “*juristische Person und juristischer Wille identisch sind*”.

²⁰⁵ Schmill, “Algunas influencias de Hermann Cohen,” 135-40.

²⁰⁶ Rodríguez, *Ética*,.

²⁰⁷ Schmill, “Algunas influencias de Hermann Cohen,” 141-43.

Marburgo, el derecho internacional en el sentido de *civitas maxima*, la cual sería la persona más universal, el último centro de imputación o punto originario de toda normatividad.

Pero, ¿cuál es el origen de donde se construye la noción de persona jurídica? Sabemos que esta función la realiza, en Kelsen, la norma hipotética fundamental que establece que la coacción ha de aplicarse como lo determine el primer legislador; en cambio Cohen no proporciona, dice el profesor Schmill, la hipótesis a partir de la cual se erigen los conceptos centrales de la teoría del derecho, sólo nos da su estructura lógica general. En el siguiente pasaje se ve claramente que la función metodológica y explicativa de la norma básica la desempeña en Cohen la hipótesis.

*A veces es la hipótesis el comienzo y el fundamento de la teoría; también no es más que una conjetura... Toda teoría, toda ley no puede tener otro fundamento que el que la fundamentación establece. Y no puede haber ninguna otra certidumbre y seguridad que la que consiste en la fundamentación... (La hipótesis) está referida a la concordancia con los fenómenos, al resultado que puede lograr para la explicación coherente de los fenómenos y los problemas. Si no logra ella este resultado entonces no se ha acreditado precisamente como hipótesis... La hipótesis, en la medida en que cumple su concepto, tiene certidumbre y seguridad. No existe ninguna otra seguridad*²⁰⁸

El paralelismo teórico parece indiscutible porque la norma básica cumple la misma tarea de fundamentación que hace la hipótesis al explicar de manera coherente los fenómenos y los problemas a los que ella está dirigida. En este sentido es interesante subrayar la afirmación de Kelsen de que la norma fundamental es hipotética, pues este rasgo refuerza su semejanza con el método de la hipótesis. Asimismo hay que tener presente el carácter de conjetura que tiene la hipótesis en Cohen porque, como se verá, este hecho tiene relevancia en la solución del reto escéptico que, según Stanley Paulson, debe enfrentar el argumento trascendental empleado por Kelsen.

²⁰⁸ Cohen, *Ethik des reinen*, 98, citado por Schmill, “Algunas influencias,” 148. El texto en alemán dice: “Bald ist sie der Ausgang und der Grund der Theorie; bald ist sie nicht viel mehr als Vermutung (...) Alle Theorie, alles Gesetz kann keinen andern Grund haben, als den die Grundlegung legt. Und keine andere Sicherheit und Gewissheit kann es geben, als welche in der Grundlegung besteht. (...) Und doch ist sie auf die Übereinstimmung mit den Erscheinungen angewiesen, auf den Erfolg, den sie für die zussammenhängende Erklärung der Erscheinungen und der Probleme zu erzielen vermag. Erzielt sie diesen Erfolg nicht, so hat sie sich eben als Hypothese nicht bewährt; (...) Die Hypothese, sofern sie ihren Begriff erfüllt, hat Sicherheit und Gewissheit. Eine andere Gewissheit gibt es nicht”.

3.3.5 El ideal de pureza

Por último, en torno a la similitud entre la pureza de la teoría kelseniana y de la doctrina de la lógica del origen de Cohen, Ulises Schmill enfatiza que para éste la pureza del método reside en que, con base en una hipótesis, se construye u origina el conocimiento. El concepto de *Ursprung* (origen) es central en esta doctrina y, por su parte, la teoría pura del derecho puede comprenderse como el resultado de aplicar, a la jurisprudencia dogmática, el método coheniano de la hipótesis. Al respecto es bueno recordar que, en un principio, Kelsen llama a la norma hipotética fundamental *Ursprungnorm* (norma originaria o norma de origen), en clara alusión a la lógica del origen²⁰⁹.

Algunos de estos paralelismos y otros más son señalados por Geert Edel, quien establece tres conexiones. En primer lugar, el ideal de la pureza del método es común a ambos autores, ya que así como Cohen considera la cognición en términos estrictamente epistemológicos, sin mezcla de elementos provenientes de otras esferas, en la teoría pura el análisis de la norma se circunscribe al ámbito de los conceptos jurídicos sin intervención, por ejemplo, de elementos sociológicos o políticos. Asimismo, si para el primero la ciencia natural es un sistema de juicios, para Kelsen la ciencia del derecho es un conjunto de proposiciones jurídicas. En tercer sitio, para el filósofo marburgués la cognición es una relación generativa o creativa cuya sistematización filosófica constituye la unidad de la naturaleza *qua* unidad del objeto colectivo ideal de la cognición. En otras palabras, el conocimiento crea la realidad mediante una serie de juicios que al ser unificados en un todo conforman lo que damos en llamar realidad. De manera similar, en Kelsen la norma es una relación generativa o “cadena de creación” que, en última instancia, se transforma en un conjunto consistente y unificado por medio de la sistematización jurídico-científica²¹⁰.

3.3.6 Corolarios de la relación entre Cohen y Kelsen

Con base en las anteriores consideraciones se puede concluir que la conexión entre Cohen y Kelsen no es sólo un asunto de que en éste no haya referencias explícitas al primero, de que en otros autores se encuentre también la misma perspectiva teórica de Kelsen, lo que aparentemente le restaría importancia al nexo con Cohen, o de que entre sus textos no haya una relación

²⁰⁹ Schmill, “Algunas influencias,” 149-53.

²¹⁰ Geert, “The *Hypothesis*,” 211.

temporal tal que permita establecer un nexo causal. Por el contrario, estamos ante la aplicación de un método común que tiene las mismas raíces doctrinales y que incluso derivó en un paralelismo entre ciertas tesis específicas de uno y otro. Es claro que Kelsen no aceptaría los principios morales que se encuentran en la *Ethik des reinen Willens*, muchos de los cuales están impregnados del judaísmo que Cohen profesaba fervorosamente, pero si despojamos a su filosofía tanto de las tesis cuasi-religiosas como de su lenguaje subjetivista y nos quedamos con su aparato conceptual, con la estructura lógica de su metodología y con el espíritu que anima su obra, sin duda se puede establecer su impronta en la teoría pura.

Ahora bien, en torno a la tesis de Paulson de que la influencia en Kelsen de la escuela neokantiana de Marburgo ha sido sobredimensionada, parece que el anterior análisis muestra lo contrario, es decir, que esta relación es fundamental para entender la concepción, el método y las tareas de la teoría pura. Pienso que se puede aceptar que las tesis de Baden dejaron huella en Kelsen sin menoscabo de los paralelismos con Cohen. Como decía, la relación metodológica entre las doctrinas de ambos autores es de fondo, más allá de la existencia de evidencias textuales o de la coincidencia temporal de sus obras. Esta conexión puede ser probada recurriendo a pasajes que tienen un notable parecido en su significado, lo que apunta a una especie de espíritu de la época en común. Es pertinente aclarar que si bien hay semejanzas entre las escuelas de Baden y Marburgo, como la distinción entre el mundo del ser y el del deber ser, la importancia que tuvieron para esta última los problemas de la fundamentación del conocimiento científico y, especialmente, su método de la hipótesis, hace que el parentesco teórico entre Kelsen y Cohen sea mucho más directo que el que se puede establecer con los representantes de Baden.

3.3.7 El ideal de humanidad y el orden jurídico internacional

En este apartado recogeré algunas ideas que acabamos de exponer para indicar otras similitudes y diferencias entre Cohen y Kelsen, y para sugerir que de la filosofía del primero se puede extraer una estrategia argumentativa para abordar el tema del primado del derecho internacional sobre los órdenes jurídicos estatales.

En su texto “Kelsen y la ética universalista” Agustín E. Ferraro sostiene que, en Cohen, la noción de persona jurídica se funda en la figura del contrato, en tanto que la condición

indispensable para la celebración de una relación contractual es que haya dos contratantes²¹¹, dos sujetos de derecho que han decidido formar, mediante la manifestación de una voluntad común, una persona jurídica, digámoslo así, de segundo orden: una asociación civil, un matrimonio, una sociedad anónima, etcétera. Este orden normativo particular implica una serie de derechos y obligaciones para los participantes en el convenio que ha sido acordado voluntariamente y que, por lo tanto, es válido para ellos. En este sentido puede afirmarse que esta nueva figura jurídica se sitúa por encima de las partes, quienes a su vez son centros de imputación normativa con capacidad para celebrar contratos.

Ahora bien, si cada derecho estatal es concebido por su parte como la unión de diversas personas jurídicas, tenemos que la comunidad internacional sería la forma más universal de la idea de humanidad²¹². Esta sociedad, que se convierte en el último centro soberano de imputación normativa, surge a través de un contrato que celebran los diferentes estados participantes. Ferraro añade que para Cohen, de manera un tanto enigmática agrego yo, el Estado sólo es Estado de derecho cuando el orden jurídico es creado conforme a la idea de éste, es decir, mediante la libre concurrencia de los distintos sujetos jurídicos y no, por ejemplo, de acuerdo a los intereses de algún estamento o clase social específico. Así, el Estado de derecho resulta ser un ideal regulativo o una aspiración permanente, ya que en la realidad de los órdenes jurídicos históricos lo que ha privado ha sido más bien el interés de algún grupo particular. Esta extraña concepción ética del Estado de derecho, pues se le usa para contraponer la supuesta universalidad de sus postulados morales a la parcialidad de aquellos órdenes en donde se protege los intereses de un estamento o clase social, se sitúa en oposición a la pureza del método de la hipótesis que es parte fundamental de la filosofía coheniana. Parecería como si el filósofo de Marburgo oscilara entre la pureza de la jurisprudencia y su militancia a favor de ciertas causas políticas, morales y religiosas.

En sentido contrario, para Kelsen todo estado es de derecho en cuanto que aquél no es otra cosa que un sistema jurídico altamente centralizado y especializado²¹³, por lo que la juridicidad de un determinado orden de la conducta no depende del contenido de sus normas, sino de la relación de imputación que se establece entre los ilícitos y sus sanciones. Esto sin demerito de

²¹¹ Ferraro, "Kelsen y la ética," 136.

²¹² Ibid., 137.

²¹³ Kelsen, *Teoría general del estado*, 57. Dice Kelsen: "todo Estado es un Estado de Derecho, en el sentido de que todos los actos estatales son actos jurídicos, porque y en tanto que realizan un orden que ha de ser calificado de jurídico".

que podría sostenerse que cada sistema normativo expresa, a través de su específica regulación, un ideal de hombre mediante la penalización de un determinado conjunto de conductas. Pero incluso para Cohen, dice Ferraro, un estado estamental o de clase es una persona jurídica, aunque no se alcance a concretar en él la idea de humanidad, pues cuando dicho estado pacta con otros la formación de una comunidad internacional a través de un contrato, lo hace en su calidad de sujeto de derecho, ya que sólo entre éstos pueden celebrarse convenios que implican la adquisición de derechos y responsabilidades²¹⁴.

Tenemos así que la universalidad de la persona jurídica queda plasmada plenamente en el derecho internacional, superándose cualquier tipo de particularismo que pudiera adjudicarse a los estados nacionales. Esta idea es semejante a la tesis kelseniana de que el derecho sólo puede comprenderse de manera objetiva como una totalidad que abarca a todos los órdenes particulares, es decir, en términos universalistas, pues sólo de esta forma se logra la unidad última del derecho mediante la subsunción de los órdenes estatales bajo un único centro de imputación²¹⁵. De otro modo, lo que hay son diversos estados soberanos que coexisten pero cuya validez es referida, en última instancia, a distintas hipótesis o normas fundamentales. Como sostiene Kelsen, la supremacía de la soberanía estatal corresponde a una concepción epistemológica subjetivista en donde la existencia de los otros sujetos depende de su reconocimiento por aquél que los percibe, pues bajo esta hipótesis los órdenes estatales y el derecho internacional tienen realidad en la medida en que son reconocidos por el estado de cuya soberanía se parte. En cambio, la tesis del primado del derecho supranacional se ajusta a una visión de corte objetivista del conocimiento, en la cual no es el yo el centro de la relación cognoscitiva sino el objeto (orden internacional), que así se convierte en la pauta de la existencia de los órdenes nacionales²¹⁶.

Contrariamente al tratamiento kelseniano, en la filosofía de Cohen la universalidad de la comunidad internacional no es sólo un rasgo formal de su construcción lógica, en específico, de su soberanía, sino que tiene un sentido ético. La persona representada por las normas del derecho supranacional no es únicamente jurídica sino también ética, pues en ella toma forma el ideal de humanidad. Ahí encontramos la respuesta objetiva, aunque siempre provisional, a la pregunta de qué debe ser el hombre.

²¹⁴ Ferraro, "Kelsen y la ética," 137.

²¹⁵ *Ibid.*, 138.

²¹⁶ Kelsen, *Teoría Pura*, 335-54.

En relación con la exégesis universalista del derecho sostenida por Kelsen, Ferraro dice que ésta es congruente con el requisito trascendental de la unidad del método, ya que sólo desde esta perspectiva es posible una explicación unitaria del derecho, una que remite la validez de todos los órdenes estatales a una sola norma fundamental. Kelsen, continúa Ferraro, afirma que la unidad metodológica del derecho es “una idea eminentemente ética” y un “elemento constitutivo de la conciencia cultural moderna”²¹⁷. Lo anterior queda ampliamente de manifiesto en el siguiente pasaje: “Tanto como para una concepción objetivista de la vida el concepto ético del hombre es la humanidad, es para una teoría jurídica objetivista el concepto del derecho idéntico con el del derecho internacional, y precisamente por esto, a la vez, un concepto ético”²¹⁸. El autor concluye que en virtud del objetivismo y del universalismo de la concepción kelseniana del primado del derecho internacional, se puede mantener que la doctrina de la norma hipotética fundamental no es valorativamente neutra. Tal supremacía, dice, no es para Kelsen en sí misma un ideal ético. Su propósito es probar que dicha norma es la condición de posibilidad del conocimiento jurídico. La actitud del teórico no debe ser el manifestar su adhesión ideológica hacia este primado, sino sólo constatar su carácter trascendental frente al punto de vista subjetivista en la explicación del derecho, el cual concibe las relaciones entre estados no como jurídicas sino en términos de poder o de fuerza, es decir, en un sentido naturalista²¹⁹. Por ello, la doctrina de la norma básica y el principio de la unidad del método conducen a la tesis de la supraordenación del orden internacional, por lo cual se afirma que aquella norma no es valorativamente neutra.

A manera de conclusión quisiéramos hacer algunas consideraciones en torno al supuesto carácter ético de la doctrina kelseniana del primado del derecho internacional. En primer lugar, más allá del uso del término “ética” o “ético” en los textos y expresiones de Kelsen a los que Ferraro hace referencia, empleo que quizás pueda rastrearse hasta las tesis de Cohen, parece claro que el ideal ético del que se habla no tiene un carácter material porque no implica un compromiso con principios o valores morales, sino que se trata de un ideal formal y a-priori al ser condición de posibilidad del conocimiento jurídico.

²¹⁷ Ferraro, “Kelsen y la ética,” 142.

²¹⁸ Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (Tübingen: Aalen, Scientia, 1981), citado por Ferraro, “Kelsen y la ética,” 144.

²¹⁹ Ibid.

Ahora bien, ¿por qué la construcción objetivista del derecho es superior a la subjetivista para la cual cada orden estatal es soberano y el derecho internacional sólo vale en la medida en que es reconocido por ellos? Analicemos el escenario de los conflictos internacionales cuando un estado actúa en contra de los intereses de otro. En este caso el acto en cuestión constituye para el afectado un ilícito tipificado o bien por el orden internacional o por el propio derecho, pero en ambas perspectivas es un hecho jurídico que puede ameritar una sanción (embargo económico, ruptura de relaciones, la invasión del territorio, etcétera), y no un acto de fuerza que escape a la explicación científica. Recordemos que cuando la soberanía se atribuye a los órdenes estatales los demás estados quedan comprendidos como órdenes jurídicos subordinados a los cuales se les reconoce un determinado ámbito de validez temporal, espacial y material.

Sin embargo, cuando no se da tal reconocimiento el punto de vista subjetivista no puede dar cuenta del hecho de que los mismos actos que para el estado agresor están dotados de plena juridicidad, desde la perspectiva del estado agredido no son cognoscibles jurídicamente sino sólo de manera naturalista, es decir, en términos de hechos de poder. En cambio, desde el punto de vista del orden internacional cualquier acto tiene una interpretación jurídica. En este sentido puede argumentarse a favor de la doctrina de la supremacía metodológica del orden jurídico internacional sobre los órdenes estatales en virtud de su mayor alcance explicativo pero, de ninguna manera, por una supuesta superioridad de carácter ético. Además de que, como decía, ésta proporciona una explicación de la normatividad más unitaria que su contrincante subjetivista al requerir una sola fuente de la validez, una sola norma hipotética fundamental y no varias, es decir, una para cada orden particular.

4. Kelsen como neokantiano

Al inicio de este capítulo planteamos que uno de sus objetivos era defender la tesis de que Kelsen se mantuvo fiel al enfoque normativo en la explicación del derecho y que no hubo, como se suele sostener, una renuncia a las tesis metodológicas del neokantismo. Esta idea es compartida por Pascher quien afirma que Kelsen siempre sostuvo el postulado metódico de la “aceptación privativa del enfoque normativo” para la jurisprudencia dogmática²²⁰. Luis Legaz y

²²⁰ Pascher, “Hermann Cohens Einfluss,” 449. Dice Pascher literalmente: “An dem in den ‚Hauptproblemen‘ formulierten methodischen Postulat der „ausschliessliche[n] Akzeptierung des normativen Standpunktes“ (HP,39) hat Kelsen für die dogmatische Jurisprudenz zeit seines Lebens festgehalten”. Mi traducción de este pasaje es:

Lacambra señala que a pesar de que Kelsen se fue alejando progresivamente del ambiente intelectual dominante en su juventud que era neokantiano, el jurista de Viena no dejó del todo este punto de vista pues todo pensador está condicionado por las estructuras mentales adquiridas en sus primeros años de producción²²¹. Por su parte, Chiassoni rechaza los tres cambios que, según Paulson, caracterizaron el paso de Kelsen de su fase clásica a la escéptica y que fueron: el abandono de la idea de que las normas están sujetas a la lógica, la renuncia a la tesis según la cual la ciencia jurídica tiene una dimensión normativa y la defensa de una versión muy débil de la norma básica como ficción. En torno a estos tres supuestos cambios, el autor argumenta, por una parte, que aún en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, cuando el logicismo estaba en su máxima expresión, las normas jurídicas no estaban sujetas a la lógica. En segundo lugar, dice, no hay una renuncia a la dimensión normativa de la ciencia jurídica en tanto ésta trata con normas. Y si bien la jurisprudencia no las crea, sí las describe mediante proposiciones jurídicas. Finalmente, al contrario de Paulson quien opina que la norma fundamental en términos de ficción no puede fundamentar la normatividad, Chiassoni sostiene que dicha ficción debe concebirse a la manera de una hipótesis que hace epistémicamente posible la interpretación normativa del derecho²²², porque sin ella no sería posible explicar la obligatoriedad jurídica y nos quedaríamos solamente con un conjunto de mandatos y actos de obediencia y desobediencia. Estos ejemplos ilustran las diferencias que existen en torno al supuesto alejamiento de Kelsen de sus presupuestos neokantianos.

A fin de evaluar la medida en que Kelsen siguió siendo neokantiano después de su fase clásica, es necesario establecer con claridad en qué consistió esta influencia. De la exposición de los puntos de encuentro entre Cohen y Kelsen puede concluirse que la impronta de la escuela de Marburgo está, sobre todo, en el método y no tanto en los resultados de su aplicación al fenómeno jurídico. Esta tesis se basa en dos hechos: primero, en que ambos autores sostuvieron que para ser congruente con la *Transzendentalphilosophie* kantiana, el método debía aplicarse al *factum* de la ciencia jurídica a fin de deducir las categorías que hacen posible el conocimiento

“Kelsen mantuvo durante toda su vida el postulado metódico para la jurisprudencia dogmática de la “aceptación privativa del enfoque normativo”, que formuló en los “*Hauptprobleme*”.

²²¹ Luis Legaz y Lacambra, “Kelsen hoy,” *Anuario de filosofía del derecho*, no. 16 (1971-1972): 84.

²²² Pierluigi Chiassoni, “Wiener Realism. The Pure Theory of Law as a Realistic Jurisprudence” (conferencia, Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra, septiembre, 2010).

jurídico y su objeto de estudio²²³. Veíamos que el método en Kelsen conduce hasta la norma hipotética fundamental y, en Cohen, hasta la hipótesis como origen lógico. Por otra parte, la afirmación de que ambos autores difirieron parcialmente en los resultados de la aplicación del método trascendental a la ciencia jurídica tiene como fundamento las distintas posturas que cada uno adoptó frente a la teoría del derecho natural, pues mientras Kelsen fue un fiero opositor a ella Cohen abrazó varias tesis iusnaturalistas, apartándose así de la pureza metódica exigida por la filosofía crítica kantiana²²⁴.

Ahora bien, si el influjo del neokantismo de Marburgo en la doctrina kelseniana se centra en los fundamentos epistemológicos o lógico-metodológicos, habría que encontrar evidencias de que Kelsen siguió manteniendo este punto de vista posteriormente a la llamada época clásica. En este sentido, por ejemplo, el hecho de que Kelsen haya sido fiel en todo momento a la tesis de la identificación del derecho y el Estado, la cual tiene su fundamento en el principio metodológico neokantiano de que la dirección del conocimiento determina su objeto de estudio, es prueba de que Kelsen compartió hasta el final los supuestos lógico-metodológicos de la escuela de Marburgo.

En el siguiente capítulo retomaré ciertos temas tratados someramente aquí: la tesis de que la ciencia jurídica crea su objeto de conocimiento, la función que en este proceso tiene la norma hipotética fundamental y la supuesta tensión en la doctrina kelseniana entre los ingredientes neokantianos y positivistas. Cabe señalar que si estos elementos resultaran no ser excluyentes ello podría ser una razón adicional para sostener que la influencia neokantiana en la teoría pura fue permanente. Asimismo, plantearé una salida a la antinomia que parece presentársele a Kelsen al momento de querer situar su teoría a manera de una alternativa intermedia entre el positivismo basado en hechos y el derecho natural, lo que me llevará a formular la pregunta de si la categoría de imputación es la única vía para una teoría normativa del derecho que evite la identificación del mundo jurídico con la esfera del poder, consecuencia con la que al parecer tiene que lidiar todo empirismo. Por lo pronto terminemos aquí el análisis de los elementos neokantianos en Kelsen.

²²³ En este punto coincide Pascher quien además señala que la ciencia jurídica en tiempos de Kelsen no era un sistema de juicios sino un conglomerado de doctrinas del más distinto sino, por lo que éste aspiraba a elevarla al rango de ciencia verdadera. Pascher, "Hermann Cohens Einfluss," 452-55. Esta perspectiva es compartida también por Hammer. Hammer, "A Neo-kantian Theory of Legal Knowledge," 181.

²²⁴ Esta idea es compartida por Geert Edel. Edel, "The Hypothesis," 199.

Capítulo III

La teoría kelseniana de la normatividad

Presentación

El normativismo kelseniano y la doctrina de la norma básica provocaron en su época reacciones muy críticas que, la mayoría de las veces, surgieron de una incompreensión del espíritu que las anima. Aun así, su influencia teórica ha sido tan profunda que hoy en día siguen siendo blanco de análisis y reformulaciones. Las críticas han provenido de diversos flancos: sea el de la tradición del derecho natural o el de la jurisprudencia realista, por sólo mencionar dos. Pero lo que resulta todavía más relevante que los mismos ataques son los señalamientos de que en el pensamiento kelseniano hay una dificultad desastrosa para su congruencia y pureza. La idea es que Kelsen se habría visto gradualmente preso, a pesar suyo, de las tendencias irreconciliables que caracterizaron sus fases neokantiana y clásica²²⁵. Este especie de atrapamiento entre fuerzas con direcciones opuestas habría generado, en el seno de su doctrina, una serie de dilemas y callejones sin salida que lo llevaron a renunciar, en las etapas posteriores de su desarrollo, a las tesis de inspiración neokantiana que marcaron sus obras tempranas y medias más importantes. Incluso se sostiene que tales tensiones provocaron que la doctrina kelseniana desembocara, al combinar la idea de que la ciencia del derecho describe hechos con la de que las normas jurídicas no están sujetas a las reglas de la lógica²²⁶, en una especie de realismo jurídico con elementos de irracionalismo. De aquí la importancia de dedicar este capítulo a las discusiones alrededor de estas dos tesis kelsenianas.

Buena parte de las críticas a Kelsen se dirigen a uno de los pilares de su doctrina: la separación entre el ser y el deber ser, pues si pudiera mostrarse que tal distinción es insostenible, su pretendida pureza se quedaría sin apoyo. La que llamaré la interpretación estándar de Kelsen, en la cual destaca la lectura de Stanley Paulson, sostiene que éste renunció a dicha separación, y con ello a los demás elementos neokantianos de su obra, dadas las dificultades insalvables a que conducía. Yo defenderé una interpretación alternativa en el sentido de que Kelsen mantuvo esta

²²⁵ Par^a la periodización de la obra de Kelsen ver capítulo 2.

²²⁶ Mario G. Losano, "La teoría pura del derecho. Del logicismo al irracionalismo," *Doxa*, no. 2 (1985). Eugenio Bulygin, "Kant y la filosofía del derecho contemporánea," *Archivos latinoamericanos de metodología y filosofía del derecho* 1, (1980): 371-82. Eugenio Bulygin, "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law," *Ratio Juris* 3, no. 1 (marzo 1990): 29-45.

distinción. Para ello reformularé algunos conceptos y tesis de la teoría pura, con lo cual se busca disolver los problemas señalados.

La norma básica es una de las piezas del esquema kelseniano que más atención ha recibido por parte de sus detractores. En la literatura al respecto hay intentos serios por descifrar su significado pero también descalificaciones superficiales. Desde mi perspectiva las razones esgrimidas en su contra tienen en común la falta de comprensión de su carácter trascendental. Conforme se vayan presentando estas críticas indicaré los malentendidos en que se fundan.

He dividido este capítulo en tres grandes apartados: en el primero retomo el tema de la herencia neokantiana de Kelsen para presentar, ahora ya de forma integral, el alegato de que éste, no obstante la evolución de su doctrina, siguió comulgando básicamente, aún después de su etapa trascendental, con los postulados generales del neokantismo de Marburgo. Dentro de las varias secciones que lo componen se da un peso importante a las críticas a la distinción entre el ser y el deber ser y se hace una reformulación del concepto de eficacia.

En el segundo apartado realizo una primera evaluación de la explicación kelseniana de la normatividad. Parte central de esta última es la doctrina de la norma básica, por lo que me detengo en el análisis de las críticas en su contra y adopto la reformulación que de ella hace el profesor Ulises Schmill. Asimismo respondo a la pregunta de si esta doctrina es, como Kelsen lo deseaba, el *Mittelweg* entre el positivismo reduccionista y el iusnaturalismo.

El tercer apartado está dedicado básicamente a revisar la interpretación que hace Joseph Raz de la doctrina kelseniana de la normatividad, por ser el paradigma de un error conceptual que suele cometerse con frecuencia al estudiar dicha teoría y que está detrás de no pocas críticas, el cual consiste en confundir la norma básica con un mandato moral.

Hay que decir, antes de empezar, que este capítulo retoma ideas expuestas en el segundo para desarrollarlas y extraer de ellas conclusiones que van preparando el terreno, junto con los nuevos temas que se tocan, para la evaluación integral de la exégesis de la normatividad de la teoría pura que haré en la capítulo final de esta tesis.

I. Kelsen y la creación epistemológica del derecho

Al término del capítulo segundo, a manera de síntesis de lo expuesto hasta ese momento sobre la relación de Kelsen con el movimiento neokantiano de Marburgo, se afirmaba que la tesis de

que el filósofo de Viena se mantuvo fiel al espíritu de esta corriente de pensamiento implicaba las siguientes tres ideas:

1. Kelsen no renunció, cuando transita de su etapa trascendental a su llamada fase clásica, al enfoque normativo en la explicación del derecho. Otro asunto es si también lo mantuvo en la última época de su obra. Aunque me parece que en la *Teoría general de las normas* aún sostiene la perspectiva normativista, no obstante los señalamientos de que más bien ahí adopta un punto de vista realista, un análisis de las tesis de ese texto, publicado póstumamente, va claramente más allá de los propósitos del presente trabajo.
2. La norma básica, a pesar de las distintas formulaciones que Kelsen le dio a lo largo de su vida, desempeñó en todo momento el papel de fundamento último del enfoque normativo.
3. Si es posible aportar razones a favor de (1) y (2), entonces se puede sostener que Kelsen no renunció al método neokantiano de la hipótesis, caracterizado por la tesis de que la dirección del conocimiento crea el objeto de conocimiento, pues este método, aplicado al estudio del derecho, se sustenta en la idea de que el normativismo es el enfoque correcto para la ciencia jurídica y en la doctrina de la norma básica²²⁷.

Antes de continuar, recordemos que las tesis implícitas en (1) y (2) son dos de los postulados más importantes de la filosofía trascendental neokantiana. En primer lugar la idea de que el derecho, en tanto fenómeno cultural, requiere ser elucidado mediante categorías normativas, no naturales, se sustenta en la distinción entre los principios explicativos a-priori de la realidad natural y del mundo social: la causalidad y la imputación, respectivamente. Por su parte, el postulado de que la fundamentación última de la normatividad jurídica sólo puede recaer en una norma básica que no es creada por la actividad de legisladores o jueces, o por la costumbre, sino que es el supuesto epistemológico del pensamiento jurídico, tiene sus raíces teóricas en el método de la hipótesis o del origen que desarrolló Hermann Cohen²²⁸.

²²⁷ Ulises Schmill ofrece una formulación muy clara de la semejanza entre los métodos kelseniano y kantiano. Dice el autor: “Hence, it is valid to say that the statement regarding the existence of a legal order is the product of a supposition of a normative model and of its projection onto the empirical material. This theoretical construction is very similar to that found in Kant’s *Critique of Pure Reason*: the categories or pure concepts of understanding provide the concept of an object in general, and its use is legitimate only if it is applied to sensory empirical material”. Ulises Schmill, “The Dynamic Order of Norms, Empowerment, and Related Concepts,” *Law and Philosophy* 19, no. 2 (marzo 2000): 293.

²²⁸ Véase el capítulo II.

1. El enfoque normativo en la explicación del derecho

Iniciemos el análisis de (1) con un recordatorio del dilema que, de acuerdo a Stanley Paulson, pone a Kelsen literalmente contra las cuerdas porque, como éste mismo lo reconoce, si la interpretación normativa es sólo una de las posibles lecturas que pueden ofrecerse del material empírico que se presenta a la consideración de la ciencia jurídica, entonces no se ha proporcionado un argumento trascendental a favor de la explicación normativa del derecho. El reto del escéptico que nos plantea la posibilidad de interpretar los mismos hechos que la teoría pura explica utilizando categorías a-priori, en términos de una sucesión de órdenes y actos de obediencia, limpia el camino, por ejemplo, tanto para una doctrina realista del derecho como para una explicación normativa distinta a la de Kelsen. Esta segunda opción abre la puerta a otras lecturas normativas del mismo material empírico con un aparato conceptual distinto al de la teoría pura. Pero además de admitir interpretaciones rivales de la validez jurídica, el planteamiento escéptico, en una de sus variantes, desvanece la distinción entre ésta y la fuerza de las órdenes provenientes de un asaltante, pues bajo una lectura naturalista, ambos casos pueden ser descritos como sucesiones de causas y efectos. Ante la insuficiencia del argumento trascendental para responder a la pregunta de por qué debemos adoptar la explicación normativa que Kelsen propone y no alguna otra interpretación parecida o una de corte naturalista, éste, concluye Paulson, es finalmente abandonado²²⁹.

Este autor reconoce que la antinomia que afecta la exégesis kelseniana de la normatividad surge de la tesis del abismo lógico entre el ser y el deber ser, porque tal separación cancela cualquier intento de incorporar a dicha explicación elementos provenientes del mundo natural. El callejón sin salida que así se forma sólo puede superarse restableciendo las relaciones “materiales” entre estos dos ámbitos. Como el mismo Kelsen reconoce, a la hora de definir el objeto de estudio de la ciencia del derecho debemos partir de este dualismo, pues de otra forma perdemos la distinción entre ciencias normativas y ciencias de la naturaleza. Sin embargo, para garantizar la existencia de este objeto se requiere presuponer un cierto grado de eficacia o coincidencia entre el contenido de las normas jurídicas y la conducta real de los hombres. Paulson sostiene que, con base en la noción de eficacia, Kelsen intentó superar el abismo entre el ser y el deber ser.

²²⁹ Véase el capítulo II.

Las consecuencias del dilema que enfrenta Kelsen fueron, de acuerdo con Paulson, de amplio espectro, pues lo llevaron a desechar las tesis más emblemáticas de su época clásica. Para empezar habría abandonado la distinción lógica entre los principios de causalidad y de imputación (*Sein* y *Sollen*), una de las tesis básicas que retoma del neokantismo, lo cual provocó otras dimisiones. Al ya no ser sostenible la idea de que el mundo de las normas está separado lógicamente de la esfera de la realidad natural, la tesis de que la norma básica es el fundamento de la normatividad del derecho (que es el alegato de (2)), es la siguiente pieza del rompecabezas en caer. Como se verá con precisión en el siguiente apartado, las razones que se han aducido para rechazar la doctrina de la norma básica son variadas, pero todas concluyen que esta teoría es un artilugio inútil para dar cuenta de la forma en que norma y realidad se interrelacionan para explicar la validez jurídica. Pero si ya no tenemos ni (1) ni (2), (3) se queda sin ningún apoyo doctrinal, porque es claro que la idea de que la ciencia del derecho crea su propio objeto de conocimiento sólo tiene sentido en el contexto de las otras dos tesis neokantianas. En suma, la creación epistemológica de las normas jurídicas se sostiene únicamente si asumimos las premisas de la filosofía trascendental, pero si admitimos la posibilidad de lecturas alternativas (como podría ser una concepción realista del derecho, una explicación normativista *á la Hart*, o una actitud política de corte anarquista hacia el derecho que sólo vea, ahí donde otros hablan de validez, meros hechos describibles en términos de mandatos, actos de voluntad y de obediencia, es decir, relaciones fácticas de poder), la tesis de la creación epistemológica se queda sin sustento.

1.1 Críticas a la distinción entre el ser y el deber ser

1.1.1 En la norma jurídica se unen ambos

Detengámonos un momento en las razones esgrimidas por Paulson para mantener que Kelsen abandonó la tesis del dualismo entre el *Sein* y el *Sollen* y sus principios explicativos: el de causalidad y el de imputación. En el capítulo anterior veíamos que, al abordar la relación entre Kelsen y la escuela neokantiana de Baden, Paulson afirmaba que éste y Rickert solucionan de forma parecida la antinomia que se genera a partir de la tesis del dualismo infranqueable entre el mundo de ser y el del deber ser. Para ambos los sentidos subjetivo y objetivo de los actos de voluntad, es decir, el significado de las proposiciones a través de las cuales estos actos se expresan y el carácter obligatorio que algunas de ellas poseen pueden coincidir, como en el caso

de las normas jurídicas, pero no es necesario que así sea²³⁰. Esta idea queda más clara si recordamos de nuevo el ejemplo, mencionado por Kelsen, del capitán Von Köpenick, quien pensaba (sentido subjetivo), que el sentido objetivo de su acción era la ejecución de una orden administrativa, cuando en realidad era un acto ilícito²³¹. En otros casos, como el de la orden del funcionario hacendario para que el contribuyente le entregue una cantidad de dinero, los sentidos subjetivo y objetivo coinciden pues el significado del mandato tiene validez jurídica, es decir, se trata de una norma obligatoria, lo que no sería así si la misma orden fuese emitida por un asaltante de caminos. Tendríamos entonces que cuando se da tal coincidencia el ser y el deber ser se conectan, porque el acto de voluntad, que es un fenómeno natural, expresa a la vez una norma jurídica. En el ejemplo del capitán Von Köpenick existe una divergencia entre una creencia (evento mental) de que una cierta acción es el cumplimiento de una disposición jurídica y la cualidad normativa de la conducta, que resulta ser un ilícito.

Pienso que Paulson se equivoca en la interpretación que hace de los casos en donde hay coincidencia entre los sentidos subjetivo y objetivo de los actos de voluntad. En primer lugar, como he venido sosteniendo, cuando Kelsen habla de estos actos, aún si él mismo no es lo suficientemente enfático para evitar malentendidos, no debemos perder de vista que, dado el punto de partida metodológico de la teoría pura, no se trata de eventos describibles en términos naturalistas (físicos o psicológicos). Al decir que una persona X emitió una orden no afirmamos que un evento neurológico o psicológico tuvo lugar en X, sino que expresamos el sentido subjetivo de un acto que involucra el uso de términos que ya son normativos, pues las nociones de “orden” y “obediencia” no existen en el mundo natural, sino que son parte de la esfera del deber ser. Por lo tanto, a pesar del propio Kelsen quien utiliza la idea de la coincidencia de sentidos, en estos casos estrictamente hablando no hay tal conexión entre el ser y el deber ser. Más bien parece que con esto se quiere subrayar que hay órdenes que son la expresión de normas y otras que no lo son. El problema es que el uso, por parte de Kelsen, de un lenguaje con rastros de psicologismo dificulta una comprensión clara de lo que quiso decir. La interpretación propuesta se apega mejor, que la de Paulson, al marco trascendental y neokantiano de la teoría pura y elimina la supuesta incongruencia que permea la doctrina kelseniana de la normatividad.

²³⁰ Véase el capítulo II.

²³¹ Véase el capítulo II.

Así, en sentido contrario a lo expresado por este autor, sostengo que Kelsen mantuvo en todo momento la separación lógica entre el principio de causalidad y el de imputación. Pero vayamos paso a paso y preguntémosnos por el significado de esta dicotomía. Decía en el primer capítulo que, de acuerdo al método trascendental neokantiano, dos objetos de conocimiento requieren de métodos de indagación diferenciados. A partir de la distinción entre ciencias naturales y ciencias culturales, que nos proporcionan dos interpretaciones diferentes de los mismos fenómenos, Kelsen mantiene que cada una de estas disciplinas tiene un método propio (causalidad e imputación). Es precisamente la confusión metodológica, el uso de herramientas conceptuales diseñadas para un cierto ámbito de estudio en un sector de la realidad que le es ajeno, lo que produce el sincretismo que había lastrado el desarrollo de la ciencia del derecho y del cual Kelsen se propone purificarla.

Ahora bien, ¿qué quiere decir que existe una separación lógica entre estos dos principios metodológicos? Kelsen afirma que se trata de dos categorías a-priori del pensamiento científico que permiten ordenar, reducir a un principio explicativo común, dos clases diferentes de materiales dados a la cognición. Para explicar el derecho debemos emplear categorías normativas, no de tipo naturalista y viceversa, el conocimiento de los fenómenos físicos debe fundarse en conceptos propios de las ciencias de la naturaleza y no recurrir a nociones normativas o teleológicas²³². En este sentido, por ejemplo, la idea de persona jurídica no refiere a una realidad psico-biológica, sino a un punto de imputación normativa. De la misma manera, cuando se afirma que un sujeto es libre no se describe un cierto estado de cosas o se hace referencia a una modalidad de la conciencia psicológica individual, sino que se quiere decir que a dicho sujeto se le puede atribuir responsabilidad por sus actos²³³. Por ello, no existen relaciones deductivas entre lo que acontece (realidad natural) y lo que debe suceder (ámbito de la normatividad). De que algo pase no se sigue que así deba ser, ni tampoco de que algo deba ser se desprende que efectivamente tenga lugar. Este principio caracterizó en todo momento a la doctrina kelseniana, a pesar de otros desarrollos y de cambios en enfoques y acentos.

²³² Lo que sí puede haber es una interpretación naturalista de los actos dados a la comprensión jurídica.

²³³ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México: Porrúa, 2002), 105-12.

1.1.1.1 Una reinterpretación de la noción de eficacia

¿Cómo hay que entender entonces la aseveración de Kelsen de que existe una relación material ineludible entre los sistemas del ser y del deber ser, de la realidad y del valor, los cuales en un comienzo se supusieron desconectados? Afirmar, como ya apuntaba, que existe una relación material necesaria entre la norma y la conducta real de los hombres significa que el contenido de la primera y los comportamientos humanos deben coincidir en alguna medida. Esto quiere decir que la eficacia de un orden jurídico es una condición de su validez. Esta aseveración, leída con frecuencia como una aceptación de que no es posible separar de manera absoluta ambos sistemas, de que el derecho no puede ser entendido exclusivamente mediante categorías jurídicas, con lo que el ideal de pureza de la ciencia jurídica se vendría abajo, debe interpretarse, siguiendo a Ulises Schmill, en el sentido de que el postulado de la eficacia, la tesis de que es necesario un cierto grado de concordancia entre las normas jurídicas y la conducta de los hombres, significa que la jurisprudencia, para poder describir un determinado derecho, requiere que ese orden exista pues de otro modo no habría descripción posible²³⁴.

Bajo esta lectura el postulado de la eficacia no introduce elementos ajenos, de corte naturalista, a la ciencia jurídica, sino que sólo asegura la existencia de su objeto de estudio, por lo que la pureza enarbolada por Kelsen estaría a salvo del sincretismo metodológico que tanto combatió. Es importante no perder de vista que el grado mínimo de concordancia, a que Kelsen se refiere, debe darse entre el orden jurídico en su conjunto y la conducta humana. No se trata de la efectividad de normas particulares, pues es perfectamente posible que una ley jamás fuese obedecida, pero ello no pondría en peligro la existencia misma del orden jurídico. Esto sólo sucedería si el sistema completo de normas no llegara nunca a regular la conducta de los sujetos a él o si, por algún motivo, dejara de hacerlo²³⁵. Pero si un mínimo de eficacia es condición de posibilidad del objeto de estudio de la ciencia jurídica, también lo es de ella misma, ya que sin derecho no habría jurisprudencia pues faltaría el *factum* cultural al que esta disciplina pudiera referirse, tal como lo exige el método trascendental.

²³⁴ Ulises Schmill, "The Grundnorm and the Conceptual Origin of the Normativity of Law" (conferencia, Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra, septiembre, 2010). Esta caracterización del concepto de eficacia, cuyos trazos generales aquí solo se apuntan, se desarrollará más adelante. El propio Kelsen, aunque no desarrolla la idea, llega a caracterizar la eficacia como un principio normativo. Hans Kelsen, "Why should the Law be Obeyed," en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays* (Los Angeles-Londres: University of California Press, 1971), 262-63.

²³⁵ Kelsen, *Teoría pura*, 219-25.

La afirmación de que si un orden jurídico no tuviera un mínimo de eficacia no podríamos decir que existe no implica que haya alguna conexión conceptual entre el derecho y la realidad natural. Ese sería el caso si, por ejemplo, las normas jurídicas se concibieran, a la manera del realismo, en forma de predicciones de la actuación de jueces y legisladores, lo que no sucede con Kelsen.

La idea de que es indispensable una cierta coincidencia entre normas y realidad tampoco se refiere al hecho innegable de que éstas son creadas y aplicadas por sujetos en quienes se dan procesos psicológicos que determinan en buena medida el tipo de normas que se crean o la manera particular en que se aplican. Estos procesos incorporan motivos y razones de la más diversa índole y parece claro que, si observamos la dinámica legislativa o adjudicativa real, podemos constatar su influencia en la generación y puesta en práctica del derecho. Así, dentro del llamado nuevo realismo jurídico norteamericano se han multiplicado, por ejemplo, los estudios sobre la forma en que la composición de los jurados, incluyendo variantes de género e ideología de los jueces, impacta en el tipo de decisiones que toman en temas como el aborto o la homosexualidad²³⁶. Kelsen mismo no tendría problemas en aceptar que la moral, la educación o la ideología política de jueces y legisladores ejercen una importante influencia sobre la forma en que aplican ciertas normas o sobre su posicionamiento frente a temas controvertidos.

Sin embargo, lo anterior no parece ser la tesis que Paulson tiene en mente al afirmar que Kelsen se vio orillado a renunciar al postulado de la separación entre el ser y el deber ser, dado que la constatación de estos hechos no afecta el dualismo, pues éste es una doctrina lógico-epistemológica y no una aseveración fáctica acerca de la forma en que la política y otros factores entran en las reflexiones que anteceden la actuación de los órganos estatales. Pero si lo que Paulson sostiene es que existen relaciones causales entre, digamos, las opiniones morales con respecto a la eutanasia de un legislador y la posición que éste adoptaría si se sometiera a votación una ley para autorizarla bajo ciertas condiciones, o entre las opiniones relativas al mismo tema de un juez y su probable interpretación de las circunstancias justificantes en un caso determinado, entonces no hay razón para que Kelsen hubiese rechazado la separación lógica y epistemológica entre la causalidad y la imputación, pues es claro que en estos ejemplos se trata de conexiones contingentes y causales, pero no conceptuales, que es lo que Kelsen niega.

²³⁶ Thomas J. Miles y Cass R. Sunstein, "The New Legal Realism," *The University of Chicago Law Review* 75, no. 2 (primavera 2008): 831-51.

1.1.2 Las normas positivas son un ser que aspira a un deber ser

Veamos ahora, a manera de ilustración, otras críticas a la tesis de la separación entre el ser y el deber ser que se han formulado desde perspectivas no kelsenianas y que tienen relación con las razones que suelen aducirse para explicar por qué Kelsen habría renunciado, en su etapa realista, a esta dicotomía. El lógico del derecho Georg Henrik Von Wright sostiene que el mundo del deber ser describe un orden ideal alternativo formado por contenidos normativos distintos a los existentes en la realidad. ¿Cuál sería entonces la función de las normas reales? Estas cumplen la tarea de alentar a las personas a concretar el contenido de las normas ideales. En un sentido importante se puede decir que su propósito es salvar el abismo entre el ser y el deber ser. Esta función, aclara Von Wright, no la hacen estableciendo una relación de implicación deductiva entre ambos mundos, porque sólo entre descripciones pueden darse relaciones lógicas, pero las normas son prescripciones²³⁷. En todo caso las leyes positivas son siempre intentos, aproximaciones graduales, de materializar ese contenido ideal. De manera muy rápida, se puede apuntar que Kelsen rechazaría esta explicación porque al sostenerse que el deber ser describe un orden ideal se violenta, incluso antes de intentar superarlo, el dualismo lógico entre los dos ámbitos. Ninguna norma es una descripción, pues sólo podemos describir estados de cosas. En cambio, las normas prescriben, es decir, imputan, facultan, delegan, etcétera, pero para ello no utilizan un lenguaje causal sino normativo. De paso vale la pena señalar que Alf Ross hace una consideración similar a la de Von Wright cuando dice que la ciencia jurídica, al afirmar que ciertas normas son derecho vigente, describe determinadas realidades sociales, “un cierto contenido de ideas normativas tal como son realmente experimentadas y realmente efectivas”. Si esto es cierto, entonces la distinción kelseniana entre *Seinswissenschaft* y *Sollenswissenschaft* desaparecería²³⁸, pero no parece haber buenas razones para que así sea en vista de lo argumentado hasta aquí y de lo que seguirá en el resto de este capítulo y en el siguiente.

1.1.3 La eficacia es condición de la validez jurídica

Por otra parte, Derick Beyleveld y Roger Brownsword señalan que para algunos autores existe una relación entre el deber de las normas jurídicas y el ser de la realidad física, en tanto

²³⁷ Georg Henrik Von Wright, “Is and Ought,” en *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, eds. Stanley Paulson y Bonnie Litschewski (Oxford: Clarendon Press, 1998), 375.

²³⁸ Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires: Eudeba, 2006), 33 nota 29.

que la ley positiva, para ser válida, tiene que ser creada a través de un acto que tiene lugar en el mundo del ser. Por ello, se afirma, la positividad y la eficacia del derecho, su creación y acatamiento, son condiciones de su validez²³⁹, pero ambas son, parece ser, nociones que hacen referencia a hechos reales. Esto significa que podemos predicar validez de un orden positivo que sea, por lo general efectivo, o de normas particulares efectivas que hayan sido creadas conforme a la constitución del sistema jurídico al que pertenecen. Esta tesis, llamada de la condicionalidad, implica que la norma hipotética fundamental no está diseñada para aplicarse a constituciones ideales imaginarias, sino sólo a órdenes positivos²⁴⁰.

En su artículo, a partir de la afirmación de que resulta dudoso que normas jamás obedecidas puedan ser consideradas válidas, Beyleveld y Brownsword presentan dos objeciones a esta idea de la condicionalidad. Así, mediante dos interrogantes se proponen poner al descubierto las dificultades de esta tesis. En primer término se preguntan por qué ha de ser relevante para la validez de una norma lo que la gente piensa sobre cuáles son las condiciones de dicha validez. Este es el caso de la eficacia, pues la opinión común es que de un orden jurídico que no es obedecido, ni en un mínimo grado, no puede decirse que sea válido. Más importante que la primera es la segunda pregunta, la cual expresa sucintamente la principal dificultad que hay para establecer la relación entre eficacia y validez: ¿cómo se pasa del hecho de que una norma es desobedecida a que no debe ser obedecida? Veamos brevemente la respuesta de los autores porque me servirá para insistir sobre los elementos neokantianos en la obra de Kelsen.

Beyleveld y Brownsword le adscriben a Kelsen, pese a la crítica que hay en los *Hauptprobleme* a la teoría del reconocimiento²⁴¹, una doctrina de este tipo porque admite que es necesario que algunos individuos consideren efectivas las normas de un sistema, es decir, emitan juicios sobre el cumplimiento generalizado de las leyes, para que pueda atribuírsele validez a cualquier orden jurídico. Pero entonces la idea de una norma objetiva es incoherente, pues ésta debe ser obedecida a pesar de que los sujetos al orden no estén dispuestos a hacerlo por

²³⁹ Deryck Beyleveld y Roger Brownsword, "Methodological Syncretism in Kelsen's Pure Theory of Law," en *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, eds. Stanley Paulson y Bonnie Litschewski (Oxford: Clarendon Press, 1998), 128.

²⁴⁰ *Ibid.*, 129. El objetivo de esta tesis es excluir la llamada invalidez positiva y el formalismo moral. Sin entrar en detalles, baste mencionar que la primera doctrina acepta la existencia de normas positivas inválidas, mientras que la segunda mantiene una noción de moralidad meramente formal, no substancial. Sobre la noción de moralidad formal regresaremos más adelante.

²⁴¹ Hans Kelsen, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)* (México: Porrúa, 1987).

considerarla, por ejemplo, injusta o que es letra muerta al ser generalmente desacatada²⁴². Si la idea de una norma objetiva no puede ser explicada por la teoría del reconocimiento, que establece una conexión entre la validez del derecho y el reconocimiento de este atributo por parte de los individuos a quienes se dirigen las leyes, ésta enfrenta serias dificultades ya que cualquier doctrina jurídica tiene que dar cuenta de la objetividad de las normas, el hecho de que su obligatoriedad no depende de la voluntad de los sujetos a ellas.

La lectura que estos comentaristas hacen de la tesis de la condicionalidad se basa en un malentendido que surge al no comprender que los elementos neokantianos del positivismo de Kelsen lo convierten en un anti-reductivista semántico. Si, de acuerdo con esta postura, el lenguaje normativo es irreducible al lenguaje naturalista, los requisitos para la validez de que nos habla la doctrina de la condicionalidad no deben interpretarse en términos empíricos. Dicho de otro modo, si la afirmación de que para poderle atribuir validez a un orden jurídico se requiere que éste sea efectivo se toma en el sentido de que esta adscripción depende de que haya actos psicológicos individuales de reconocimiento de tal efectividad describibles causalmente, entonces sí tendríamos una concepción meramente empiricista de la normatividad, pues una atribución de validez podría ser traducida mediante oraciones puramente fácticas (términos psicológicos incluidos).

Sin embargo, el problema de adscribirle a Kelsen una doctrina así es que se soslayan completamente los elementos neokantianos de su teoría; sobre todo, la idea de que la validez no es una noción fáctica sino un presupuesto epistemológico trascendental que hace posible concebir ciertos hechos como actos jurídicos productores de normas. Asimismo, como veíamos ya, la efectividad del derecho tampoco es un concepto empírico que, por ejemplo, obtengamos mediante la observación de la realidad, en donde hay individuos que expresan mandatos, otros que los obedecen y algunos más que los desacatan. Por el contrario, la posición que sostengo, a partir de las ideas expresadas por Ulises Schmill sobre el particular, es que la efectividad debe entenderse en términos de una categoría trascendental dado que posibilita la constitución del objeto de conocimiento de la jurisprudencia. Para que esta ciencia pueda describir un determinado derecho, se requiere dar por supuesta la existencia de ese orden ya que de otra manera no habría nada que describir. Y esto es precisamente lo que hace la noción de efectividad: presuponer la existencia del orden jurídico como objeto de estudio. De esta forma,

²⁴² Beyleveld y Brownsword, "Methodological Syncretism," 130-1.

me parece que la coincidencia (eficacia) entre el contenido de las normas y el comportamiento real de los hombres no es, en la teoría kelseniana, un hecho verificable por la observación, sino que debe entenderse a la manera de una categoría trascendental a-priori constitutiva del derecho.

Esta reinterpretación de la noción de eficacia no quiere decir que lo que suele llamarse el grado de cumplimiento de las normas por parte de los sujetos al orden no pueda ser empíricamente constatado, en el sentido de que requiere, por ejemplo, verificar la cantidad de delitos cometidos en un período de tiempo quizá comparándolo con lapsos anteriores, o el número de sentencias por robo en relación con las denuncias presentadas, sino que ello no es tarea propia de la ciencia jurídica y que, además, una tal verificación supone el empleo de categorías normativas, pues a fin de corroborar la coincidencia entre norma y realidad tenemos que usar nociones como las de ley, ilícito, sanción o sentencia. Si no poseyéramos ya, previo a la comprobación del grado de cumplimiento de un sistema de normas, una comprensión, aunque fuese intuitiva, de estos conceptos normativos, no sabríamos qué significa hablar de un orden jurídico efectivo, en este sentido empírico, pues éste es o bien un orden en donde no se tipifican con mucha frecuencia ilícitos o, cuando éstos se dan se produce por lo general una sanción.

Sostengo que es posible hacer una lectura de estos casos de acatamiento y ejecución de la ley que no se refiere a una supuesta relación entre una realidad describible causalmente y una norma. En el primer escenario lo que se afirma es que sólo unas pocas conductas humanas cumplen las condiciones establecidas en la noción de ilícito, por lo que decir que en una sociedad las conductas punibles son escasas no es una afirmación empírica sobre la existencia de un estado fáctico de cosas, sino en todo caso se trata de la aseveración normativa de que sólo unos cuantos actos humanos caen en la categoría de robo, fraude, malversación de fondos, uso indebido de la autoridad, usurpación de funciones, cohecho, extorsión, etcétera. Por otra parte, decir que un cierto orden jurídico es efectivo porque los delitos son la mayoría de las veces sancionados, es afirmar que cuando el juez verifica la comisión de la conducta punible, éste emite una sentencia para que otro órgano estatal aplique una sanción. Pero esto no es corroborar una relación causal entre dos hechos del mundo físico, sino constatar la existencia de una determinada relación normativa entre un delito y una sanción. Si se tratara de una conexión causal entonces habría que buscar las razones de la actuación del juez, por ejemplo, en su sentido de la moral o su concepción de la justicia.

Con esto quiero enfatizar por qué la eficacia es una condición lógico-trascendental sin la cual no habría derecho, pues si éste no regulara efectivamente la conducta humana, es decir, si no existieran relaciones normativas entre los individuos no tendríamos órdenes jurídicos. Es justo porque podemos verificar que tales relaciones se dan que tiene sentido afirmar que existe un sistema de normas. Es importante subrayar que en el mundo jurídico siempre nos mantenemos en el ámbito de la normatividad, nunca en el de los hechos físicos, ya que incluso cuando constatamos la aplicación de penas no miramos, por decirlo, hechos desnudos. Así, el poner a un sentenciado en una celda o quitarle la vida mediante una inyección letal es un caso de encarcelamiento o de ejecución de una pena de muerte, y no un acto de privación ilegal de la libertad, una venganza o un ajuste de cuentas, sólo si se cumplen una serie de condiciones jurídico-normativas, como que existan las correspondientes sentencias emitidas por el órgano autorizado y que al reo se le encierre en uno de los penales del sistema carcelario, o que en la ejecución de las penas se cumpla con ciertos procedimientos y formalidades. De todo lo anterior se desprende la siguiente conclusión: si olvidamos o desdeñamos la orientación metodológica neokantiana que está claramente presente en la obra de Kelsen, corremos fácilmente el riesgo de tergiversar las afirmaciones de la teoría pura e interpretarlas equívocamente de manera psicologista o empiricista.

1.1.3.1 Eficacia y positividad

La idea de que la efectividad es un presupuesto necesario para la existencia del objeto de estudio de la ciencia jurídica es postulada, decía anteriormente, por Ulises Schmill. Aquí la empleo para rechazar la teoría del reconocimiento y para combatir la tesis de que si la efectividad es una condición necesaria de la validez entonces la distinción entre el ser y el deber ser desaparece. Además, dada la función epistemológica que de esta forma se le otorga a la noción de efectividad, me parece que es posible concebirla como una categoría trascendental a-priori neokantiana. Incluso, veíamos, si entendemos la eficacia en el sentido de acatamiento de las normas de un orden no se trata de una relación de poder entre un emisor y un receptor, sino del cumplimiento de la conexión de imputación entre el delito y la sanción, pues de otra forma no podríamos distinguir una relación de poder de una jurídica, un acto de obediencia de las órdenes de alguien basado en la fuerza disuasiva de la amenaza (descrito en términos causales), del seguimiento de una disposición normativa.

Ahora bien, el profesor Ulises Schmill me ha señalado que el propio Kelsen hubiera podido resolver las dificultades que para su teoría entrañaba la relación entre la eficacia y la validez del derecho si hubiese extraído todas las consecuencias de la identificación, que en un determinado momento hace, de la eficacia y la positivización o individualización del orden jurídico. En la *Teoría general del estado* señala que:

Si se considera el orden jurídico como un sistema de complejos normativos jerárquicamente superpuestos; por lo tanto, si la creación de cada norma es reconocida como un hecho determinado por la norma superior, de la cual es contenido, resulta que la positividad del derecho constituye, desde este punto de vista dinámico, una jerarquía de actos de individualización; la creación y la aplicación del Derecho son, pues, problemas jurídicos, y el orden jurídico es un sistema regulador de su propia creación y ejecución, una cadena de creaciones sucesivas. Por eso es rigurosamente exacto afirmar que un orden jurídico es positivo si se le individualiza, y en tanto se le individualiza (Verdross)²⁴³ (El énfasis es mío)

En este pasaje, dice el profesor Schmill, Kelsen llega a la conclusión de que la relación entre hecho y norma, es decir, entre los hechos de creación o de aplicación normativa y las normas que los regulan, es una relación jurídica mediante la cual el orden jurídico se individualiza o se hace positivo. En este sentido, el problema de la eficacia como condición de la validez del derecho no es otro que el de su positivización o individualización, pues sólo en la medida en que las normas de un orden jurídico se crean conforme a lo dispuesto en las disposiciones superiores que regulan este proceso, acto por el que dichas normas supraordenadas son aplicadas, es posible afirmar que tal orden existe. Por lo que la eficacia de un orden jurídico es igual a su positivización o individualización, ya que si sus normas no fueran por lo general eficaces, es decir, si no se individualizaran, quedándose por ejemplo sólo al nivel constitucional o de disposiciones generales, simplemente no podríamos decir que ese derecho existe y que regula la conducta de los hombres sujetos a él.

De esta manera, me indica el profesor Schmill, Kelsen habría resuelto las dificultades que para su doctrina representa la noción de eficacia, puesto que la relación de adecuación entre hechos y normas, que Kelsen admite debe darse en un cierto grado para que podamos decir que un orden jurídico es válido, no implica que para explicar el derecho es necesario recurrir en última instancia al mundo fáctico, porque los hechos de creación o aplicación normativa no son

²⁴³ Hans Kelsen, *Teoría general del estado* (México: Editora Nacional, 1965), 327.

eventos naturales pues éstos quedan definidos por una norma, constituyéndose así, como Kelsen mismo lo dice en el pasaje citado, en “problemas jurídicos”.

La anterior explicación encuadra muy bien con la idea que aquí he desarrollado de que el concepto de eficacia, en un orden dinámico, es una categoría lógico-trascendental del sistema kelseniano que tiene la función de presuponer o dar por supuesta, para la jurisprudencia, la existencia de su objeto de estudio, ya que sólo en la medida en que un orden jurídico es eficaz, es decir, se positiviza, podemos afirmar que existe, que regula la conducta de los hombres. Sin embargo, como el profesor Schmill me ha hecho notar, inmediatamente a continuación del pasaje citado Kelsen tropieza y vuelve a confundir los hechos constitutivos de la eficacia con eventos naturales.

Pero urge advertir que con esto no se suprime en modo alguno la referencia de la norma al hecho, del deber ser al ser, implicada en el concepto de positividad. Sería una ilusión creer que de ese modo la positividad dejaba de ser un problema immanente del sistema jurídico. Por el contrario, en cada grado del orden jurídico se replantea el problema de las relaciones entre el sistema del Derecho (como norma) y el sistema de la realidad (adecuada a la norma), como realidad de la naturaleza²⁴⁴

Como es claro por la última afirmación de esta cita, Kelsen plantea de nuevo el problema de las relaciones entre derecho y realidad en términos “naturalistas”, cayendo en el sincretismo metodológico que rechazaba, en lugar de extraer la conclusión lógica de identificar eficacia y positivización, a saber, que estas relaciones pueden explicarse dentro del marco lógico-trascendental de su teoría. Además, esta exégesis permite una lectura congruente de Kelsen, lo que no sucede con la interpretación “naturalista” de la noción de eficacia, por lo que me parece que es preferible en términos de la consistencia de su sistema²⁴⁵.

La anterior reinterpretación trascendental de la noción de efectividad puede generar inquietud debido a que con ella pareciera que la teoría pura se aísla del mundo real convirtiendo al derecho en un objeto ideal cuya existencia es presupuesta teóricamente, pero que precisamente por eso resulta una concepción contraintuitiva pues no da cuenta de la forma en que ordinariamente comprendemos al derecho como una entidad real. En este sentido podría preguntarse qué querría decir que los juristas describen el derecho existente cuando éste ha sido caracterizado como un

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ Es interesante señalar aquí que el profesor Schmill cuenta que el propio Kelsen le confesó que uno de los problemas que lo habían perseguido a lo largo de su producción teórica había sido el de la relación entre la eficacia y la validez del derecho.

objeto cuya existencia no se verifica sino que se presupone de inicio. La descripción de una entidad ideal sería un mero ejercicio intelectual pero no algo que sucede en la práctica jurídica. La respuesta a esta preocupación está en el concepto de positivización, pues éste subraya el hecho de que sólo un orden jurídico que se concretiza, es decir, cuyas normas son aplicadas, regula la conducta de los hombres sujetos a él. Y son precisamente estos órdenes positivos los que la ciencia del derecho describe y no entidades meramente teóricas o ideales. El que la jurisprudencia presuponga la existencia del derecho, es decir, su positividad, es lo que garantiza que el objeto de esta ciencia no es un orden estático a la manera del derecho natural, sino uno dinámico cuyas disposiciones se aplican y se crean con base en normas de competencia superiores. Son esas normas positivas las que la ciencia jurídica describe como válidas. En otras palabras, afirmar que el derecho es algo real equivale a decir que éste es un orden que se positiviza, que se crea y se aplica. Por ello es que la eficacia es una categoría trascendental, la presuposición de un orden coactivo y dinámico como objeto de estudio de la ciencia del derecho.

1.1.3.2 La relación entre eficacia y validez no es circular

Veamos ahora algunas explicaciones que se han hecho sobre la relación en Kelsen entre eficacia y validez. James W. Harris dice que la doctrina de la norma básica ha sido criticada por su circularidad, ya que lejos de resolver el problema de la normatividad da por sentado aquello que quiere probar. El asunto es que el derecho debe ser primero aplicado y obedecido para poder presuponer una norma fundamental, pero las disposiciones de dicho orden sólo pueden ser identificadas haciendo referencia a la norma básica. La respuesta de Kelsen, continúa Harris, es que la coerción organizada no requiere la presuposición de la *Grundnorm*, sino sólo que registremos los hechos mediante los cuales se emiten las normas, se les da cumplimiento y se penaliza su desobediencia. La presuposición de la norma básica se da entonces en el momento en que interpretamos jurídicamente tales hechos²⁴⁶.

Si bien estoy de acuerdo con esto último, la noción trascendental de eficacia que se ha expuesto permite atajar la acusación de circularidad desde antes por dos razones. En primer lugar, los hechos que, según Harris, se registran sin necesidad de presuponer la norma básica no son en realidad fenómenos físicos, sino hechos que podríamos llamar jurídicos porque en su formulación hacemos uso necesariamente de nociones como las de ley o sanción, lo que implica

246 James W. Harris, "Kelsen's Pallid Normativity," *Ratio Juris* 9, no. 1 (marzo 1996): 108.

la interpretación jurídica de ciertos actos que es posible sólo mediante la presuposición de tal norma. Recuérdese que la coacción organizada hace referencia a un orden jurídico en donde las sanciones son aplicadas por órganos especializados. Así, un fenómeno jurídico sería, trátase de la emisión de una norma o de su cumplimiento, un conjunto de actos descritos en términos normativos, que sólo bajo esa interpretación pueden satisfacer las condiciones establecidas en una determinada disposición legal para constituir, por ejemplo, la promulgación de una ley o su ejecución.

La segunda razón para rechazar la supuesta circularidad de la norma básica, quizás la más fundamental dada la tendencia a ver el papel atribuido por Kelsen a la eficacia como un argumento en contra de la distinción entre el ser y el deber ser, es que ésta no es un concepto empírico sino trascendental. En consecuencia, resulta inexacto afirmar que para presuponer la validez del derecho se requiere que primero se verifiquen ciertos acontecimientos pertenecientes al mundo real, los cuales paradójicamente sólo serían inteligibles bajo la suposición de la norma básica, lo que daría lugar a la circularidad. Por el contrario, tales hechos son los primeros actos de creación normativa, por lo que no se trata de hechos “brutos”, sino de actos descritos normativamente que sólo son posibles si de antemano asumimos las categorías jurídicas.

Tenemos entonces que Harris piensa erróneamente que la respuesta de Kelsen al señalamiento de que su teoría es circular consiste en afirmar que es posible registrar los primeros actos de coerción organizada, de emisión y sanción de normas, sin presuponer el fundamento de la normatividad, ya que Kelsen rechazaría esta opción, pues el registro de tales eventos, que son los primeros actos de creación normativa, requiere el supuesto de la norma básica, por lo que la exégesis kelseniana se mantiene en todo momento en el ámbito del deber ser. Bajo la formulación trascendental de la noción de eficacia, la llamada eficacia de los actos de coerción organizada no significa que haya mandatos y aplicación de sanciones sin necesidad de presuponer la norma básica, sino que un orden jurídico existe cuando sus normas son positivizadas o aplicadas. Es muy posible que las primeras manifestaciones de eficacia, en el sentido de acatamiento, de un orden normativo se den antes de su elucidación por la jurisprudencia, pero desde el punto de vista teórico las categorías que explican todo derecho son anteriores, ya que sin ellas no podríamos distinguir entre éste y los meros actos de poder, de sumisión, por ejemplo, al más fuerte. En suma, para concebir los actos de creación normativa necesitamos de las categorías jurídicas.

Sin embargo, en ocasiones con la acusación de circularidad se hace referencia al hecho de que la teoría kelseniana termina, al dar cuenta de la validez jurídica, remitiéndonos a sus propias premisas y no es capaz de aducir otro tipo de razones en su favor. Esto, podría pensarse, acarrea una petición de principio pues no habría razones extra-sistémicas para aseverar que una elucidación normativista del derecho es superior a una que recurriese a nociones naturalistas. Al final del día, se dice, la argumentación kelseniana se reduce a la afirmación de que la explicación del derecho de la teoría pura, dadas sus premisas (como la separación lógica entre el *Sein* y el *Sollen*), es la única posible. Y se agrega que ello parece más una petición de principio que un criterio objetivo para juzgar su idoneidad y unicidad. Sobre esta posible objeción regresaré en el siguiente capítulo.

Ahora bien, es indudable que históricamente sólo aquellos órdenes jurídicos con un cierto nivel general de eficacia (entendida como cumplimiento), han perdurado en el tiempo, por lo que puede ser tentador hablar aquí de un concepto sociológico o político de eficacia, dadas las repercusiones que en la estabilidad de los sistemas jurídicos tiene el que la conducta humana se apegue a las disposiciones normativas. Dentro del contexto de la doctrina kelseniana parece que no habría nada que se opusiera a una noción así, pero en todo caso ésta sería utilizada por la sociología del derecho o la ciencia política, pero no por la teoría pura²⁴⁷. Habría que agregar que este concepto presupondría ya la eficacia en un sentido trascendental, pues resulta claro que para hacer afirmaciones sobre las causas de la gobernabilidad o inestabilidad de un orden jurídico necesitamos dar por sentada su existencia como objeto de estudio de la ciencia del derecho. En otras palabras, son precisamente las nociones jurídicas de ley, sanción, cumplimiento, desacato, etcétera, las que permiten realizar juicios de este tipo sobre los regímenes políticos, por lo que, en un sentido kantiano, ellas son condiciones de posibilidad del discurso político o sociológico.

1.1.4 La positividad es condición de la validez jurídica

Analicemos la otra condición de la validez que, junto con la eficacia, establecía la tesis de la condicionalidad: la positividad. Vale la pena destacar de paso algunas distinciones relevantes para este tema que realiza Bert Van Roermund, las cuales tienen además un impacto sobre la tesis del dualismo epistemológico entre el ser y el deber ser. El autor sostiene que Kelsen quiso

²⁴⁷ Para la diferencia entre los objetos de estudio de la teoría pura del derecho y la sociología jurídica véase Kelsen, *Teoría pura*, 117-122.

evitar que la positividad fuese identificada con los actos y procesos fácticos que se dan cuando se establece, se crea o se valida una norma. El jurista de Viena habría distinguido entre estas dos expresiones: *gesetzt sein* y *gesetzt sein*. La primera significa “hacer que sea válida” (*made to be valid*), en tanto que la segunda puede traducirse por “reclamar que es válida” (*claimed to be valid*). Esta segunda expresión se refiere a la pretensión de obligatoriedad que tienen todas las directivas que establecen que algo debe hacerse; sin embargo, esta pretensión (*claim*) no tiene nada que ver con el procedimiento mediante el cual se valida una norma. La razón de esto es que las bases de tal pretensión son, generalmente, morales, políticas e incluso religiosas, pero se trata siempre de una fundamentación material que hace referencia al contenido de las normas. En cambio, la validación de una ley, a la que se refiere la primera expresión, es un proceso formal que consiste en el cumplimiento de las etapas que regulan la creación de normas. Van Roermund comenta que la validez es un asunto de adecuación (*fit*), ya que a fin de establecer, crear, promulgar o hacer válida una norma, se debe mostrar que es parte de un sistema normativo.

Tendríamos entonces, dice el autor, que contrariamente a lo que sostiene el positivismo jurídico tradicional acerca de que la validez de la norma jurídica consiste en que ésta es puesta como ley, o sea, promulgada por órganos competentes, en Kelsen la positividad de la norma quiere decir que ella queda validada cuando se determina que es parte de un sistema de normas²⁴⁸. Quien realiza esta validación es un agente u órgano dotado de autoridad, pero ello no significa, sin embargo, que cualquier cosa que el funcionario público afirme ser válida adquiere por ese sólo hecho tal calidad. Ello sería confundir las nociones de *Setzung* y *Satzung*, correspondientes a las dos expresiones arriba mencionadas, e implicaría borrar la distinción entre hecho y norma, entre poder y ley²⁴⁹. Por consiguiente, la noción kelseniana de positividad, lejos de ser empiricista es más bien de inspiración neokantiana, ya que se trata de un concepto formal referido al proceso por el cual una norma se valida, pues mostrar que ésta es parte de un sistema es, de acuerdo con Kelsen, rastrear su origen, a través de varios niveles, hasta la última norma de competencia de todo el sistema. Y esto significa rescatar el proceso, la cadena de leyes que autorizan y que son autorizadas (que a su vez se transforman en normas de competencia para la creación de disposiciones de nivel inferior), que desembocan en la norma específica que, de esta forma, queda validada. Por el contrario, la pretensión (*claim*) de que una ley es válida se refiere,

²⁴⁸ Bert Van Roermund, “Authority and Authorisation,” *Law and Philosophy* 19, no. 2 (marzo 2000): 207.

²⁴⁹ *Ibid.*, 208.

podríamos decir, a una cierta actitud por parte de los individuos que así lo sostienen, lo cual suele traducirse, entre otras cosas, en la aprobación moral de su contenido. Como vemos, en este caso estamos ante una justificación no formal sino material del derecho.

Por otra parte, el hecho de que Kelsen haya mantenido la distinción entre *Setzung* y *Satzung* hablaría a favor de la idea de que el dualismo entre el ser y el deber ser estuvo siempre presente en la teoría pura. Sin embargo, opuesto a lo afirmado por Van Roermund, el proceso de validación (*Setzung*) no forma parte del mundo natural sino del ámbito normativo. En cambio, la pretensión (*claim*) de que las normas formalmente válidas son moralmente correctas puede caracterizarse como un fenómeno psicológico real de asentimiento, mientras que Van Roermund sitúa el reclamo de validez normativa (moral) en el mundo del deber ser. En conclusión, al hablar de validez siempre estamos en la esfera de la normatividad, nunca en la de los hechos físicos.

2. El método neokantiano de la hipótesis

Pasemos ahora al análisis de (3), la tesis de que Kelsen abandonó el postulado neokantiano de la creación, por el método, del objeto de conocimiento, específicamente, la idea de que las normas jurídicas son creadas por la ciencia del derecho. El análisis de la norma básica (2) lo dejaremos para el siguiente apartado por estrategia expositiva, pues ahí revisaremos algunas de las críticas a la explicación kelseniana de la normatividad que tiene su fundamento precisamente en la doctrina de la *Grundnorm*. Recordemos que en el anterior capítulo hubo ya un primer acercamiento a esta tesis cuando me referí a lo expresado por Bulygin de que Kelsen le dio la espalda, después de su época trascendental, a la idea de la creación de las normas mediante las proposiciones elaboradas por la ciencia del derecho. De acuerdo con ella, dice Bulygin, el derecho no es el conjunto de normas emitidas por los órganos competentes, sino el universo de proposiciones construidas por la jurisprudencia. El giro habría consistido en que Kelsen se distanciara de esta concepción “dinámica” de la ciencia jurídica para sostener, en cambio, que tales proposiciones sólo describen las normas que han sido elaboradas previamente por la actividad de legisladores y jueces²⁵⁰.

Una de las razones aducidas por Bulygin para señalar que en la teoría pura hay un cambio de parecer en torno a la función de la proposición jurídica, es que el paralelismo trazado por Kelsen entre el caos de las percepciones sensibles, en el caso de nuestro conocimiento del mundo

²⁵⁰ Véase capítulo II.

natural, y el resultado de la legislación (acuerdos, dictámenes, enmiendas, derogaciones, etcétera), por lo que concierne a la cognición jurídica, es muy débil²⁵¹. En consecuencia lo mismo sucede, en el siguiente nivel superior, con la analogía entre las leyes naturales, producto de la observación y descripción de regularidades entre los fenómenos percibidos, y las normas creadas por actos humanos. Si el verdadero objeto de la ciencia del derecho son estas últimas, el equivalente de las leyes naturales no pueden ser las normas sino las proposiciones jurídicas²⁵². Dado que la comparación no se sostiene, Bulygin concluye que Kelsen desechó su concepción de que las normas son creadas por la ciencia que las estudia.

Desde mi perspectiva, como se verá sobre todo en el próximo capítulo cuando regrese sobre el tema del material “dado” a la cognición jurídica, la debilidad del paralelismo que apunta Bulygin se origina en un malentendido acerca de la relación entre la ciencia del derecho y su objeto de estudio. Decía anteriormente que los resultados de la legislación, a diferencia de lo que sucede con nuestras percepciones sensibles en el caso de las ciencias naturales, no pueden ser “lo dado” a la conciencia jurídica, porque éstos son el producto de una actividad que entraña ya el uso de nociones que, en virtud del fundamental papel que desempeñan en la concepción de todo orden jurídico, les podemos dar el calificativo de epistemológicas o el estatus de categorías trascendentales a-priori. Dicho de otro modo, hablar de acuerdos, dictámenes, enmiendas, derogaciones, etcétera, presupone un lenguaje normativo previo, pues éstos no pueden ser descritos en términos naturalistas. Por ello se plantea que la ciencia del derecho crea epistemológicamente su objeto de conocimiento desde el momento en que suministra los conceptos que hacen posible dicho lenguaje. De esta manera, el énfasis de Kelsen en la función descriptiva de la jurisprudencia no significa el rechazo de la tesis de que las normas, en tanto objetos de conocimiento, son creadas mediante categorías epistemológicas sino que es perfectamente compatible con ella, en virtud de que esa misma descripción supone la función creativa de la ciencia del derecho.

Así, cuando el jurista afirma que en el derecho mexicano la norma X que autoriza/obliga al órgano competente T a aplicar una sanción f a quien cometa el acto ilícito M es derecho válido, lo que hace es una descripción mediante el empleo de conceptos como los de autorizar, obligar, validez, sanción, acto ilícito, entre otros, los cuales no pueden ser descritos en un lenguaje

²⁵¹ Véase capítulo II.

²⁵² Véase Eugenio Bulygin, “Kelsen on Completeness and Consistency of Law” (conferencia, Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra, septiembre, 2010).

fáctico o naturalista, porque son nociones elaboradas por la ciencia del derecho. Estas consideraciones apuntan a que Kelsen no abandonó la tesis de la función creadora de esta ciencia aun cuando enfatiza la tarea descriptiva de las proposiciones jurídicas. Más adelante revisaré la controversia acerca de su estatus y algunas críticas a la concepción que Kelsen tenía de ellas.

La otra razón esgrimida por Bulygin para explicar por qué Kelsen habría abandonado la tesis que estamos analizando nace de un olvido del espíritu neokantiano que inspira la teoría pura. Me refiero a la idea de que, en su fase realista²⁵³, Kelsen pasó de concebir que la ciencia del derecho crea las normas jurídicas y que, por lo tanto, el derecho es el conjunto de proposiciones elaborado por ella, a sostener que aquéllas son creadas por la actividad de legisladores y jueces. Así, afirma el autor, la distinción entre leyes y proposiciones jurídicas implica un rechazo tácito a la idea de la creación epistemológica de las normas, por lo que las segundas asumen un papel más modesto al ser concebidas como descripciones de las directivas emitidas por las autoridades²⁵⁴.

La interpretación de que Kelsen rechazó esta tesis de clara inspiración neokantiana tiene su origen en la confusión de lo que me parece son dos usos distintos de la noción de creación. Cuando se dice que la ciencia crea su objeto de conocimiento se hace una aseveración epistemológica en el sentido de que esta misma disciplina proporciona las categorías trascendentales a-priori que permiten concebir su objeto de estudio; en cambio, al afirmarse que las normas son creadas por la actividad de legisladores y jueces, el término creación tiene un significado, pongámoslo así, práctico, porque ello equivale a señalar que hay hechos, por ejemplo, el levantar la mano o redactar un texto bajo ciertas condiciones, como que se haga en una sesión de parlamento o ante testigos, que son actos de creación normativa. Pero es claro que ambos usos no se contraponen y que pueden coexistir, porque el primero se sitúa en el plano normativo y el segundo en el de los hechos del mundo. Aunque por supuesto habría que agregar que si bien es posible proporcionar una descripción física de estos hechos, lo relevante para la explicación de la emisión de normas es su significado normativo, es decir, el que el levantar la mano se interprete como un voto a favor de una iniciativa o que el firmar un documento sea la suscripción de un contrato. En estos casos, la descripción de tales eventos en términos de los

253 Para las periodizaciones de la obra de Kelsen véase el capítulo II.

254 Bulygin, "Kelsen on Completeness,".

sucesos neuronales que causaron el movimiento del brazo o de la mano no tiene ninguna relevancia.

De este modo puede afirmarse que la jurisprudencia sí crea epistemológicamente las normas y, por ello, que el derecho es cognoscitivamente el conjunto de proposiciones jurídicas, pues ellas establecen las normas válidas de un determinado orden. Pero también es cierto, desde el punto de vista de los hechos del mundo, que las normas son producto de actos humanos específicos. No obstante, ambas aseveraciones no son contradictorias porque se sitúan en diferentes niveles al emplear dos conceptos distintos de creación: uno de tipo normativo y otro que podríamos denominar práctico, respectivamente. El uso en Kelsen de ambos sentidos no es ambiguo y se puede identificar fácilmente ya que, como decía, el primero se refiere al acto epistemológico de tipo neokantiano mediante el cual la ciencia jurídica crea su objeto de estudio, mientras que el segundo apunta a los resultados de la práctica legislativa y adjudicativa. Esto salvaría el señalamiento de Bulygin de que si las proposiciones jurídicas son descriptivas no pueden ser normativas y viceversa²⁵⁵, porque éstas no describen estados de cosas o eventos del mundo físico, sino que afirman que ciertas normas existen, es decir, que son válidas. Por esto, ya desde el prólogo a la segunda edición de los *Problemas capitales...*, Kelsen señala que la norma legal reconstruida (*Rechtssatz*) expresa la autonomía de las leyes, el nexo entre condición y sanción mediante la categoría de imputación (*Sollen, Ought*), que no tiene un carácter descriptivo sino constitutivo, porque sin ella no podríamos hablar de normas jurídicas²⁵⁶.

2.1 La crítica realista a la tesis de la creación epistemológica del derecho

La tesis de la creación epistemológica del derecho por la ciencia jurídica no ha sido muy popular entre la gran mayoría de los filósofos. Incluso aquellos autores que reconocen la influencia de Kelsen en sus elaboraciones conceptuales, se muestran dubitativos sobre la viabilidad de esta idea, sino es que de plano la rechazan como una extravagancia del idealismo neokantiano, del cual afortunadamente Kelsen se habría liberado. Ahora me ocuparé de algunas de estas críticas para señalar los malentendidos que han rodeado la interpretación de la tesis kelseniana, impidiendo así una mejor apreciación de sus implicaciones.

²⁵⁵ Bulygin, "Kelsen on Completeness,".

²⁵⁶ Hans Kelsen, "'Foreword' to Main Problems in the Theory of Public Law," en *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, eds. Stanley Paulson y Bonnie Litschewski (Oxford: Clarendon Press, 1998), 5.

Un análisis detenido de la función creativa del conocimiento jurídico es el que realiza Carsten Heidemann. La formulación que hace este autor de la tesis kelseniana es interesante porque introduce la noción de norma de competencia, la cual, según algunos autores, representa la concepción de las normas que Kelsen sostuvo hacia el final de su labor teórica²⁵⁷. De tal forma, se afirma, una directiva jurídica es un facultamiento o una delegación de atribuciones para aplicar, bajo ciertas condiciones, una sanción, por lo que sólo en un sentido secundario pueden estas disposiciones entenderse como mandatos dirigidos a los sujetos para que se comporten o se abstengan de actuar de determinada manera, lo cual también es sostenido por Kelsen²⁵⁸.

Afirma Heidemann que, de acuerdo a la concepción neokantiana, las normas de competencia son especies de “esquemas trascendentales” mediante los cuales la ciencia jurídica aplica la categoría de imputación o de deber (*Ought*)²⁵⁹. El elemento más importante de esta concepción es, continúa Heidemann, la tesis de que el derecho, como un sistema comprensivo de juicios normativos, es creado lógicamente por la cognición jurídica. En este proceso creativo la norma de competencia básica con su carácter hipotético, a partir de la cual se originan epistemológicamente todas las demás disposiciones del sistema, es un esquema para dotar de

²⁵⁷ Carsten Heidemann, “The Creation of Normative Facts,” *Law and Philosophy* 19, no. 2 (marzo 2000): 263-81.

²⁵⁸ Kelsen, *Teoría pura*, 129-33.

²⁵⁹ En el mismo texto referido, Heidemann cita el siguiente pasaje de Kelsen que no deja lugar a dudas de que éste pensaba que las normas jurídicas son constituidas por la cognición, en un sentido neokantiano, como juicios hipotéticos:

[L]egal science may 'create' its object- law as embodied by legal rules [Rechtssätze], by judgments - just as natural science may 'create' its object, the nature of natural science, nature as a system of synthetic judgments without in the least running any danger of becoming a 'source' of law.... Though 'created' by science itself, the synthetic judgments of natural science are determined by the material which they unify (therefore, they are judgments 'about' [über] nature) just as the synthetic judgments of legal science, the legal rules, in which the material given to legal science ... is formed, formed into legal rules in the same way as the perceptual material is formed in the synthetic judgments of natural science If we are inclined to qualify the acts which are the material of the legal rules as acts of will [Willensakte], then the legal rules as judgments 'about' them have to be expressed by an Ought. In cognition, i.e. in the judgments of legal science appearing as legal rules, the willing [Wollen] which is objectivated in the sphere of judgment expresses itself as an Ought. Only in this sphere can we talk of law as an object of legal science. As the object of legal science law is a system of judgments about law, just as nature as the object of natural science is a system of judgments about nature. Heidemann, “The Creation,” 265.

Sobre la concepción de las normas como esquemas de interpretación, Heidemann cita este otro pasaje muy ilustrativo de la primera edición de la teoría pura:

What makes such an event a legal (or an illegal) act is not its facticity, not its being natural, that is, governed by causal laws and included in the system of nature. Rather, what makes such an event a legal act is its meaning, the objective sense that attaches to the act. The specifically legal sense of the event in question, its own peculiarly legal meaning, comes by way of a norm whose content refers to the event and confers legal meaning on it; the act can be interpreted, then, according to this norm. The norm functions as a scheme of interpretation. Ibid., 267.

normatividad a un substrato no normativo (v.g. relaciones de poder), fenómeno que se repite en cada nivel del orden legal entre las demás normas de competencia y los actos que regulan. Dicho de otra manera, la norma de competencia establece las condiciones que deben ser satisfechas para crear una ley de nivel inferior. Si un acto A cumple con tales requisitos, aplicamos a su contenido la categoría de imputación, constituyéndose así un juicio normativo en el nivel inferior. Pero si el acto A puede ser cualquier conducta humana, no hay, en principio, conductas que no puedan ser sancionadas por un órgano competente, salvo que la misma disposición superior o ciertos principios determinen, en algún grado, el contenido de la norma creada. De tal forma, el substrato material del derecho, constituido por el universo de las conductas humanas, proporciona a la ciencia jurídica el contenido posible de las leyes. Por su parte, la norma de competencia básica que no es positivizada sino sólo presupuesta se aplica a dicho material, específicamente a los actos creadores originarios, dotándolos de validez. Como ya ha quedado asentado, el otro elemento importante en la concepción neokantiana es que las reglas jurídicas son “esquemas de interpretación” a través de los cuales dotamos a ciertos hechos naturales de un significado normativo que no tienen por sí mismos²⁶⁰.

La crítica de Heidemann a la anterior concepción de las reglas jurídicas es bastante curiosa. Afirmar que la labor de los juristas, al establecer la validez de las normas, consiste en aplicar un “esquema trascendental” al material de la legislación que no es todavía normativo es, según él, sorprendente. Una explicación de este tipo, dice, provocaría en los juristas extrañeza y desconcierto por ser contraintuitiva y totalmente ajena a la forma en que éstos mismos conciben su función. La tesis es curiosa porque confunde la descripción del contenido de los órdenes jurídicos particulares que realizan los juristas, a fin de establecer las normas válidas de tales sistemas, con las reflexiones propias de una teoría general del derecho para esclarecer lo que la ciencia jurídica hace. Ambas labores son tan diferentes que, dice Heidemann, los juristas quedarían boquiabiertos si se les dijese que ellos aplican esquemas trascendentales²⁶¹, pues es claro que no conciben así su trabajo. Me parece que aquí puede distinguirse entre lo que una

²⁶⁰ Heidemann, “The Creation,” 266, 267 y 269. Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires: Eudeba, 2006), 42. Para explicar la diferencia entre un “esquema de interpretación” y el material al que se aplica, Ross traza una analogía con las reglas y el fenómeno del ajedrez. Dice que estas normas y los actos que constituyen una partida de ajedrez no son realidades independientes, sino distintos aspectos de la misma cosa. Ninguna acción biológica-física es en sí misma una movida, sino que se convierte en tal al ser interpretada mediante las reglas del juego. De igual manera, ninguna directiva de conducta ideal posee *per se* el carácter de norma válida, sino sólo en la medida en que puede ser aplicada como esquema de interpretación de cierto tipo de fenómenos.

²⁶¹ Heidemann, “The Creation,” 278.

persona cree que está haciendo y la explicación de sus acciones. Para Kelsen la elucidación de las categorías que hacen posible concebir el mundo jurídico cae dentro de la teoría pura del derecho, mientras que la descripción de los órdenes normativos concretos corresponde a lo que él llama dogmática jurídica.

Con esta equívoca caracterización de la tesis de la creación epistemológica del derecho por parte de la ciencia, Heidemann se alinea con quienes sostienen que Kelsen renunció a ella para dar paso a una concepción realista de las normas. Por lo tanto, el conocimiento jurídico habría dejado de constituir sus objetos para hacer la función de reflejar (*to reflect*) o reproducir las normas, las que ahora se concebirían en forma de objetos o entidades (*Ought-entities*), que tendrían una existencia independiente de nuestro conocimiento al ser creación de las autoridades competentes. La tarea descriptiva de la ciencia del derecho iniciaría después, una vez que las leyes han sido elaboradas. En consecuencia, en la etapa realista del pensamiento kelseniano las normas ya no serían producto de nuestra función cognitiva, su proceso de creación ya no se explicaría más desde un punto de vista epistemológico, sino que se trataría de un proceso “práctico”, “realista” o “material”, que se asemejaría, dice Heidemann, al de la producción de una comida²⁶².

¿Qué es lo que habría motivado en Kelsen este cambio de concepción? ¿Por qué transitó de su original idealismo trascendental a una supuesta explicación realista? ¿Hay realmente elementos para hacer tal afirmación? Vayamos paso a paso. Heidemann señala que, en su fase neokantiana, las normas son para Kelsen juicios que establecen, mediante la categoría de deber o imputación, un cierto tipo de relación entre dos eventos que esquematiza con la fórmula: si A debe ser B. Se alega que el giro desde esta concepción hacia una de tipo realista se da en el momento en que esta noción “limitada” de norma se amplía para incluir las disposiciones que atribuyen competencias, que no aparecen todavía en la fase trascendental. En esta etapa se habla vagamente de normas que confieren validez, las cuales, veámos, pueden en todo caso ser comprendidas a la manera de “esquemas trascendentales”. La introducción, en la etapa realista, de funciones normativas específicas: ordenar, prohibir, permitir y facultar, que quedan englobadas bajo el término genérico de deber, hace de las normas de competencia entidades que cumplen la función de permitirle a un órgano la producción de otras disposiciones. De acuerdo con este proceso, la transmisión de la validez de una norma a otra de tipo inferior ya no se daría,

²⁶² Ibid., 272-73.

como sí ocurría en la fase neokantiana, de forma directa, sino a través de la intermediación de órganos productores de derecho²⁶³.

Al sostener que la categoría de imputación de los juicios normativos transitó de ser concebida de manera genérica a entenderse, en la etapa realista, como el término común para una serie de funciones normativas específicas, Heidemann dice que el propio Kelsen expresó esta diferencia mediante la distinción del deber autónomo (*selbständige Norm*), y el derivado (*unselbständige Norm*). El primero es el de “la norma jurídica general”, del cual se desprenden todas las demás atribuciones normativas²⁶⁴. Este sería una especie de “mandato impersonal”, mientras que la competencia o el poder de emitir directivas específicas vendría a ser una función derivada de aquél. Sin embargo, lo que Heidemann parece olvidar es que si bien el propio Kelsen formula la norma básica en términos de un mandato, también la describe como un facultamiento. Esta norma ordena que nos comportemos según lo prescriba el primer legislador y, al mismo tiempo, determina que la coacción se aplique según lo establezca la primera constitución histórica. De esta forma, la norma básica es, a la vez, una orden dirigida a ciertos sujetos y una norma de competencia que fija que, bajo determinadas circunstancias, un órgano debe aplicar una sanción conforme a los procedimientos contenidos en ella. Con respecto a esta doble caracterización de la norma básica volveré más adelante.

En apoyo de la interpretación de la norma básica en términos de delegación, y de su carácter nomodinámico, podemos traer a consideración un interesante artículo de Ulises Schmill titulado *The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts*, en donde se sostiene que el concepto de facultamiento ha sido entendido erróneamente utilizando nociones propias de la nomoestática: como las de permiso, prohibición y autorización, que entrañan implícitamente una obligación de conducirse de cierta forma dirigida a los sujetos al orden jurídico. En tanto que la función normativa de facultamiento es nomodinámica, pues tiene que ver con los procesos de creación del derecho, ninguna de las nociones mencionadas puede aplicársele ya que no designan actos normativos de creación y se refieren al contenido del ejercicio de los poderes conferidos por normas de competencia previas. Por ello se afirma que el contenido de la norma básica es

²⁶³ Ibid., 273.

²⁶⁴ Ibid., 274.

una delegación que otorga a la autoridad constituyente la facultad de emitir una constitución mediante un procedimiento dado²⁶⁵.

De lo anterior se deriva que el desarrollo que tuvo la categoría de imputación dentro de la teoría kelseniana, al pasar de ser un esquema de la estructura de la norma jurídica a pensarse como un término que refiere a distintas funciones normativas, refleja el cambio de énfasis de la misma doctrina, que transitó de una perspectiva estática a una dinámica en el estudio del derecho. Pero en todo caso esta evolución no parece servir de base a la afirmación de que Kelsen renunció a la concepción de la creación epistemológica de las normas. En sentido opuesto, se puede sostener que la imputación siguió jugando un papel central en la teoría pura a pesar de que Kelsen haya reconocido que aquéllas tienen una variedad de atribuciones. Es decir, el *Sollen* no se difumina en las nociones de facultamiento, permisión y prohibición, sino que, por el contrario, ellas encuentran su fundamento en la categoría de deber, sin la cual simplemente no se podría concebir la normatividad del derecho y, por lo tanto, distinguirlo del mundo de los fenómenos naturales.

Asimismo, la intervención en el proceso de transmisión de validez jurídica, de órganos autorizados por normas superiores para producir disposiciones de nivel inferior bajo determinadas circunstancias, no constituye una razón en contra de la tesis de la creación epistemológica del derecho, porque estos órganos no son realidades naturales cuyo accionar se explique causalmente, sino que, de acuerdo a la teoría pura, son conjuntos de normas, de deberes y obligaciones, encargados de establecer la existencia de ilícitos y la aplicación de sanciones. Ahora bien, si no son entidades naturales, sus acciones sólo pueden ser comprendidas normativamente y en este tipo de explicación la categoría de imputación tiene un papel central²⁶⁶. Tal parece entonces que la aparición, en la doctrina kelseniana, de la función de facultamiento no abre espacio para una supuesta teoría realista de las normas.

Por último, Heidemann afirma que en el contexto de la concepción de la norma básica como “mandato impersonal” o norma original de competencia, es incomprensible la insistencia en el dualismo entre el ser y el deber ser. Al respecto hay que reiterar que Kelsen expresa la norma básica de ambas formas: es mandato para comportarnos según lo establezca el primer legislador

²⁶⁵ Ulises Schmill, “The Dynamic Order of Norms,” 290.

²⁶⁶ Aquí me refiero al sentido de imputación periférica de que habla Kelsen. Para una clarificación y discusión de las dos nociones de imputación, central y periférica, que hay en la teoría pura, se puede consultar provechosamente Stanley Paulson, “Hans Kelsen’s Doctrine of Imputation,” *Ratio Juris* 14, no.1 (marzo 2001): 47-63.

y es también autorización para aplicar la coacción conforme éste lo determine. Las dos formulaciones tienen el mismo fundamento: la separación lógica entre el método de la imputación y el de la causalidad. Con el mandato impersonal se bloquea el regreso al infinito que supondría tener siempre detrás de toda norma un emisor, aún si éste se concibiese jurídicamente, pues si pensamos que en la base de toda norma debe haber otra que faculta a un cierto órgano para expedir la primera, no habría manera de alcanzar un punto final en la cadena de normas facultativas. Por ello, el mandato impersonal es una norma presupuesta cuya validez no emana de otra anterior a ella. De igual forma, con la norma original de competencia llega a su término la cadena de autorizaciones que caracterizan, según Kelsen, un orden jurídico. Al ser originaria, esta norma no requiere de un órgano que la haya emitido, pues se trata de un presupuesto epistemológico y no de una disposición positiva. En consecuencia, la aseveración de que en el contexto de la norma básica no se sostiene la distinción entre el ser y el deber ser es infundada, pues precisamente tanto la idea de un mandato impersonal como la de una norma de competencia originaria no son nociones que describan eventos naturales, sino que su tarea es hacer posible la interpretación normativa de ciertos hechos.

Contrariamente a su tesis, el mismo Heidemann admite que en la concepción neokantiana de las normas el *Ought* es una categoría de relación empleada en un juicio que sirve para establecer la autonomía de la esfera de la ley. Pero añade que una vez formulada esta autonomía no tendría sentido hablar de un deber y de un dualismo entre éste y el mundo natural. Una de las principales razones que puede llevarnos a pensar que es necesario deshacerse de la separación lógica entre las categorías del ser y del deber ser es la existencia de relaciones contingentes (*de facto*), entre hechos y normas. Pero la concepción epistemológica neokantiana de Kelsen no implica que no hay conexiones de esta clase. En sentido opuesto, la presencia de relaciones de hecho entre, por ejemplo, los deseos y las intenciones de los individuos (legisladores o jueces) y el contenido de las normas positivas, no significa que la distinción categorial entre los principios explicativos de la causalidad y de la imputación deba abandonarse.

Sin embargo, Heidemann critica en otro lugar la idea de que la categoría de deber es sólo un símbolo de la autonomía del derecho que no necesitamos a la hora de formular sus disposiciones. La concepción kelseniana del derecho como un sistema de normas de competencia que no tienen un carácter deóntico, dice, se origina en el intento de Kelsen de eliminar de este sistema los elementos morales. Pero, agrega, si tales disposiciones sirven para distinguir los actos válidos de

los inválidos, no se entiende de qué forma se puede hacer tal separación si prescindimos de las consecuencias normativas o deónticas de estos actos²⁶⁷. Es claro que aquí hay una interpretación moral de la validez sobre la que tendré ocasión de volver en el siguiente capítulo dentro del contexto de otras discusiones.

II. Evaluación de la exégesis kelseniana de la normatividad (primera aproximación)

1. Las explicaciones alternativas del material jurídico

En este apartado haré un primer acercamiento al tema de si la explicación kelseniana de la normatividad es, como Kelsen lo admite, sólo una alternativa entre varias posibilidades o si existe alguna forma de defender su unicidad frente a las opciones que se ofrecían en su época. Comencemos de nuevo con la famosa confesión kelseniana de que son factibles distintas interpretaciones del material que se ofrece a la cognición jurídica, pues servirá para aclarar dos actitudes que es posible asumir frente al derecho: la del sociólogo jurídico y la del anarquista.

En primer lugar, a decir de Kelsen, el sociólogo que se ocupa de estudiar el influjo del entorno social, económico y político en los procesos de creación y aplicación normativa utiliza nociones de la ciencia jurídica, por lo que su labor exegetica, que consiste en establecer relaciones causales entre eventos (por ejemplo, entre un alto grado de desigualdad económica, sumada a la presencia de una sociedad altamente politizada con un buen nivel de organización, y una tendencia a la aprobación de legislaciones laborales protectoras del empleo), presupone el punto de vista normativo. Por su parte, el anarquista que rechaza el orden existente adopta una actitud política que se traduce, digamos, en actos de desobediencia que pueden llegar incluso hasta el sabotaje y otras acciones violentas. En este último caso, en donde el orden jurídico no se ve como un sistema de normas válidas y obligatorias, sino, probablemente, en términos de la expresión de ciertos intereses de clase, el anarquista asume frente al derecho una posición ideológica basada en valores morales y políticos. Sin embargo, advierte Kelsen, si nuestro activista político fuese profesor de teoría del derecho enseñaría en sus clases que éste es un conjunto de normas válidas (quizá, agregamos nosotros, cuando están dotadas de cierto contenido), aún si él mismo rechazara, por inmorales, las leyes de su país²⁶⁸.

²⁶⁷ Carsten Heidemann, "Die reine Rechtslehre im Lichte des kritischen Rationalismus," *Ratio Juris* 18, no.1 (marzo 2005): 127.

²⁶⁸ Kelsen, *Teoría pura*, 117-22.

El ejemplo que anteriormente elegía para ejemplificar el presupuesto sólo posible y no necesario, de la norma fundante, es equívoco. El anarquista rechaza al derecho, como orden coactivo, emocionalmente, lo desprecia, aspira a una comunidad constituida sin un orden coactivo, una comunidad libre de coacción. El anarquismo es una actitud política, fundada en determinado deseo. La interpretación sociológica, que no presupone la norma fundante básica, es una actitud teórica. También un anarquista, como jurista, puede describir un derecho positivo como un sistema de normas válidas, sin aprobarlo. Algunos libros de texto en que se describe un sistema de normas constitutivo de obligaciones, facultamientos, derechos y competencias, fueron escritos por juristas que menospreciaban políticamente esos órdenes jurídicos²⁶⁹

La idea es entonces que la actitud política del anarquista no es una lectura del material jurídico alternativa a la de la teoría pura, porque no se trata de un punto de vista teórico distinto sino, por el contrario, de uno práctico²⁷⁰. Esto se vería claramente en el momento en que tuviera lugar un cambio social en el sentido que el anarquista lo desea, pues una vez que el nuevo orden aboliera, por ejemplo, la propiedad privada, es probable que él considerara sus disposiciones válidas y obligatorias por ser expresión de los intereses de la única clase que puede ser universal: el proletariado. De lo anterior, Kelsen concluye que quien se acerca al derecho con el propósito de conceptualizarlo, no de criticarlo o aprobarlo, tiene que presuponer la norma básica, pues de otro modo no puede dar cuenta de la normatividad o validez del derecho.

¿Qué quiere decir Kelsen al afirmar que la interpretación normativa de ciertos hechos no es necesaria? ¿Qué pasaría si nos abstuviéramos de ella? Citemos sus propias palabras:

Decir que la norma fundante de un orden jurídico positivo sólo puede ser presupuesta, pero no que tenga que ser presupuesta, significa que pueden interpretarse las relaciones que interesan entre los hombres, como obligaciones, facultamientos, derechos, competencias, etcétera, constituidos mediante normas jurídicas objetivamente válidas, pero que no es necesario interpretarlos así. Cabe interpretarlos incondicionalmente, es decir, sin presuponer la norma fundante básica, como relaciones de poder, como relaciones entre hombres que mandan, y hombres que obedecen o que no obedecen; es decir, cabe interpretarlas sociológicamente, no jurídicamente²⁷¹

Si bien Kelsen insiste en que la interpretación normativa de los actos humanos es solamente posible y no necesaria, pues en efecto los mismos hechos pueden ser explicados causal o

²⁶⁹ Ibid., 229 nota 133.

²⁷⁰ El mismo punto es comentado en Harris, "Kelsen's Pallid," 105-6, así como en Sylvie Delacroix, "Hart's and Kelsen's Concepts of Normativity," *Ratio Juris* 17, no. 4 (diciembre 2004): 515.

²⁷¹ Kelsen, *Teoría pura*, 229.

normativamente, también reconoce que la ciencia jurídica tiene que emplear dicha lectura si quiere comprender el derecho como un sistema de normas válidas. Sobre este punto Bruno Celano dice que a pesar de que Kelsen admite que la interpretación normativa no es necesaria, para él la cognición jurídica debe proporcionarnos una lectura normativa de los actos humanos. Esto es precisamente lo que se espera de ella, porque de otra forma se nos escaparía el sentido específico del derecho y no podríamos hablar propiamente de una investigación científica del fenómeno jurídico. Celano concluye que la teoría pura, que es doctrina del derecho positivo, representa el orden jurídico como un sistema de normas válidas y no como algo que puede ser concebido de esa manera²⁷². Si la interpretación normativa fuera opcional, lo que para algún teórico es un homicidio para otro quizá sólo constituiría una cadena de causas y efectos. La consecuencia sería que el carácter científico de la jurisprudencia se volvería subjetivo al depender del punto de vista teórico que se adoptara. La diferencia entre las dos clases de explicación de que venimos hablando está implícita en el siguiente pasaje donde Kelsen se ocupa de los dos aspectos que es posible distinguir en los hechos que son enlazados, en la proposición jurídica, por medio de la categoría de imputación:

Si se analiza, en efecto, uno cualquiera de los acontecimientos fácticos considerados jurídicos, o que se encuentran en alguna relación con el derecho – como pudiera ser una votación parlamentaria, un acto de la administración, la sentencia de un juez, un negocio jurídico, un delito -, cabe distinguir dos elementos: uno es un acto sensiblemente perceptible que de por sí acaece en el tiempo y en el espacio, o bien, una serie de semejantes actos: el externo acontecer de acciones humanas; el otro elemento está constituido por la significación jurídica, es decir: la significación que el acontecimiento adquiere por el lado del derecho. Se reúnen hombres en un recinto, pronuncian discursos, algunos levantan las manos, otros no: esto es lo que acontece externamente. Su significación: se ha resuelto dictar una ley, se ha producido derecho. [...] Otro ejemplo: un hombre, revestido con la toga, pronuncia desde un sitio elevado determinadas palabras a un hombre que se encuentra delante suyo. Jurídicamente este acontecimiento externo significa que se ha pronunciado una sentencia judicial. Un comerciante escribe a otro una carta de determinado contenido; el segundo le responde con otra carta. Ello significa: han cerrado, desde el punto de vista del derecho, un contrato. Alguien provoca, con cierta actividad, la muerte de otro. Jurídicamente ello significa un homicidio²⁷³

En suma, el punto que Kelsen enfatiza en estas líneas es que sin la significación jurídica de ciertos hechos que proporciona su interpretación normativa no tendríamos normas, sanciones,

²⁷² Bruno Celano, “Kelsen’s Concept of the Authority of Law,” *Law and Philosophy* 19, no. 2 (marzo 2000):184-5.

²⁷³ Kelsen, *Teoría pura*, 16.

delitos, contratos, sentencias, etcétera, sino meras sucesiones de acontecimientos enlazados causalmente. Sobre esto tendré la oportunidad de regresar cuando haga una evaluación integral, en el siguiente capítulo, de la estrategia kelseniana de construir un opción intermedia entre el naturalismo y la teoría del derecho natural.

2. La distinción entre norma y proposición jurídica

Regresemos al dualismo del ser y el deber ser, base de la explicación normativa del derecho, para decir que un importante número de las críticas a ésta y de las razones para sostener que Kelsen renunció a dicha dicotomía en su etapa realista, tiene que ver con la doctrina kelseniana de la proposición jurídica. Estas críticas subrayan que la ciencia del derecho, al describir las normas de un determinado sistema, utiliza proposiciones o juicios que describen lo que es derecho válido en un cierto orden, pero que en tal descripción desaparece el elemento prescriptivo de las normas, es decir, no se trata ya de la enunciación de deberes, obligaciones, facultades o permisiones, sino de la descripción de estados de cosas. En consecuencia, a diferencia de las normas, las proposiciones de la ciencia del derecho sí poseen valor de verdad, el cual se puede constatar mediante una verificación de los hechos relevantes.

Eugenio Bulygin, por ejemplo, al abordar la noción de validez señala que si por ella entendemos, siguiendo a Kelsen, obligatoriedad, entonces una norma válida es una prescripción de comportarse de cierta manera. Por lo tanto la ciencia jurídica no es una descripción no valorativa del derecho, sino una ideología política, o sea, una justificación del derecho existente. Cabe destacar que el mismo Bulygin reformula, a fin de evitar esta interpretación moral o política de la proposición jurídica, el concepto de validez en términos de aplicabilidad. Así, una norma es obligatoria cuando otra, situada en un nivel superior, establece que, bajo ciertas circunstancias, el juez debe aplicar la primera²⁷⁴. La obligatoriedad así enunciada ya no tendría un aspecto normativo y quedaría definida en términos de lo que establece una disposición superior, eliminándose de esta forma el carácter moral que Bulygin cree tiene el deber ser kelseniano.

Una concepción interesante de las proposiciones jurídicas es la de Svein Eng, quien sostiene que éstas poseen una modalidad fusionada (*fused modality*), ya que son tanto descriptivas como

²⁷⁴ Eugenio Bulygin, “El problema de la validez en Kelsen,” en *Filosofía jurídica. Ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, ed. Rodolfo Vázquez (México: Porrúa, 2005), 4 y16.

normativas. Este rasgo se expresa en la forma en que juristas, abogados, jueces, funcionarios públicos, en suma, todos aquellos que toman parte en la vida jurídica reaccionan cuando surgen discrepancias entre sus proposiciones acerca de lo que es ley y las sentencias, por ejemplo, de una corte. Ante una decisión judicial adversa, se afirma, en muy pocos casos los practicantes del derecho estarán dispuestos sin más a corregir sus opiniones, como si sus proposiciones sobre lo que es la ley fuesen meras descripciones que resultan falseadas por otras. Pero tampoco se da el escenario opuesto, es decir, que frente a una decisión que no se ajusta a sus propias convicciones simplemente digan que aquélla es incorrecta, la critiquen y reafirmen sus creencias. En otras palabras, en muy contadas ocasiones los practicantes del derecho tomarán sus proposiciones como descriptivas o normativas en un sentido puro. La actitud más común es que exista una disposición a reflexionar sobre lo que debe ajustarse, sean los juicios propios o las sentencias dotadas de autoridad, a revisar la solidez de los argumentos a favor de cada una de las proposiciones en pugna. Esta forma de proceder es la prueba de la modalidad fusionada de los juicios de la ciencia jurídica, los cuales oscilan constantemente entre el ámbito del ser y el del deber ser, compartiendo la mayoría de las veces un terreno intermedio²⁷⁵.

Entre las críticas clásicas a la distinción kelseniana de las normas jurídicas y las proposiciones de la ciencia del derecho se encuentra la de Alf Ross, quien sostiene que en ambos casos estamos ante juicios hipotéticos de la forma: si A debe ser B. La diferencia, según Kelsen, es que las primeras prescriben un cierto comportamiento y las segundas describen el derecho válido. Para Ross, la validez es una noción superflua porque no puede ser verificada o contrastada mediante hechos. Sólo la eficacia de las normas, entendida como su coincidencia con el comportamiento humano real, puede ser observada. Aquella categoría carece de significado lógico, ya que afirmar que una norma es válida equivale a decir que los individuos deben hacer lo que deben hacer. Si una norma es, como Ross lo admite, una directiva indirecta para la acción, agregar que es obligatoria simplemente reitera el deber que ya se encontraba en la norma. Simbólicamente esto se formaliza de la siguiente manera: 'Op'=Op. Dicho de otra forma, la proposición jurídica "p es válida" significa que p es obligatoria. En este sentido, la idea de que las proposiciones jurídicas son descriptivas no tiene sustento alguno, pues más bien se trataría de prescripciones de segundo orden. Si las normas son en sí mismas prescripciones para la acción que contienen un deber de

²⁷⁵ Svein Eng, "Fusion of Descriptive and Normative Propositions. The Concepts of 'Descriptive Propositions' and 'Normative Propositions' as Concepts of Degree," *Ratio Juris* 13, no. 3 (septiembre 2000).

actuar de determinada manera, la reiteración de esta obligatoriedad mediante la adscripción de validez, al no tener lugar en la ciencia jurídica, sólo puede denotar un intento de justificación moral del derecho, lo que entraña un absolutismo ético²⁷⁶. De hecho, para Ross las obligaciones legales contenidas en las leyes no son deberes meramente derivados de la amenaza de sanciones, sino deberes morales a priori que se desprenden de los principios de la ley natural, los cuales proporcionan a los sistemas de normas su fuerza vinculante. En suma, la obligación de obedecer el orden jurídico tiene un carácter moral, pues necesariamente se sigue de reglas ubicadas fuera de este orden²⁷⁷. Pero si eliminamos las descripciones de normas por superfluas o ideológicamente interesadas y sólo nos quedamos con las disposiciones del derecho, entonces ya no habría oposición entre el ser y el deber ser, pues la obligatoriedad de las normas jurídicas pertenece exclusivamente al segundo ámbito.

Con relación a la crítica de Ross diré brevemente que la estructura de las proposiciones jurídicas puede formularse de la siguiente manera: en el derecho x la norma “si a debe ser b” es válida, por lo que claramente se distingue de la forma si a debe ser b que poseen las normas. La validez no es una noción superflua porque sí es posible constatar, rastreando el proceso de su producción, si una disposición es válida dentro de un orden jurídico. En este caso lo que se verifica no es un hecho empírico sino uno normativo. Por lo tanto, las proposiciones jurídicas no son prescripciones morales de segundo orden que reiteran el deber de las normas y que tienen una función ideológica, sino que son descripciones del derecho válido. En consecuencia, ya que la distinción entre normas y proposiciones jurídicas es legítima, el dualismo entre el ser y el deber ser, contrario a lo que sostiene Ross, se mantiene.

3. La norma hipotética fundamental

3.1 Formulaciones

Iniciemos ahora el análisis de la doctrina de la norma básica, el cual reviste especial interés para esta investigación porque dicha teoría está en la base de la concepción kelseniana de la normatividad. Si bien no pretendo que este repaso sea exhaustivo, pues ello rebasaría por mucho los propósitos de este capítulo, me detendré especialmente en aquellas ideas que ponen en

²⁷⁶ Alf Ross, “Notas al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?,” en *El concepto de validez y otros ensayos*, eds. Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vázquez (México: Fontamara, 2001), 35-6.

²⁷⁷ Alf Ross, “Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law,” en *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, eds. Stanley Paulson y Bonnie Litschewski (Oxford: Clarendon Press, 1998), 153-4.

cuestión que la norma básica pueda jugar el papel que Kelsen le asignó en la teoría pura. Estos señalamientos servirán para evaluar, desde una óptica diferente, la distinción entre el método de la causalidad y el de la imputación. En el siguiente capítulo, cuando se evalúen integralmente los elementos trascendentales de la doctrina kelseniana, regresaré sobre algunas de las críticas a la norma básica que aquí se revisan.

La pregunta que da lugar a la tesis de la *Grundnorm* es la siguiente: ¿de qué manera es posible interpretar, sin recurrir a autoridades metajurídicas como Dios o la naturaleza, el significado subjetivo de ciertos hechos en la forma de un sistema de normas jurídicas objetivamente válidas que pueden ser descritas mediante reglas?²⁷⁸ Escuchemos la respuesta en palabras de Ulises Schmill:

En nuestros términos, se puede decir que los conceptos jurídicos existen sólo si el modelo conceptual del derecho, entendido como un orden de normas dinámico y coercitivo, se ha proyectado sobre el material empírico de una pluralidad de mandatos. La proyección de este modelo sobre los mandatos apoyados por amenazas es lo que Kelsen considera la presuposición trascendental de la norma básica²⁷⁹ (La traducción es mía)

Tenemos que dicho modelo teórico, al proyectarse sobre los mandatos apoyados en amenazas, hace posible su interpretación normativa y da lugar a todo nuestro sistema de conceptos jurídicos. Habría que añadir a esta explicación que el material empírico del derecho no sólo incluye mandatos, sino que también puede haber hechos naturales como sismos, sequías, epidemias o incendios, pues una norma que estableciera, por ejemplo, que en caso de un temblor se deben tomar una serie de medidas para ayudar a los afectados, tendría un desastre natural como condición para que los órganos del Estado actúen conforme a la disposición mencionada.

La hipótesis básica es el fundamento de todo orden jurídico porque es el presupuesto que permite dotar de significado normativo a un conjunto de hechos, o sea, hace posible ver en los actos del primer legislador disposiciones dotadas de validez que establecen el proceso para la creación de otras normas y determinan, hasta cierto punto, su contenido. Por ello, la norma básica es el facultamiento original que fija que la coacción ha de aplicarse conforme a las disposiciones de este legislador, a quien se faculta para dictar nuevas normas. Uta Bindreiter

²⁷⁸ William E. Conklin, "Hans Kelsen on Norm and Language," *Ratio Juris* 19, no. 1 (marzo 2006): 110.

²⁷⁹ Schmill, "The Dynamic Order of Norms," 293. El texto original en inglés dice: "In our terms, juridical concepts can be said to exist only if the conceptual model of law understood as a dynamic and coercive order of norms has been projected onto the empirical material of a plurality of mandates. The projection of this model onto the mandates supported by threats is what Kelsen considers the transcendental presupposition of the basic norm".

afirma que, desde la perspectiva de la dinámica del derecho, la norma básica es el primer facultamiento para la creación normativa y, al mismo tiempo, desde el punto de vista de la estática jurídica es el fundamento de la obligatoriedad o normatividad del derecho, constituyendo también la prescripción originaria que nos impone el deber de comportarnos de la manera en que lo determine el primer legislador²⁸⁰.

Antes de continuar quiero hacer un comentario sobre esta última formulación de la norma básica como mandato de obediencia al derecho retomando una idea del profesor Ulises Schmill, quien me ha señalado que la teoría pura sólo necesita la lectura dinámica de la norma básica para construir su explicación del derecho. A partir de la presuposición de una primera atribución de facultades es posible erigir el orden jurídico como una cadena de normas que facultan a otras para crear y aplicar sanciones. En esta construcción no se requiere la noción de un mandato original de obediencia pues éste parece llevar, al final del día, a una justificación material del derecho inconsistente con la doctrina kelseniana. En otras palabras, para Ulises Schmill la idea de obligatoriedad que se desprende de la tesis del primer mandato tiene una significación moral ajena al espíritu de la teoría pura, por lo que es posible afirmar que, en este punto, el mismo Kelsen fue incongruente con sus premisas metodológicas. La conclusión es que debemos prescindir de esta interpretación y quedarnos sólo con la formulación dinámica de la norma básica, con lo cual la teoría no pierde nada de su capacidad explicativa y, en cambio, se libra de un elemento extraño que no encaja en el resto del edificio conceptual.

Con respecto a las dos formulaciones de la norma básica, Stanley Paulson comenta que en esta doctrina confluyen dos impulsos centrales en Kelsen que reflejan una lectura débil y otra fuerte de la autoridad. La primera la entiende en términos de facultamiento, mientras que la segunda la concibe como el origen de la obligatoriedad, del derecho a imponer sanciones. Paulson piensa que esta doble formulación de la hipótesis fundamental mediante las nociones de autorización y obligatoriedad permite deshacernos del opaco concepto de deber que tiene implicaciones iusnaturalistas.

Ambas lecturas, dice, atraen a Kelsen, pues la primera es congruente con su formalismo ya que la autoridad se concibe como un conjunto de facultades para iniciar procesos de creación normativa. En dirección contraria, su insistente rechazo a las teorías positivistas del derecho de

²⁸⁰ Uta Bindreiter, *Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine* (The Hague: Kluwer Law International, 2002), 21-3 y 80.

corte reductivista lo inclina hacia la lectura fuerte de la autoridad, que tiene el atractivo de que entraña una formulación más robusta de la norma básica como fundamento de la obligatoriedad jurídica, la cual para muchos autores tiene un significado primordialmente moral. Paulson concluye que el alegato kelseniano de haber conseguido una vía explicativa intermedia entre el positivismo empiricista y el iusnaturalismo sólo tiene sentido si partimos de una lectura fuerte de la autoridad²⁸¹. Sobre la opinión de Paulson, Bindreiter señala que para éste la norma básica es el fundamento último del derecho en tres sentidos: dinámicamente, como origen de la competencia jurídica; estáticamente, a manera de principio de la validez legal y normativamente, en forma de fundamento de la obligación jurídica. La autora agrega que la aseveración de Kelsen de que la norma básica ordena observar la constitución es confusa, pues no distingue los distintos conjuntos de sujetos a los que ella se dirige: los órganos legislativos y los individuos (oficiales y otros), cuyas acciones se guían por las disposiciones constitucionales. Sólo en el caso de este último grupo, dice, tiene sentido la orden de observar la constitución²⁸². Como ya decía, coincidiendo en esto con Ulises Schmill, el sentido normativo de que habla Paulson da lugar a una lectura moral de la norma básica ajena al espíritu de la pureza metodológica de la teoría kelseniana. Por otra parte, el principio de validez legal que Paulson concibe en términos estáticos es realmente una noción nomodinámica ya que una norma es válida cuando se puede dar cuenta de la cadena de disposiciones que regularon su creación, es decir, cuando ésta ha sido creada o aplicada por un órgano competente. Ello significa poner en el punto central de la explicación de la norma básica el concepto de facultad, el cual es dinámico y no estático.

De la enunciación kelseniana del supuesto de la norma básica se desprende que su contenido es el mismo para todos los órdenes jurídicos particulares. Esta afirmación es contraria a lo sostenido por Guastini quien concluye que para Kelsen la norma básica es relativa y varía históricamente²⁸³. Joseph Raz hace una aseveración similar al derivar, del hecho de que cada orden jurídico tiene su propia norma básica, la conclusión de que éstas tienen un contenido diferente que depende de cada sistema jurídico, aunque todas realicen la misma función. Para apoyar esta idea, Raz dice que para Kelsen el contenido de una norma básica está determinado

²⁸¹ Stanley Paulson, "The Weak Reading of Authority in Han Kelsen's Pure Theory of Law," *Law and Philosophy* 19, no. 2 (marzo 2000): 171.

²⁸² Bindreiter, *Why Grundnorm?*, 75 nota 1.

²⁸³ Ricardo Guastini, "The Basic Norm Revisited" (conferencia, Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra, septiembre, 2010).

por los hechos mediante los cuales se crea y aplica un orden jurídico²⁸⁴. La distinción que Kelsen intenta hacer aquí es entre el supuesto de la norma fundamental de un orden legal democrático y uno de tipo autocrático. En el primer caso la norma diría algo así: “aplíquese la coacción como lo determine la asamblea constituyente”, mientras que en el segundo se enunciaría de la siguiente forma: “aplíquese la coacción como lo establezca el monarca”. Ahora bien, más allá de esta diferencia en las dos enunciaciones debida a las distintas formas de creación normativa, no encontraremos un contenido específico que sea distinto en cada norma básica, pues su formulación es necesariamente general porque se trata de una norma sólo presupuesta y no positivizada que en ambos casos realiza la función de facultar al primer legislador.

Uta Bindreiter comenta que Stanley Paulson agrupa las diez diferentes formulaciones de la norma básica que se pueden encontrar en la obra de Kelsen en cuatro grandes temas: la unidad del sistema legal, la validez del sistema, el facultamiento y lo que sería propiamente una definición de la norma básica²⁸⁵. Asimismo, como veíamos, afirma que para Paulson esta norma es el fundamento del derecho desde tres puntos de vista: en una perspectiva dinámica, la *Grundnorm* es el fundamento último de la competencia jurídica, en una de tipo estática dicha norma funge como sustrato de la validez y, normativamente, es la base de la obligación legal²⁸⁶. Por su parte, ella clasifica en tres las distintas funciones de la norma básica: epistémica, legitimizadora desde un punto de vista formal y unificadora²⁸⁷. En este contexto de análisis y clasificación de la hipótesis fundamental, me adhiero a la tesis de que su formulación en términos del primer facultamiento basta para dar cuenta de la validez jurídica, y de que su enunciación como mandato original es una infidelidad kelseniana al espíritu de su doctrina, por lo que podemos prescindir de ella.

3.2 ¿Qué significa que la norma básica es presupuesta?

Uta Bindreiter afirma que el verbo “presuponer” tiene dos sentidos. En uno significa asumir, para efectos de una explicación epistemológica, las condiciones de posibilidad de un determinado objeto de conocimiento. En el caso de la cognición jurídica quien realiza esta

²⁸⁴ Joseph Raz, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm,” en *The Authority of Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2009), 122, 123 y 127.

²⁸⁵ Esta diez formulaciones de la norma básica se pueden consultar en Stanley Paulson, “Beyond the Basic Norm,” en *Filosofía jurídica. Ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, ed. Rodolfo Vázquez (México: Porrúa-ITAM, 2005), 27-8.

²⁸⁶ Uta Bindreiter, “Presupposing the basic norm,” *Ratio Juris* 14, no. 2 (junio 2001): 144.

²⁸⁷ Bindreiter, *Why Grundnorm?*, 16.

asunción es el científico del derecho. Este acto es de naturaleza hipotética, pues se parte de la tesis de que nada está previamente dado al conocimiento y que, por lo tanto, cualquier asunción epistemológica que se requiera para dar cuenta de un cierto ámbito del conocimiento tiene el carácter de hipótesis. Si asumiéramos categóricamente una norma básica caeríamos, como el mismo Kelsen lo reconoce, en la doctrina del derecho natural²⁸⁸. El acto de presuponer hipotéticamente una norma de este tipo para explicar la cognición jurídica, dice Bindreiter, descarta que se le pueda atribuir cualquier significado normativo, es decir, que la norma consigne ciertas conductas específicas como debidas.

En el segundo sentido, presuponer quiere decir literalmente pre-positivizar. Quien hace este acto de pre-positivización de la norma básica ya no es el científico del derecho, sino los diferentes funcionarios estatales. En este contexto la hipótesis fundamental tiene básicamente una dimensión normativa²⁸⁹ que incluye la noción de obligatoriedad, es decir, la idea de que debemos obedecer lo que determina el primer legislador histórico. En suma, la diferencia entre el significado epistemológico y el normativo de la presuposición de la norma básica es, como lo expresa la autora, que los funcionarios que deciden acerca de la legalidad de un acto son quienes la presuponen normativamente, mientras que la ciencia jurídica describe este proceso y, para ello, tiene que asumir la norma básica epistemológicamente²⁹⁰. Así, se nos recuerda que, según Kelsen, la ciencia jurídica no presupone (pre-positiviza) la hipótesis fundamental en el sentido normativo, sino que afirma que una constitución puede concebirse como vinculante sólo si se presupone la norma básica. Bindreiter sostiene que, en su fase trascendental, Kelsen pensó que la ciencia jurídica hacía un uso exclusivamente epistemológico del término “presuponer” y emitía oraciones legales puramente descriptivas. Sin embargo, en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* de 1960, Kelsen cambia de opinión y reconoce que el científico del derecho puede también presuponer la norma básica normativamente, adjudicándole, tendría que agregarse, obligatoriedad a las disposiciones del orden legal²⁹¹. De igual forma, no habría impedimento para que los órganos estatales la pudieran presuponer epistemológicamente al plantearse, aunque esta situación no sea muy común, la pregunta sobre el fundamento de la validez de las normas que aplican.

²⁸⁸ Véase Hans Kelsen, “La idea del derecho natural,” en *La idea del derecho natural y otros ensayos* (México: Editora Nacional, 1974).

²⁸⁹ Bindreiter, “Presupposing,” 170.

²⁹⁰ Bindreiter, *Why Grundnorm?*, 83-4.

²⁹¹ Bindreiter, “Presupposing,” 151.

Si bien es cierto que el científico jurídico puede presuponer la norma básica normativamente²⁹², la autora sostiene que es imposible indicar situaciones en las que éste sintiese necesidad de hacerlo. En cambio, la hipótesis fundamental tiene que ser presupuesta normativa y descriptivamente²⁹³ a manera de punto de partida de la argumentación profesional jurídica, pues esta praxis entraña tanto un conocimiento del derecho como la noción de normatividad legal, cuya *conditio sine qua non* es dicha hipótesis. Esto queda claro si observamos la forma de actuar de los practicantes del derecho, quienes todo el tiempo emplean inconscientemente la norma básica en los dos sentidos indicados, pues ven en el derecho un orden válido y obligatorio; además, también consideran que los miembros de su audiencia (jueces, abogados, funcionarios públicos, etcétera), comparten esa doble visión. Bindreiter añade que en el primer caso la norma básica es asumida en un sentido no comprometedor, mientras que en el segundo es presupuesta genuinamente *qua* norma válida²⁹⁴.

La distinción entre los sentidos descriptivo y normativo del acto de presuposición de la norma básica parece tener el propósito de subrayar la diferencia entre la tarea epistemológica de los juristas, que consiste en la descripción del derecho válido, y la labor de los órganos estatales que deben aplicar las normas de un determinado orden jurídico, el cual se considera obligatorio. Otra forma de expresar lo anterior es afirmar que los juristas presuponen la norma básica en tanto que “hacen una asunción fundamental”, mientras que los jueces la presuponen ya que se conciben a sí mismos como obligados a ajustar su actuación a las normas del derecho. En el primer caso, se habla de que la norma fundamental es la “razón” de la validez (*Grund-Lage*) y, en el segundo, de que ésta es la “base” o el “fundamento” (*Grund*) de la validez²⁹⁵.

Una perspectiva similar a la anterior la expresa James W. Harris, para quien la posición de Kelsen parece ser que todo discurso, sin importar qué tan mundano sea, que emplea una terminología jurídica asume un punto de partida normativo porque dicho lenguaje se funda en el establecimiento de una primera constitución histórica que presupone una norma básica. El

²⁹² Bindreiter, *Why Grundnorm?*, 84.

²⁹³ Se habla aquí de presuposición descriptiva ya que ella hace posible la descripción científica (pura, independiente y objetiva) de un cierto objeto de estudio.

²⁹⁴ Bindreiter, “Presupposing,” 172. *Why Grundnorm?*, 126.

²⁹⁵ Bindreiter, *Why Grundnorm?*, 41-2. La autora señala que este carácter ambivalente del estatus de la norma básica se debe al empleo, por parte de Kelsen, de dos términos alemanes que resultan ambiguos en inglés: *begründen* y *voraussetzen*. *Ibid.*, 42-6; 81-4 y 125-6. El desarrollo de la teoría de la norma básica lo resume Bindreiter de la siguiente manera: “Initially (1960) presented as an entity the function of which was purely authorizing, the basic norm, in the course of a few years, emerged as a norm that had a legal – more precisely: internally legitimizing – function as well (1963/64), in order to appear, finally, as a double entity (1965): for Kelsen, the concept of the basic norm is necessarily an epistemological and a legal concept”. *Ibid.*, 43.

teórico que analiza este discurso no presupone él mismo tal norma, pero debe hacer uso de esta herramienta cognitiva a fin de explicar el elemento de validez en el discurso que observa. Dice Harris que a pesar de que Kelsen atribuye usualmente afirmaciones jurídicas a los abogados, cualquiera que comunique información sobre el derecho empleando terminología normativa, como abogados y hombres de la calle, está presuponiendo la norma básica en el primer sentido indicado²⁹⁶, dado que considera que el derecho al que se refiere es un orden normativo válido.

A toda esta idea de que el presuponer tiene, además del descriptivo, un sentido normativo, se puede responder que ésta descansa en la ya señalada confusión de que el *Sollen* kelseniano es un deber u obligatoriedad moral, por lo que en último término resulta incompatible con la tesis de la separación del derecho y la moral que hay en la teoría pura.

3.3 Críticas

3.3.1 Rechazo de su carácter trascendental

Veamos ahora algunos de los ataques enderezados contra esta doctrina y ciertas defensas, aunque mucho menor en número, que se han hecho de ella. Stefan Hammer, de cuyas ideas en torno a la relación de Kelsen con el neokantismo me ocupé en el capítulo anterior, sostiene que si no se puede mostrar que la categoría de deber es indispensable para la cognición legal, no hay forma entonces de establecer que la norma básica es una condición trascendental de la ciencia jurídica. En este caso, la hipótesis fundamental sería una simple asunción de quienes eligieran entender normativamente el derecho. Lo anterior significaría, dice Hammer, suponer que Kelsen está interesado simplemente en explorar las presuposiciones subyacentes al “hecho de la ciencia jurídica”, lo cual reduciría su teoría a “un mero análisis del método científico” e implicaría renunciar al propósito de establecer la validez científica del conocimiento del derecho. Es decir, si la interpretación normativista de un orden legal es sólo una de entre varias posibilidades, la teoría pura aclararía el proceder de esta metodología, pero tendría que renunciar a su pretendido carácter trascendental, a la aspiración de explicar las condiciones de posibilidad de la cognición jurídica, ya que la lectura normativa de los hechos que caen bajo el dominio de la jurisprudencia no es una interpretación necesaria. Este “mero análisis del método científico” se aplicaría, se dice, a todas las “ciencias normativas”.

²⁹⁶ Harris, “Kelsen’s Pallid,” 99.

De forma similar, Nigel Simmonds apoya la pretensión explicativa de la teoría pura en que aún los estudios empíricos del derecho y del Estado, al igual que los análisis del derecho comparado y de la sociología jurídica, asumen los conceptos normativos para identificar su objeto de investigación²⁹⁷. Esto, según Hammer, podría ser visto a la manera de “un argumento neokantiano erigido a partir de la existencia de las ciencias legales”, las cuales incluyen todos los estudios del derecho sin importar sus variaciones metodológicas. Pero ello, como el mismo autor lo reconoce, implica que la norma básica es más que una mera categoría trascendental de imputación y se convierte en una condición incondicionada de validez. Este supuesto no puede ser una condición así ya que su ámbito de aplicación se restringe a la teoría pura y nada tiene que ver con otras formas de concebir el derecho.

Sin embargo, dicen por su parte Beyleveld y Brownsword, la única vía para que la *Grundnorm* pueda ser algo más que una asunción arbitraria, una premisa opcional que asumen sólo quienes ven en la ciencia jurídica la descripción de sistemas de normas válidas, es dotándola de un carácter metafísico, lo que Kelsen admite cuando la compara con una ley natural²⁹⁸. El problema, concluye Hammer, es que la hipótesis fundamental no tiene ese rasgo, por lo que no puede ser la base de una explicación trascendental del derecho²⁹⁹. Desde mi punto de vista este corolario se origina en una comprensión deficiente de la tesis de la creación de las normas por la ciencia jurídica. A este problema regresaré en el siguiente capítulo ya que la revaloración de esta doctrina servirá para evaluar integralmente los elementos trascendentales de la teoría pura.

3.3.2 Un presupuesto trascendental no puede ser también una disposición positiva

En relación con las varias formulaciones que en dicha teoría se dan de la norma básica, Bert Van Roermund señala que ello no se debe a que Kelsen, con el paso del tiempo, haya cambiado su concepción, sino que en distintos momentos se interesó por diferentes aspectos de la norma básica, los cuales no pueden capturarse de forma unitaria. Aunque Van Roermund reconoce que a primera vista la doctrina de la *Grundnorm* genera la impresión de ser contradictoria, afirma que si queremos jugar el juego del conocimiento jurídico necesitamos presuponer su validez³⁰⁰; por

²⁹⁷ Nigel E. Simmonds, “Normativity and Norms,” *Ratio Juris* 13, no. 2 (junio 2000): 222.

²⁹⁸ Beyleveld y Brownsword, “Methodological Syncretism,” 123-25. Sobre este punto volveré posteriormente.

²⁹⁹ Stefan Hammer, “A Neo-kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen’s Pure Theory of Law,” en *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, eds. Stanley Paulson y Bonnie Litschewski (Oxford: Clarendon Press, 1998), 186-194.

³⁰⁰ Van Roermund, “Authority,” 211.

ello, la norma básica no es una entidad real que el pensamiento se represente, al contrario, es algo imaginado. Su carácter ficcional, advierte, no debemos entenderlo a la manera de un consejo para creer en cosas imposibles, sino como la expresión de una convicción de tipo wittgensteiniana de que nuestra forma de vida moldea la idea de necesidad que rodea a la norma básica, lo cual no implica que dicha forma de vida sea necesaria³⁰¹. Parafraseando al segundo Wittgenstein, el de las *Investigaciones Filosóficas*, podríamos decir que nuestra forma de vida determina lo que es necesario y, aunque es factible imaginar otras formas de vida, el que estemos de acuerdo en qué es necesario se muestra precisamente en nuestras prácticas sociales. Esta coincidencia es justo lo que nos permite jugar el juego del lenguaje del derecho. Así, la presuposición de la norma básica es una regla gramatical básica, en el sentido wittgensteiniano, sin la cual no podríamos hablar del derecho y de la ciencia que lo estudia.³⁰²

La doctrina de la norma básica, comenta Van Roermund, enfrenta una seria dificultad porque Kelsen la sitúa más allá de la primera constitución histórica del orden jurídico. El problema es que ninguna autoridad puede estar en un punto que preceda o trascienda al derecho y, al mismo tiempo, ubicarse dentro de éste. Para resolver este problema se dice que, en última instancia, la autoridad legal no requiere que supongamos un autor que dota al orden jurídico de obligatoriedad, con lo que tendríamos, a final de cuentas, un imperativo sin emperador. ¿Se niega con esto que la ley debe ser puesta mediante algún tipo de acción? Por supuesto que no. Lo que esto significa, según el autor, es que la autoridad, al igual que la belleza, está en los ojos del observador³⁰³. Esta es, esquemáticamente, la explicación de la norma básica como un *vanishing point* que Van Roermund elabora inspirado en la teoría pictórica de la perspectiva lineal. En apretada síntesis, el *vanishing point* en la pintura es un punto que no pertenece a ésta y se sitúa fuera de ella. Similarmente, la norma básica no es un elemento del orden jurídico, pues si lo fuera tendría que ser una norma positiva, en sentido contrario a la exigencia kelseniana de que es un presupuesto de la ciencia del derecho. Si el *vanishing point* en la teoría pictórica no forma parte de la pintura pero sí del *picturing*, lo que permite representar un objeto en ciertas dimensiones espaciales o cuasi-espaciales, la norma básica, por su lado, hace posible concebir las relaciones políticas como jurídicas³⁰⁴.

³⁰¹ Ibid., 209, 211, 221-22.

³⁰² Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations* (Oxford: Basil Blackwell, 1989).

³⁰³ Bert Van Roermund, "Instituting Authority. Some Kelsenian Notes," *Ratio Juris* 15, no. 2 (junio 2002): 213-15.

³⁰⁴ Ibid.

En virtud de que la perspectiva del *vanishing point* es una manera de mirar las relaciones políticas, tenemos que aceptar que el espectador podría haber adoptado un punto de vista diferente³⁰⁵. Esto equivale a la afirmación de que pudimos haber nacido en otra época en la cual, por ejemplo, dichas relaciones fueran explicadas como una sucesión de actos de mandato y obediencia. Sin negar la verdad de esta aseveración el autor enfatiza que dentro de nuestra forma de vida la perspectiva normativa, posible por la presuposición de la norma fundamental, es un supuesto necesario del pensamiento jurídico. Como ya se ha destacado con anterioridad, sobre todo en el primer capítulo, la noción neokantiana de hipótesis que Kelsen utiliza para caracterizar la norma fundamental le sirve para enfatizar la idea de que este supuesto es una categoría necesaria de la ciencia del derecho. Recordemos que la hipótesis originaria de que habla Hermann Cohen es un supuesto epistemológico del pensamiento científico, la condición de posibilidad del conocimiento de los objetos de las distintas ciencias particulares. Si no la presupusiéramos no podría haber cognición jurídica.

Sin embargo, nada impediría, por ejemplo, que diéramos por sentado, para caracterizar el derecho, un punto de vista religioso mediante la hipótesis de un ser inmaterial absolutamente bondadoso de quien emanan las normas válidas. Tendríamos así una explicación religiosa de los fenómenos de la autoridad, el deber, la obediencia, etcétera. Kelsen critica este tipo de exégesis, pero el hecho relevante aquí es que, con una hipótesis distinta a la de la ciencia jurídica, se obtiene una clase diferente de elucidación del mismo material empírico. La suposición de este ser absolutamente bueno adopta generalmente la forma de un imperativo categórico de donde deriva la validez de sus mandatos. Este tipo de explicaciones metafísicas asumen la corrección moral de ciertos contenidos, el de las leyes divinas, contrario a lo exigido por la pureza del método kelseniano, que sólo presupone la norma básica hipotéticamente.

La explicación de Van Roermund de la norma básica, además de ser ingeniosa, hace justicia a ciertos postulados de la teoría pura. Sin embargo, en ocasiones parece caer en una especie de psicologismo. Si bien se asevera que el *vanishing point* no depende de los puntos de vista particulares de los espectadores, en este caso de todos aquellos que de alguna manera se relacionan con el derecho, los cuales están siempre teñidos de arbitrariedad y subjetividad, y agrega que esta perspectiva la construyen los espectadores sin que se identifique con un punto de

³⁰⁵ Quizás sea posible establecer un paralelismo entre este “punto de vista diferente” y la noción wittgensteiniana de “ver cómo”. Véase Wittgenstein, *Philosophical*.

vista en específico, es difícil evitar, debido a la terminología utilizada, que este *vanishing point* termine asimilándose a la perspectiva psicológica de los participantes (*beholders*). Esta idea gana terreno si tenemos en cuenta que el autor afirma que una norma es válida no porque el Parlamento así lo dicte, sino en razón de que el participante asume que se debe hacer lo que dice dicho órgano. Contrariamente, la explicación neokantiana de la normatividad, mediante la noción de hipótesis trascendental, así como la norma básica que hace las veces de ésta en la teoría pura, implican un rechazo a este tipo de interpretaciones que tienden a psicologizar la elucidación del derecho.

3.3.3 Es una teoría realista de la normatividad

Una línea de crítica a la doctrina de la *Grundnorm* asegura que en ella, a pesar de Kelsen, hay elementos naturalistas, por lo que, en última instancia, es una teoría realista de la normatividad. Esta tesis, en la versión de Sylvie Delacroix, encuentra apoyo en un pasaje de la monografía *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*, que aparece en la versión inglesa de la *Teoría general del derecho y del estado*, en donde se afirma que: “La norma básica no es válida porque haya sido creada de una cierta forma, sino que se asume su validez en virtud de su contenido. Por lo tanto, ella es válida como una ley natural, aparte de su validez meramente hipotética”³⁰⁶ (La traducción es mía). La idea de que la validez de la norma fundamental deriva de su contenido, de ser cierta, echaría por tierra la pretendida pureza de la explicación kelseniana de los hechos iniciales creadores de derecho. Dado que el contenido de cada norma hipotética fundamental depende del sistema jurídico en cuestión, Delacroix vislumbra dos problemas para Kelsen. En primer lugar, la afirmación de que la validez de la norma básica está ligada a su contenido establece un paralelismo peligroso con las teorías del derecho natural. En segundo término, la tesis de que su contenido está determinado por los hechos de creación y aplicación de cada orden jurídico en particular, reintroduce en la teoría kelseniana una dimensión factual que contradice su ideal de pureza³⁰⁷.

La caracterización final de la norma básica en términos de una ficción testificaría dramáticamente, según la autora, que Kelsen tuvo conciencia de la imposibilidad de que ésta

³⁰⁶ El texto en inglés dice: “*The basic norm is not valid because it has been created in a certain way, but its validity is assumed by virtue of its content. It is valid, then, like a norm of natural law, apart from its merely hypothetical validity*”. Hans Kelsen, “Philosophical Foundations of Natural Law Theory and Legal Positivism,” en *General Theory of Law and State* (Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 1942), 401.

³⁰⁷ Delacroix, “Hart’s and Kelsen’s,” 508.

fuera una proposición trascendental libre de consideraciones ideológicas o fácticas y, al mismo tiempo, se refiriera intrínsecamente, por virtud de su contenido, a la esfera de los hechos. En suma, el adscribirle a la norma fundamental un carácter ficticio equivale a reconocer que no es posible concebir la específica legalidad del derecho, a fin de mantenerlo separado de la moral y del mundo de los hechos³⁰⁸, empleando sólo nociones jurídicas.

Quizás las dificultades que vislumbra Delacroix pueden difuminarse con una reinterpretación del citado pasaje. La primera afirmación parece no ofrecer mayor problema. Que la validez de la norma básica no deriva de que haya sido creada de cierta manera es claro si tenemos en cuenta que no es una disposición positiva, pues sólo ellas son creadas por el legislador o el juez de acuerdo a un procedimiento establecido en una ley superior.

Ahora bien, ¿qué significa asumir que su validez depende de su contenido? La hipótesis fundamental afirma que debemos obedecer al primer legislador y que la coacción debe aplicarse según lo determine la constitución histórica. Si no asumiéramos la validez del contenido de estas disposiciones no podríamos dar cuenta de los hechos creadores de derecho, es decir, adscribirles efectos jurídicos y, en consecuencia, se nos escaparía el carácter normativo del derecho. Pero hasta acá no hay nada que resulte incompatible con la teoría pura, ¿en qué sentido entonces se afirma que la norma básica es válida de la misma forma en que lo es una ley natural? Desde mi punto de vista, el paralelismo que aquí se traza no pone en peligro la pureza del método kelseniano ni lo acerca a una explicación de tipo realista. Al igual que la hipótesis fundamental, las leyes naturales son válidas materialmente, por su contenido. Sin embargo, parece ser que algo en el análisis de Delacroix no funciona. En el pasaje citado hay una expresión clave para sostener que Kelsen sí distinguió la validez de ambos tipos de normas, a pesar de que en los dos se trate de una validez material. Obsérvese en el texto el empleo de la preposición “como” (“like” en el original inglés). Con ello queda claro que la comparación entre la norma básica y las leyes naturales tiene sólo propósitos analógicos, pero que no fue pensada literalmente. Se trata de establecer un símil pero, de ninguna manera, una identidad. El paralelismo consiste en que en ambos casos la validez material es presupuesta.

Fijémonos ahora en la afirmación final de la cita, que curiosamente la autora pasa por alto, acerca de la validez exclusivamente hipotética de la norma fundamental. Que ésta sea una hipótesis significa que asumimos su contenido para hacer inteligible cualquier tipo de creación

³⁰⁸ Ibid., 509.

normativa, sea democrática o autocrática. Estamos ante una presuposición epistemológica diseñada para mostrar cómo es posible la cognición jurídica. En cambio, las llamadas leyes naturales tienen una validez categórica, no sujeta a condición alguna, porque ésta no depende de que nuestro propósito sea la explicación del conocimiento jurídico, sino que emana, por decirlo así, de su origen material: Dios o la naturaleza humana en las dos versiones clásicas del iusnaturalismo.

Por último, es importante subrayar que el contenido de la norma básica no varía en cada caso particular, si bien ésta puede delegar la legislación en una asamblea o en un monarca. Con estas dos variantes, la hipótesis fundamental da cuenta de cualquier acto de creación normativa sin importar el contenido de los órdenes jurídicos específicos. Mientras tanto, para la doctrina del derecho natural, una norma positiva es válida si concuerda con las leyes naturales, las cuales poseen una validez material pues se supone que reflejan la voluntad divina o la naturaleza humana.

4. ¿Es la doctrina de la norma básica el *Mittelweg* entre el positivismo reduccionista y el iusnaturalismo? (Parte I)

La importancia de responder a esta pregunta es que si se puede demostrar que la doctrina de la norma básica evita los inconvenientes de un positivismo reduccionista semántico, para el que las proposiciones de la ciencia jurídica son reducibles a oraciones fácticas sobre hechos del mundo natural, al mismo tiempo que se aleja de las tentaciones iusnaturalistas, se habrá dado un paso importante para reivindicar la doctrina kelseniana de la *Grundnorm* frente a sus rivales tradicionales. Esta revaloración histórica del Kelsen neokantiano sienta las bases para explorar la posibilidad de construir nuevas estrategias, inspiradas en los rendimientos de la teoría pura, que echen luz sobre algunos de los problemas debatidos por la filosofía del derecho contemporánea.

Nigel Simmonds, en su introducción al libro *Normativity and Norms* que ya he comentado, afirma que el carácter distintivo de la teoría de Kelsen surge de su intento de combinar el positivismo jurídico y su característica actitud anti-iusnaturalista, con un rechazo al reductivismo semántico que permite preservar el carácter normativo del derecho. Esta tarea, dice Simmonds, ha generado la objeción de que Kelsen busca conciliar posiciones contradictorias³⁰⁹.

³⁰⁹ Simmonds, "Normativity," 220.

Al iniciar la sección sobre la norma hipotética fundamental citábamos a Kelsen cuando se pregunta de qué manera es posible interpretar, sin recurrir a autoridades meta jurídicas, el significado subjetivo de un conjunto de hechos como un sistema de normas objetivamente válidas. Habría que agregar, a las condiciones establecidas por Kelsen, el que esta interpretación normativa debe también evitar caer en el defecto contrario al iusnaturalismo, que sería el reductivismo semántico, el reducir las proposiciones jurídicas a afirmaciones sobre hechos del mundo natural. La tarea que Kelsen se impone podría, con una cierta licencia, compararse con la que inspiró la crítica kantiana de la razón pura, es decir, encontrar un camino intermedio en la explicación del conocimiento entre el empirismo y el racionalismo.

4.1 La norma básica de nuevo

4.1.1 Vacuidad y redundancia

Veámos ya que las críticas al carácter trascendental de la norma básica señalan, sobre todo, lo que llaman su circularidad, su aire superfluo o ficticio, en suma, el tinte de inocuidad que parece rodearla, pues de acuerdo con estos puntos de vista la doctrina de la norma básica sólo pospone la solución del problema que supuestamente debe resolver: la explicación del fundamento del derecho, es decir, de la validez jurídica. Así lo sostiene, por ejemplo, Bruno Celano, para quien afirmar que los juicios de validez (V-juicios), que aseveran que una cierta norma es válida, no serían posibles si no se presupusiese la norma básica no es una respuesta al problema de la obligatoriedad, ya que la pregunta se volvería a plantear pero a otro nivel, el de la norma hipotética: ¿de dónde obtiene su validez esta norma o por qué debemos obedecerla? Pero aseverar, como lo hace Kelsen, que su validez no puede ser probada sino sólo supuesta, dice Celano, es esquivar el meollo del asunto y dejarlo sin solución.

La afirmación de que los V-juicios presuponen la validez de la norma básica tiene, de acuerdo al autor, dos interpretaciones. En una se da hipotéticamente por sentada la norma fundamental; en la otra, este supuesto tiene un carácter categórico. Las dos lecturas podrían enunciarse de la siguiente manera, en donde N es la norma básica y $n_1 \dots n_n$ son leyes de nivel inferior:

1. “Si N es válida, entonces $n_1 \dots n_n$ son válidas” (formulación hipotética)
2. “Dado que N es válida, entonces $n_1 \dots n_n$ son válidas”³¹⁰ (formulación categórica)

³¹⁰ Celano, “Kelsen’s Concept,” 182-3.

En (2), a partir de la presuposición categórica de la validez de la norma fundamental se concluye la de las normas derivadas, por lo que los V-juicios resultan ser categóricos. La debilidad de esta interpretación es que no ofrece una respuesta a la interrogante de cómo es posible la norma básica, sino que simplemente se da por sentada. En cambio, el enunciado (1) no se ve afectado directamente por esta dificultad, ya que la validez de la norma fundamental sólo se asume hipotéticamente y, por lo tanto, los V-juicios son consecuentemente hipotéticos. El autor afirma que, a pesar de sus oscilaciones entre estas dos posibles lecturas, Kelsen pensaba que los V-juicios eran categóricos, con lo que se habría inclinado por (2)³¹¹.

Pero, ¿cómo es posible una norma básica cuya validez no deriva de otras normas? Una primera posibilidad, apunta Celano, queda descartada por Kelsen desde el principio: la existencia de normas autoevidentes, o sea, válidas en virtud de que su contenido es moralmente correcto para todos los seres humanos, lo que se captaría, por ejemplo, mediante el empleo de la razón. Además, haciendo uso de la noción de “presupuesto” acuñada por P.F Strawson, el autor plantea que la validez de una norma que no es derivada de alguna otra es una precondition para la validez de cualquier otra. El problema con la explicación kelseniana, argumenta, es que afirmar que la norma: “los niños deben obedecer a sus padres”, que se simbolizaría con la expresión ‘Op’, es válida, equivale a sostener Op: que los niños deben obedecer a sus padres. Por lo tanto, el juicio jurídico sólo reiteraría el contenido o el sentido de la norma. Decir que una ley debe ser obedecida es lo mismo que aseverar que uno debe comportarse como prescribe la norma. El problema con la anterior explicación, según Celano, es que al reiterar que las normas deben ser acatadas, la ciencia jurídica proporciona una justificación de la obligación de obedecer la ley. En este sentido, sus juicios son prescriptivos porque son mandatos de que el derecho debe obedecerse, dotando así al derecho de autoridad, con lo que se expresa una evaluación ideológica (política o moral) del orden jurídico³¹².

Con respecto a este último punto, hay quienes afirman que el deber ser de las normas (lo que para Kelsen es meramente una categoría epistemológica), entendido como la obligación de obedecerlas, tiene un sentido moral, puesto que se trataría de un deber moral de acatar el derecho. La ciencia jurídica enfatiza este deber mediante los juicios en que describe las normas

³¹¹ Ibid., 198-9. Celano sostiene que una norma cuya validez no deriva de ninguna otra es un principio fundamental de justicia. Decir entonces que la ley tiene autoridad es aseverar que es justa.

³¹² Ibid., 178-9.

válidas de un orden. Por ello, se dice, las normas jurídicas son morales desde un punto de vista formal, o sea, por su estructura o la forma en que son creadas, pero no materialmente, en virtud de poseer un determinado contenido³¹³.

¿Es realmente la presuposición de la norma básica un acto vacío y redundante? ¿Al decir que su validez debe ser supuesta, ya que de otra manera no podríamos explicar la obligatoriedad, o la validez en la interpretación nomodinámica de la *Grundnorm* que estoy proponiendo, de ningún orden jurídico, se está en verdad soslayando el problema de fondo? Mi respuesta es que no. Veamos las razones. En el contexto de la filosofía trascendental neokantiana, que Kelsen asume por lo menos en la primera fase de su desarrollo teórico, la deducción de las categorías que hacen posible la ciencia del derecho y que constituyen su objeto de estudio es tarea de la jurisprudencia pura (Cohen) o teoría pura (Kelsen). En esta última, mediante la norma hipotética fundamental se aplica lo que el neokantismo marburgués llamó el método de la hipótesis o del origen³¹⁴. Es decir, la norma básica constituye el presupuesto a-priori gracias al cual el pensamiento (la ciencia del derecho) jurídico puede interpretar ciertas acciones en forma normativa, o sea, como actos creadores de derecho. En suma, sin dicha hipótesis no podría haber ninguna relación jurídica.

Por lo tanto, cuando se afirma que la doctrina de la norma básica no es una respuesta al problema del fundamento de la validez del derecho y que solamente lo posterga, se le está exigiendo a la teoría pura algo que no puede ofrecer dentro de sus propias premisas. Dentro de este marco conceptual toda norma deriva su validez de otra que es superior a ella, pero esto implica que debe haber una norma cuya validez ya no provenga de alguna otra y que además explique la de todas las demás; sin embargo, tal disposición no puede ser puesta (creada), pues de otra manera caeríamos en un regreso al infinito, por lo que no es una norma positiva, sino que sólo la presuponemos. Para Kelsen, cualquier otra respuesta conduce a un naturalismo inadmisibles, sea en la forma de un realismo jurídico o de una doctrina del derecho natural, porque entraña un sincretismo metodológico que atenta contra el ideal de pureza de la explicación científica del derecho. No hay entonces, dentro de los parámetros de la teoría pura, más respuesta al problema de la fundamentación de la validez del derecho que la doctrina de la norma básica. Afirmar que ésta no es una solución es pasar por alto los supuestos de la filosofía

³¹³ Ibid., 125.

³¹⁴ Véase capítulo II

trascendental. Sobre el tema de si es posible justificar un esquema conceptual desde afuera, mediante criterios externos, o si sólo cabe dar argumentos intra-sistémicos, volveré en el siguiente capítulo al analizar los argumentos trascendentales.

Es posible que se señalara que en mi argumentación a favor de la explicación kelseniana de la normatividad hay una especie de petición de principio en virtud de que, en último término, parece que la estrategia consiste en atrincherarse en las premisas de la teoría pura para desde ahí rechazar cualquier crítica externa que se le haga³¹⁵. Señalamientos de tipo externo son, por ejemplo, que una doctrina no atiende problemas relevantes para un campo de estudio o que su marco conceptual no da cuenta de distinciones necesarias para describir aspectos centrales de la práctica o de la argumentación jurídica. Por momentos podría dar la impresión que las críticas se descartan diciendo que tal o cual asunto no se plantea, dadas sus premisas, en el esquema kelseniano y que por ello no son en éste problemas a resolver. Se podría indicar como ejemplo de esta actitud aparentemente evasiva cuando afirmo que quien sostiene que la explicación de la validez jurídica mediante el supuesto de la norma básica no resuelve el problema de la fundamentación del derecho, le está exigiendo a la teoría pura algo imposible, a saber, el uso de conceptos que le son ajenos, por lo que pedirle que vaya más allá de la norma fundamental es pasar por alto los supuestos de la filosofía trascendental que Kelsen adopta. Esta actitud podría parecer contraria a una investigación abierta y dispuesta a enriquecerse de los diversos enfoques que hay para el estudio de su objeto, lo que genera la impresión de una teoría más bien cerrada sobre sí misma que ignora problemas importantes de la ciencia del derecho que requieren, para su adecuado tratamiento, de aproximaciones más plurales e incluso multidisciplinarias.

¿Qué hay de cierto en esta denuncia? ¿Existen razones de peso para que Kelsen haya rechazado el planteamiento del fundamento del derecho en términos diferentes a los de su doctrina? Creo que la clave de la respuesta está en demostrar si los enfoques alternativos a la teoría pura explicaban lo mismo que ésta o algo diferente. Quizá en el fondo se trate de un asunto de estipulación conceptual, de lo que cada uno pretende dilucidar, en tal caso sólo tendríamos parámetros como el éxito o la congruencia de cada doctrina para evaluarla. Me explico: según mi interpretación, para Kelsen la consistencia de su sistema, que se cierra con la hipótesis de la norma fundamental dada la distinción entre el *Sein* y el *Sollen* que implica que ningún deber puede deducirse de hechos del mundo, es la garantía de que la jurisprudencia mantenga su

³¹⁵ Agradezco al Dr. Juan Antonio Cruz Parcero por señalarme esta línea de crítica a mi estrategia argumentativa.

autonomía frente a la política o a la moral. En otras palabras, este atrincheramiento en sus propias premisas es lo que permite que la ciencia del derecho no se convierta en un discurso moral o sociológico. Alguien como Juan Antonio García Amado diría que el ideal de autonomía de la ciencia jurídica es producto de la civilización occidental y que no es necesariamente válido en otras culturas.

Para Kelsen la pregunta por el fundamento del derecho es estrictamente jurídica y sólo admite una respuesta igual que consiste en que la validez de toda norma deriva de un proceso de atribución de facultades a través de la pirámide jurídica que tiene su punto de inicio en un presupuesto teórico. Cuando se dice que la doctrina de la norma básica sólo pospone la solución a esta interrogante se está confundiendo la noción de validez jurídica con la de obligatoriedad, que aunque suele emplearse en el lenguaje del derecho, tiende a generar interpretaciones morales, pues ésta nos remite a las razones o motivos que tenemos para obedecer el derecho. Este problema es irresoluble para la jurisprudencia kelseniana porque nos conduce irremediablemente a la moral o a la filosofía práctica, en específico, a consideraciones sobre el peso que en la conducta humana tienen elementos como los valores, las creencias, los intereses, las razones, etcétera, las cuales no caben en una visión estrictamente jurídica del derecho. Se abren aquí dos caminos para los críticos de la teoría pura: defender que el planteamiento del problema del fundamento del derecho en términos de por qué debemos obedecerlo no lleva al ámbito de la moral, o argumentar que los problemas jurídicos sí tienen conexiones conceptuales con este campo de estudio.

Regresemos a las dos lecturas que según Bruno Celano se pueden hacer de la afirmación de que los V-juicios presuponen la validez de la norma básica. Ambas formulaciones son, desde mi punto de vista, equívocas. En primer lugar, la interpretación categórica (2) tiene el problema de que al decir que N es válida se le equipara con una norma positiva, pues sólo de ellas se puede predicar validez. Si alguien asevera que una norma es válida se le puede cuestionar sobre las razones que tiene para hacerlo y se esperaría, dentro de las coordenadas de la teoría kelseniana, que mostrara que su proceso de creación ha seguido el procedimiento establecido. Sin embargo, esto no acontece con la norma básica, porque se trata de un mero supuesto del pensamiento jurídico.

Tampoco la otra formulación (1) que hace Celano es exacta. El carácter hipotético de la norma básica no se captura con el uso de una expresión condicional. La hipótesis trascendental

no es el antecedente de un condicional que, de ser verdadero, garantiza la verdad del consecuente, en este caso la validez de las normas derivadas y de los V-juicios que sobre ellas haga la ciencia jurídica. En otras palabras, la validez de la norma básica no es un hecho hipotético que pueda entrar en relaciones de implicación lógica con otros hechos, como sería la existencia de otras normas. Pienso, en cambio, que la expresión adecuada para capturar el carácter hipotético trascendental en el sentido neokantiano de la norma básica es la siguiente:

3. Supongamos que N es válida, entonces $N_1 \dots N_n$ son válidas

En esta expresión se sintetiza el carácter hipotético trascendental (y no lógico hipotético como el de 1), de la doctrina de la norma básica. Entre la suposición de la validez de N y la validez de $N_1 \dots N_n$ no hay una relación de implicación lógica, ya que la hipótesis de la norma fundamental no es una descripción de un hecho que pueda ser verdadera o falsa. Por el contrario, es más bien una *conditio sine qua non*, la condición de posibilidad de la ciencia jurídica y, en ese sentido, de acuerdo a la tesis neokantiana de la creación de la realidad por el conocimiento, requisito de la propia existencia del derecho³¹⁶.

Hart hace una consideración similar a la anterior en torno a la norma de reconocimiento. Dice que ésta no puede ser válida ni inválida, sino que simplemente se acepta que es adecuada para establecer las normas que pertenecen a un sistema jurídico dado. Expresar este hecho afirmando que la validez de la regla de reconocimiento “se da por admitida pero que no puede ser demostrada”, es oscuro y da lugar a equívocos, pues equivale a decir que asumimos la corrección del metro standard de Paris como criterio último de adecuación de todas las mediciones en el sistema métrico, pero que a pesar de ello no podemos demostrar su verdad³¹⁷. No obstante las enormes diferencias entre la regla de reconocimiento y la norma hipotética fundamental, dado que para Hart esta regla no es un supuesto trascendental a-priori sino “una práctica compleja, pero normalmente concordante”³¹⁸, cabe destacar el paralelismo entre ambas en tanto que las dos funcionan a manera de criterios para atribuir juridicidad a los actos humanos. En términos de la filosofía del último Wittgenstein, podríamos decir que estos criterios forman parte de la

³¹⁶ Véase capítulo I.

³¹⁷ H.L.A Hart, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007), 135-6.

³¹⁸ *Ibid.*, 137.

“gramática en profundidad” (*depth Grammar*)³¹⁹ que hace posible el juego del lenguaje de lo jurídico, por lo que no es posible demostrar su verdad. Sin ellos simplemente no habría forma de atribuir validez a las normas del derecho y, en este sentido, son condición de posibilidad de las proposiciones jurídicas, las cuales sí son verdaderas o falsas.

4.1.2 El supuesto fundamental de la jurisprudencia (SFJ)

En esta sección expondré la reformulación de la doctrina de la hipótesis fundamental que hace Ulises Schmill, con la cual se salvan los señalamientos de que ésta es un intento infructuoso de explicar la normatividad jurídica. Además, este replanteamiento es consistente con los supuestos básicos del edificio conceptual kelseniano. Es importante subrayar, dice el profesor Schmill, que los elementos de esta solución están en la misma teoría pura, pero que el propio Kelsen dio lugar a las críticas que se le han enderezado al ser inconsistente con los principios y el espíritu de su pensamiento. Para comenzar, Ulises Schmill afirma que si la hipótesis básica es sólo un presupuesto epistemológico entonces es un acto de pensamiento, pero ningún acto de este tipo puede crear normas. Por ello esta hipótesis, al contrario de lo que sostenía Kelsen mismo, no puede ser una disposición normativa sino que se trata de una proposición jurídica que determina las relaciones de los diferentes contenidos de las normas. Se dice que si el contenido de una disposición positiva que establece el proceso de generación de otras directivas es un facultamiento, con la hipótesis básica tendríamos un ejercicio de poder sin la respectiva norma positiva. Y dado que toda delegación de facultades de creación jurídica está contenida en alguna norma, parece ser que Kelsen tiene razón al pensar que la *Grundnorm* es una disposición no positiva. Pero como algo así es incongruente, la hipótesis fundamental, reitera Schmill, es en cambio una regla del derecho que constituye el SFJ. Kelsen afirma que el derecho es un orden coactivo de la conducta humana, lo que significa que éste es dinámico porque ninguna sanción está prescrita por el orden que no haya sido creada y aplicada por medio de actos humanos. En este sentido, añade Schmill, el SFJ puede enunciarse de la siguiente manera: los actos coercitivos deben realizarse bajo las condiciones y en la forma establecida por la primera constitución histórica del estado creada por el órgano constituyente y en conformidad con las normas producidas de acuerdo con ella³²⁰.

³¹⁹ Wittgenstein, *Philosophical*.

³²⁰ Schmill, “The Grundnorm.”

El problema con la presentación kelseniana de la norma fundamental es que implica una hipostatización del SFJ, pues lo que es una hipótesis (proposición jurídica) básica, se transforma en un elemento del orden legal (norma jurídica fundamental). La consecuencia de ello es que se deja sin resolver el problema del origen de la normatividad y sólo se le desplaza un nivel más arriba, ya que una norma no puede ser la fuente de su propia validez³²¹. Por su parte, la reformulación de la doctrina de la norma básica del profesor Schmill tiene la enorme ventaja de que resuelve las objeciones que se han hecho contra ella, dado que el fundamento del derecho ya no es una disposición del propio sistema, con todas las consecuencias que ello acarrea, sino que se le dota de un carácter trascendental, que es lo que requiere la propia estrategia argumentativa de Kelsen.

En este momento podemos adelantar ya parte de la respuesta a la pregunta de si la doctrina de la norma básica es el *Mittelweg* entre el positivismo reduccionista y el iusnaturalismo. Con las aclaraciones que se han hecho a lo largo de este capítulo, la conclusión es que la teoría kelseniana contiene en principio los elementos para ser considerada como la mejor alternativa frente a estas explicaciones rivales.

III. La normatividad jurídica y la normatividad moral

1. El normativismo

De acuerdo con Riccardo Guastini el normativismo se define mediante las siguientes cuatro tesis: la ley es un conjunto de normas; la ciencia jurídica es una ciencia de normas; las normas son distintas a los hechos, son entidades del mundo del deber ser; y la ciencia jurídica no puede expresarse en un lenguaje de hechos, sino en uno deóntico o normativo³²². A reserva de que Kelsen hubiese puesto algún reparo a caracterizar las normas en términos de “entidades” y de que si bien acepta la tercera tesis sostiene que la ciencia del derecho sí tiene una función descriptiva, aunque no de hechos, es posible aseverar que él asume estas cuatro tesis.

Quienes proponen este tipo de doctrina, dice Guastini, entienden la ciencia jurídica como una disciplina normativa en dos sentidos: por un lado, su objeto de estudio son normas y, por el otro, sus afirmaciones se formulan en un lenguaje deóntico. En consecuencia, los juicios que hacen los

³²¹ Ibid.

³²² Riccardo Guastini, “Normativism or the Normative Theory of Legal Science: Some Epistemological Problems,” en *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, eds. Stanley Paulson y Bonnie Litschewski (Oxford: Clarendon Press, 1998), 317.

juristas sobre las normas jurídicas son sintácticamente indistinguibles de éstas, ya que en ambos casos se usa la misma terminología³²³.

2. La crítica de Joseph Raz a la explicación kelseniana de la normatividad

Una de las críticas más importantes que se han construido contra la explicación normativista de Kelsen dentro de la tradición positivista es la de Joseph Raz. Veamos sus puntos centrales. Este autor, dice Stanley Paulson, distingue dos versiones de la tesis de la normatividad: una fuerte y otra débil. En la primera se destaca la idea de que ciertos aspectos del mundo son normativos debido a que constituyen razones para actuar. Paulson señala que esta versión resulta atractiva para responder a la pregunta clásica de la filosofía del derecho, a saber, cómo se puede fundamentar el deber jurídico de las personas. Sin embargo, en el caso de Kelsen, sólo podríamos adscribirle esta tesis si el enfoque trascendental, con el cual intenta fundamentar su teoría, fuese concluyente. Pero, de acuerdo al análisis realizado por el propio Paulson, eso está lejos de haberse demostrado³²⁴. Al contrario, como se recordará, para este autor el dilema que representa el reto del escepticismo habría llevado a Kelsen al abandono de la idea de construir un argumento de corte trascendental para explicar la normatividad³²⁵.

¿Qué dice la versión débil de la tesis de la normatividad? La idea central es que el derecho es un objeto de estudio autónomo que requiere un método de conocimiento específico, diferente del empleado por las ciencias naturales. Esta interpretación de la tesis en cuestión, apunta Paulson, no pretende constituir una respuesta al problema del fundamento de la obligación jurídica, pues su propósito se restringe a garantizar la autonomía del derecho frente a los embates de las tendencias naturalistas (e iusnaturalistas se tendría que agregar), en la ciencia jurídica. Afirmar la independencia de los órdenes jurídicos con respecto a las explicaciones de corte naturalista, mostrando los equívocos sobre los que éstas se erigen, no sería una respuesta propiamente dicha a la pregunta acerca de por qué debemos obedecer las normas del derecho³²⁶, sino sólo una tesis sobre el método adecuado para contestarla.

³²³ Ibid., 318.

³²⁴ Véase capítulo II.

³²⁵ Paulson, "Dos programas radicales de 'objetivización'. La influencia de Kant y los neokantianos en Hans Kelsen," en *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica*, eds. Felipe Castañeda, Vicente Durán y Luis Eduardo Hoyos (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007), 261. Véase Joseph Raz, "Explaining normativity. On Rationality and the Justification of Reason," en *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, (Oxford: Oxford University Press), 67-89.

³²⁶ Paulson, "Dos programas," 270-1.

2.1 El *legal man*

La crítica de Raz a la teoría kelseniana de la norma básica parte de la noción de *legal man*, que representa el punto de vista hipotético de quien acepta la validez exclusivamente de todas las leyes de su país. De esta manera, el *legal man* cree que es moralmente obligatorio comportarse, en todo momento, como lo prescribe la ley. Este punto de vista, que es el de la ciencia jurídica, es sólo hipotético, pues no se trata de la perspectiva de una persona en particular o de un grupo determinado, ni siquiera se identifica con la interpretación de la población de un estado, sino que este recurso metodológico sirve para introducir la visión de quien aceptaría todas las normas jurídicas sin necesidad de asumir que tal persona realmente existe. Como apunta J.W Harris, este deber de obediencia se funda en el supuesto de que, para el *legal man*, la ley positiva y la verdad moral son lo mismo³²⁷.

2.2 Normatividad social y normatividad justificada

Para Raz existen dos concepciones de la normatividad: la social (*social normativity*) y la justificada (*justified normativity*). En la primera acepción, las leyes son normas sociales porque la sociedad las considera vinculantes y ejerce presión para que sean obedecidas. En el segundo concepto, las leyes son normativas si y solo si están justificadas, es decir, si hay razones para apegarse a ellas. Puede postularse, como afirma Raz, que tales motivos son universales y objetivamente válidos, accesibles para todos, o por el contrario, mantenerse que la aceptación de su obligatoriedad es resultado de un compromiso personal con la ley. Si bien los positivistas suelen adoptar la noción de normatividad social, el problema con Kelsen, dice Raz, es que transita constante e inconscientemente de una a la otra. Su tesis es que Kelsen, a pesar de sus vaivenes, adopta el concepto de normatividad justificada porque, en última instancia, sostiene que un individuo que considera obligatorio un sistema legal lo hace sólo si asume que éste es moralmente justo y bueno. Pero esto, concluye el autor, acercaría a Kelsen a las tesis del derecho natural con desastrosas consecuencias para la pureza de su doctrina³²⁸. En este punto concuerdo con Uta Bindreiter quien afirma que Kelsen mantiene una especie de normatividad justificada

³²⁷ Harris, "Kelsen's Pallid," 112-14.

³²⁸ Raz, "Kelsen's Theory," 136.

pero no porque el derecho se corresponda con ciertas actitudes morales, sino porque los órdenes jurídicos están dinámicamente justificados al surgir o provenir de un fundamento (*Grund*)³²⁹.

Es importante añadir que, para Raz, dentro de la perspectiva social, la normatividad del derecho y la obligación de obedecerlo son dos nociones distintas. Ningún hecho social que dé cuenta de aquélla puede ser la razón por la que estemos obligados a comportarnos de la manera prescrita por las leyes. Aquí se requiere una explicación que no aluda a hechos sociales. En cambio, para quienes sólo aceptan el concepto de normatividad justificada, decir que la ley es normativa es juzgarla como justa y admitir que debe seguirse. En el caso de la teoría pura, el carácter normativo del derecho recae en la hipótesis fundamental, que sería una norma justificada cuya fundamentación es, de acuerdo con Raz, de tipo moral; sin embargo, esta última no puede ser absoluta en virtud del relativismo ético kelseniano. Por tal razón, la validez de la hipótesis sólo se presupone pero no se afirma categóricamente, pues esto implicaría la existencia de una escala moral verdadera. La norma básica es presupuesta sólo por aquellos que la consideran justa, por lo que únicamente estos individuos pueden atribuirle al derecho un carácter normativo³³⁰.

2.3 Validez hipotética y validez categórica de la norma básica

¿Cuál es el problema, según Raz, con la explicación kelseniana de la normatividad con base en la norma hipotética? La deficiencia sería que al no distinguir entre la perspectiva que adoptan los juristas, o la ciencia jurídica, cuando hablan del derecho, y las actividades de quienes lo emplean y aplican, como los abogados y jueces, Kelsen no puede caracterizar correctamente las diferentes perspectivas de estos dos grupos. Es claro, sostiene el autor, que el jurista o el científico del derecho no adopta personalmente la norma básica, sino que describe el punto de vista del *legal man* que asume la hipótesis fundamental como justificación de la obligatoriedad de las normas; sin embargo, los abogados, jueces o cualquier practicante no sólo afirma la validez hipotética de las leyes que aplica sino que, al hacerlo, da por sentada su normatividad en forma categórica. A este respecto, Raz recuerda el pasaje de Kelsen en donde se afirma que la presuposición de la norma básica vuelve conciente aquello que, inconscientemente, hacen los juristas y practicantes del derecho. La diferencia entre ellos es, como decíamos, que los primeros

³²⁹ Bindreiter, *Why Grundnorm?*, 115.

³³⁰ *Ibid.*, 137.

sólo toman la norma básica hipotéticamente, asumiendo así la perspectiva del *legal man* que presupone, a fin de describir un orden jurídico profesionalmente, que sus normas son válidas y justas, pero que no juzga su bondad, de la manera en que sí lo harían los individuos particulares³³¹. Por su parte, toda persona que aplica el derecho o lo utiliza, por ejemplo, para presentar una demanda, no sólo lo presupone válido sino que de hecho lo asume como tal.

Kelsen, continúa el autor, no tuvo en cuenta esta distinción entre la perspectiva de los juristas y la de los practicantes del derecho, por lo que asumió que ambos grupos adoptan el punto de vista hipotético del *legal man*. Sin embargo, su forma tan distinta de actuación muestra que no comparten las mismas premisas en su perspectiva sobre el derecho. El segundo grupo da realmente por sentada la validez de la ley, mientras el primero sólo la describe hipotéticamente. Ahora bien, el problema es que si el análisis del lenguaje deóntico que hace Kelsen está diseñado para aplicarse a las dos clases de práctica descritas arriba, entonces, dada la pureza de la ciencia jurídica, sus afirmaciones no pueden ser de carácter moral, pero igualmente tampoco lo serían las aseveraciones categóricas de los practicantes del derecho. En suma, lo que Kelsen necesita, dice Raz, es una interpretación no valorativa de las afirmaciones que hacen quienes tienen la tarea de aplicar el orden jurídico o emplearlo en juicios legales. Se concluye que la solución kelseniana es la tesis de que los juristas no sólo describen lo que es la ley bajo la hipótesis de que la norma básica es válida, sino que realmente la presuponen, es decir, la asumen en los hechos. Para sustentar esta idea se cita una afirmación de Kelsen en la cual éste acepta que dicha norma realmente existe en la conciencia jurídica³³².

Desde mi punto de vista, la correcta interpretación de esta aseveración no da lugar a una lectura categórica de la doctrina de la norma básica en el sentido de Raz, es decir, como si asumiéramos este supuesto de la misma forma en que aceptamos un valor o una directiva moral, pues en estos casos está involucrado un proceso consciente que podría tener una explicación causal. Pienso que la afirmación de que la hipótesis fundamental realmente existe en la conciencia jurídica significa que si no la presuponemos epistemológicamente (no psicológicamente), no es posible ni describir el derecho como un sistema de reglas válidas ni aplicarlo en una sentencia o utilizarlo en procesos de argumentación legal. Esta interpretación

³³¹ Ibid., 142-3.

³³² Joseph Raz, "The Purity of the Pure Theory," en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, eds. Stanley Paulson y Bonnie Litschewski (Oxford: Clarendon Press, 1998), 305. Raz dice literalmente: "[T]he basic norm really exists in the juristic consciousness...".

trascendental de la norma básica es congruente con el marco neokantiano de la teoría pura y, por lo tanto, con la idea de que el término “conciencia jurídica” no hace referencia a una conciencia individual sino a lo que Kelsen entiende por pensamiento jurídico, o sea, al punto de vista de la ciencia del derecho, a la explicación que ella nos proporciona.

2.4 La interpretación moral de la norma básica

Más allá de la correcta interpretación de la noción de “conciencia jurídica”, aquí me interesa abordar la idea de Raz de que la doctrina de la norma fundamental es iusnaturalista en virtud de que, en última instancia, cualquier juicio de deber, en donde se asevera que algo ha de realizarse, es una afirmación moral. Esto implica que el significado de la categoría de imputación y de todos los *Ought-statements* es originalmente moral. De esto se concluye que “si los juicios legales son tan normativos como los juicios morales ordinarios, es decir, si son afirmaciones morales, entonces la existencia y contenido del derecho, que los juicios legales afirman, parecen ser esencialmente hechos morales. Pero el estudio e identificación de estos hechos no puede estar libre de consideraciones y argumentos morales”³³³ (La traducción es nuestra). Raz no ofrece una razón para respaldar la idea de que el sentido único y originario del término “deber” es moral, lo que se echa de menos en su argumentación. En cambio, para Kelsen, la categoría de imputación es una noción epistemológica trascendental que hace posible la cognición jurídica y que, por lo tanto, es eminentemente jurídica. Sobre los juicios de deber y la relación entre lo que podríamos llamar sus sentidos jurídico y moral regresaré en el siguiente capítulo.

Sólo adelantaremos aquí que si toda normatividad descansa en una noción moral de “deber”, se desprende que el derecho y, más específicamente, el concepto de obligación jurídica tendría sus raíces en el hecho de que consideramos que la ley es justa, con lo cual la moral se convertiría en fundamento del derecho. Desde la perspectiva de la teoría pura, esta explicación entraña una violación al principio de pureza metodológica ya que puede implicar una tesis de corte iusnaturalista, pues el deber jurídico, que es una categoría normativa, en algunas teorías se explica recurriendo a las creencias morales de los individuos.

En este contexto hay que tener presente, como lo reafirman Beyleveld y Brownsword, que para la concepción raziana un deber objetivo es siempre un deber moral en tanto constituye una

³³³ Ibid., 303. Las palabras de Raz son las siguientes: “*If legal statements are as normative as ordinary moral ones, if they are moral statements, then the law and its existence and content, which is what legal statements state, seem to be essentially moral facts*”.

razón exclusiva para la acción. Esto significa que la fuerza prescriptiva de las normas objetivas se mantiene a pesar de que los sujetos deseen el comportamiento contrario³³⁴. Dicen los autores que esta lectura se apoya en la aceptación de Kelsen de que las normas jurídicas tienen significado moral³³⁵. Tal interpretación de las palabras de Kelsen surge de una inadecuada comprensión de su sentido, que es bastante prístino y no deja lugar a dudas. En un párrafo muy ilustrativo de su concepción de la relación entre el derecho y la moral, Kelsen dice:

... la afirmación de que el derecho es moral por su naturaleza no significa que cuente con determinado contenido, sino que es norma, a saber: una norma social que establece como debida determinada conducta humana. En este sentido relativo, todo derecho es, entonces, moral, todo derecho constituye un valor moral relativo. Pero ello quiere decir, por lo tanto, que la pregunta por la relación entre el derecho y la moral no es un interrogante acerca del contenido del derecho, sino una pregunta por su forma. En consecuencia no cabe afirmar, como a veces se dice, que el derecho no es únicamente norma (o imperativo), sino que constituye un valor o lo incorpora – afirmación que sólo tiene sentido pleno suponiendo un valor absoluto divino. Puesto que justamente el derecho constituye un valor en cuanto es norma: constituye el valor jurídico que, de consuno, es un valor moral relativo; con lo cual no se dice otra cosa sino que el derecho es norma³³⁶

El punto que este pasaje quiere dejar en claro es que cuando se afirma que el derecho es moral, lo único que se hace es establecer un paralelismo entre ambos sistemas de normas en cuanto que los dos determinan que debemos realizar o abstenernos de llevar a cabo ciertas conductas. En este sentido, todo derecho es moral desde el punto de vista de su forma. Y es precisamente por ello, porque fija una clase de acciones como debidas o prohibidas, por lo que el derecho “constituye un valor moral relativo”. Pero esto no tiene nada que ver, como lo afirman Beyleveld y Brownsword, con la idea de que el orden jurídico debe traducir en normas un conjunto de valores, principios o normas morales específico³³⁷.

Para finalizar vale la pena señalar que un exposición que tiene ciertas similitudes con las posiciones de Raz es la de Tony Honoré, quien enfatiza que para Kelsen el concepto de normatividad social, el hecho de que, por ejemplo, la legislación parlamentaria es considerada por ciudadanos y funcionarios como válida, no es suficiente para dar cuenta de la obligatoriedad

³³⁴ Bindreiter rechaza la interpretación raziana acerca de que la norma básica equivale a la adopción de una actitud moral no comprometida por parte del jurista, dado que implica una conexión necesaria entre derecho y moralidad. Bindreiter, *Why Grundnorm?*, 94.

³³⁵ Beyleveld y Brownsword, “Methodological Syncretism,” 119 y 122.

³³⁶ Kelsen, *Teoría pura*, 78.

³³⁷ Beyleveld y Brownsword, “Methodological Syncretism,” 135-6.

jurídica³³⁸. En este punto habría que comentar, aún si se quiere mantener la doble formulación de la norma básica y no sólo hablar del primer facultamiento sino también del primer mandato, que para Kelsen, en efecto, ninguna obligatoriedad puede ser derivada de un hecho, así sea la aceptación social o incluso el que los hombres hayan celebrado una especie de contrato o convención para someterse al imperio de la ley, pues en este último caso se trata también de un acontecimiento fundante de la normatividad, lo que queda cancelado por la tesis de la separación entre el ser y el deber ser. Además, cabe agregar, dicha explicación caería en una petición de principio al hacer uso precisamente de la terminología normativa que pretende justificar, ya que las nociones de “contrato” o “convención” son jurídicas, por lo que no se pueden explicar en términos naturalistas, porque ninguna conjunción de hechos constituye, por sí sola, la celebración de un contrato. Para hacerlo, se requiere una serie de conceptos: derecho, obligación, sanción, entre otros, que pertenecen al ámbito normativo.

Por otra parte, Honoré apunta lo que desde su perspectiva son varias deficiencias que aquejan a la doctrina de la norma básica. Esta teoría, se dice, es una especie de artículo de fe o Bing Bang a partir del cual se supone nació el universo jurídico. La analogía pretende subrayar que, al igual que sucede con la fe o el Bing Bang en sus respectivos campos, la hipótesis fundamental deja sin dilucidar el origen de la normatividad. En consecuencia, la única forma en que los mandatos del legislador originario pueden tener validez y transmitírsela a todas las normas creadas conforme a sus disposiciones, es mediante la suposición de que tal legislador está dotado de autoridad moral y política. Asimismo, Honoré piensa que la norma básica es supuesta individualmente por las personas sujetas a la ley, y no de manera trascendental en forma de supuesto de la ciencia jurídica³³⁹.

Por lo que he intentado argumentar hasta ahora a favor de la explicación kelseniana de la normatividad, tanto la interpretación de la norma fundamental en el sentido de que el primer legislador es una autoridad moral y política, así como la lectura psicologista de su presuposición, son erróneas pues no esclarecen el carácter epistemológico que esta doctrina posee, además de violar, como ya afirmaba, la autonomía del método jurídico de la ciencia del derecho. Dejaré aquí estas reflexiones y pasaré al último capítulo, en el cual evaluaré las tesis kelsenianas.

³³⁸ Tony Honoré, “The Basic Norm of a Society,” en *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, eds. Stanley Paulson y Bonnie Litschewski (Oxford: Clarendon Press, 1998), 101.

³³⁹ *Ibid.*, 101-3.

Capítulo IV

Reconstrucción de la teoría kelseniana de la normatividad

Presentación

En este capítulo me propongo un objetivo central: reformular la teoría kelseniana de la normatividad a fin de atajar las críticas más comunes que suelen hacersele. Con este propósito retomaré algunas conclusiones alcanzadas hasta ahora. De forma paralela voy esgrimiendo una serie de razones en contra de las explicaciones alternativas con las que Kelsen rivalizó. A partir de esto hago una revaloración del método trascendental que encontramos, según la mayoría de los especialistas, en las dos primeras épocas de su producción intelectual³⁴⁰.

En un segundo plano esbozo una forma para evaluar la actualidad de la vertiente neokantiana de la teoría pura. Enjuiciar la vigencia de una doctrina es especialmente difícil en el campo de la filosofía, pues de inmediato surgen una serie de preguntas: ¿en qué consiste la validez de un pensamiento?, ¿cuándo podemos decir que sus interrogantes o sus respuestas ya no aportan nada a las discusiones y que su único destino es el archivo histórico o, al contrario, que siguen siendo fuente e inspiración de nuevas ideas? Sin pretender tener ahora la clave a estas inquietudes, pienso que si la explicación kelseniana de la normatividad puede, por ejemplo, arrojar luz sobre la forma correcta de plantear los problemas relativos a la definición del deber jurídico y resolver así confusiones conceptuales, o si puede emplearse fructíferamente a manera de un esquema metodológico-interpretativo para abordar temas de la filosofía del derecho, tendríamos razones para sostener que este marco conceptual es aún vigente. Sin embargo, la realización de esta tarea supera los alcances de esta investigación por lo que aquí sólo se apuntan ideas generales.

El orden temático para abordar los objetivos referidos es, a grandes rasgos, el siguiente: en el primer apartado, de los cuatro que contiene el capítulo, reconstruyo el argumento trascendental kelseniano que desgloso para su análisis en cuatro tesis: 1) la a-prioricidad de la norma básica; 2) la idea de que las normas jurídicas no enlazan hechos naturales sino eventos enunciados normativamente y que, en consecuencia, 3) el material con el que la ciencia jurídica trabaja incorpora ya, desde su misma formulación, nociones normativas; y, finalmente, 4) la tesis de que si concebimos al derecho como un sistema de normas válidas, la explicación kelseniana de la validez es coherente y sistemática. Al tiempo que reformulo el argumento trascendental

³⁴⁰ Para las periodizaciones de la obra de Kelsen véase el capítulo II.

kelseniano rechazo ciertas interpretaciones del concepto de normatividad de la teoría pura, entre las que destaca la de Joseph Raz, la cual tiene su origen en el olvido de la impronta neokantiana en Kelsen.

Luego abordo el debate sobre la fuerza demostrativa de los argumentos trascendentales, es decir, si sirven para probar la unicidad de un cierto esquema conceptual. Esta discusión es el marco para proponer una reinterpretación del argumento empleado por Kelsen que pretende salvar los obstáculos que enfrentan este tipo de estrategias. A continuación elaboro las ventajas de la explicación kelseniana de la normatividad sobre sus oponentes históricos. Asimismo, me valgo de la distinción hartiana entre los puntos de vista interno y externo, y del experimento mental de la traducción radical ideado por Quine, para destacar las virtudes del esquema de la teoría pura.

Después analizo una crítica recurrente que suele dirigírsele a Kelsen en el sentido de que la pureza de su doctrina es ilusoria dado que ésta se encuentra condicionada históricamente por una ideología. Con este propósito utilizo el estudio de Juan Antonio García Amado sobre la norma básica³⁴¹, del cual destacaré, para polemizar, dos tesis: la primera dice que, por su carácter hipotético, esta norma no es *strictu sensu* una categoría kantiana, y la segunda afirma que ella está, como ya indicábamos, determinada (y consecuentemente todo el edificio doctrinal kelseniano), por una forma de ver el derecho que es propia de un contexto socio-histórico particular. Termino el primer apartado reformulando el concepto de normatividad en Kelsen como una noción técnico-jurídica.

En el segundo apartado retomo la pregunta de si la explicación kelseniana constituye la vía intermedia o *Mittelweg* entre el iusnaturalismo y el positivismo reduccionista, a fin de darle, con base en las conclusiones alcanzadas en este capítulo, una respuesta más acabada, teniendo además ahora como telón de fondo para discutir un texto de Derick Beyleveld y Roger Brownsword, en donde sostienen, contrario a mi posición, que Kelsen falló en su intento de erigir tal opción³⁴².

Después, en el tercer apartado, trazo la forma en que el marco conceptual kelseniano podría emplearse para esclarecer algunas discusiones dentro de la filosofía del derecho. Para ello

³⁴¹ Juan Antonio García Amado, *Hans Kelsen y la norma fundamental* (Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A, 1996).

³⁴² Derick Beyleveld y Roger Brownsword, "Normative Positivism: The Mirage of the Middle-Way," *Oxford Journal of Legal Studies* 9, no. 4 (invierno 1989).

examino, por ser una fuente de frecuentes confusiones en las lecturas de Kelsen, la relación entre el deber entendido jurídicamente y la llamada obligatoriedad moral, así como las dos nociones de autoridad que suelen adscribirse a Kelsen. Las conclusiones de esta revisión son aplicadas para rechazar el llamado *moral semantics claim* y postular la prioridad epistemológica y metodológica del deber jurídico sobre la obligatoriedad moral.

En el último apartado trato de responder brevemente, por una parte, si existe una línea de continuidad en el desarrollo del pensamiento kelseniano y, por la otra, si es posible reformular las tesis neokantianas de la teoría pura usando un esquema conceptual más acorde con el lenguaje de la ciencia jurídica contemporánea, sin sacrificar por ello el poder explicativo del método trascendental. Al final del capítulo sostengo, retomando los análisis del segundo apartado, que el marco metodológico-interpretativo de la teoría pura es una especie de metateoría del método de la ciencia jurídica que, si pudiera emplearse para esclarecer algunos temas actuales de la filosofía del derecho, mostraría que todavía tiene algo que decirnos.

I. Reconstrucción del argumento trascendental kelseniano

1. La a-prioricidad de la norma básica

1.1 Críticas

Un primer punto que es necesario aclarar es el estatus de la norma básica, es decir, si esta norma puede interpretarse como una categoría a-priori en el sentido en que espacio y tiempo son formas puras de la intuición que, en la filosofía kantiana, hacen posible la intuición sensible de objetos constituyendo así lo dado al conocimiento. Algunos autores han sostenido, sin mucha precisión doctrinal pues no distinguen, como lo hace Kant, entre categorías y formas a-priori de la intuición, que es erróneo afirmar que la norma básica es una “condición lógico-trascendental” de la experiencia jurídica, bajo el argumento de que ésta no es, en estricto sentido, una categoría kantiana, por lo que su función es distinta de la que cumplen las formas de espacio y tiempo en la crítica de la razón pura. De ser cierta esta tesis se diluiría el pretendido carácter trascendental de la teoría pura y se daría paso a la idea, que revisaré más adelante, de que la doctrina kelseniana se sustenta en una concepción ideológica del derecho condicionada social e históricamente.

Alida Wilson comenta que a diferencia del papel que desempeñan las categorías de la razón, mediante las que percibimos y organizamos el material que se presenta a nuestros sentidos, y sin las cuales no sería posible la construcción de la naturaleza como el conjunto de regularidades

causales proporcionadas por las leyes científicas, la norma básica, a decir del mismo Kelsen, únicamente da lugar a una sola de las varias interpretaciones posibles del derecho. En consecuencia, esta norma no es una presuposición necesaria del pensamiento jurídico pues existe la posibilidad de otras lecturas del material que se presenta a la comprensión del jurista. Así, la explicación normativa es una de las opciones que hay disponibles para dar cuenta del fenómeno del derecho, el cual también podemos analizar, por ejemplo, desde una perspectiva sociológica, política o moral. Y no se trata sólo de la afirmación de que estos estudios complementan la labor de la ciencia jurídica, sino de la tesis de que el punto de vista según el cual el derecho es un sistema de normas coactivas, que enlazan sanciones a conductas humanas, es una perspectiva opcional para el científico del derecho, quien podría elegir en vez de ella una interpretación que, digamos, hiciera depender la obligatoriedad de las normas de su concordancia con la naturaleza humana. De esta forma la norma básica no tendría el estatus a-priori propio de las formas puras de la experiencia. La autora añade que Kelsen hace un uso poco preciso del término “condición lógico-trascendental”, debido a que lo aplica tanto a la norma básica como al principio de imputación, sin aclarar en qué sentido se puede predicar de ambos. Este descuido en el manejo del esquema conceptual kantiano, se concluye, muestra que Kelsen, no obstante que posiblemente tuvo en mente la noción de categoría, no se interesó por su verdadero significado en la filosofía kantiana³⁴³.

Otro comentarista que insiste en este punto es Gerhard Luf, quien mantiene que la norma básica no puede ser una categoría a-priori ya que su tarea consiste en derivar mediante abstracción, a partir de los hechos que determinan en cada caso la creación de los órdenes jurídicos (condiciones sociales, intereses, ideas de justicia, etcétera), conceptos empíricos generales que, no obstante este carácter, poseen un alto grado de formalización. La norma básica no es trascendental porque su existencia no se demuestra de manera regresiva apelando, por ejemplo, a un principio moral válido en sí mismo del cual se pudiera derivar, sino que es un “concepto hipotético general empírico” al que se llega mediante el análisis de una serie de órdenes jurídicos históricos. Una vez formulado, este concepto se aplica retrospectivamente a estos órdenes dotándolos de una base de validez única y común, algo indispensable para que puedan ser descritos científicamente. Así, la norma básica presenta de forma sistemática un conjunto de normas que, de otra manera, aparecerían dispersas sin un orden interno. Por ello,

³⁴³ Alida Wilson, “Joseph Raz on Kelsen’s Basic Norm,” *The American Journal of Jurisprudence* 27, (1982): 49.

concluye Luf, la pretensión de neutralidad valorativa que enarbola la teoría pura no se sostiene, pues todo derecho ha sido moldeado por una multiplicidad de factores³⁴⁴, y precisamente la norma básica surge del análisis de órdenes jurídicos particulares.

Stefan Hammer comenta que, contrario a lo que acontece en la epistemología kantiana en donde las categorías del conocimiento de los objetos son condiciones de posibilidad, la necesidad de la norma básica no puede demostrarse trascendentalmente porque ésta se asume sólo de manera hipotética, ya que la imputación ofrece una interpretación de los hechos que es adicional a la proporcionada por las ciencias naturales. Por ello es que la explicación normativa no es necesaria sino opcional, dado que, por decirlo así, se sobrepone a la lectura natural que ve en el mundo objetos causalmente determinados. Para Hammer, la consecuencia de esto es que, a diferencia de la noción kantiana de ciencia natural, el concepto kelseniano de ciencia del derecho es problemático ya que Kelsen no puede probar por qué la jurisprudencia tendría que ser normativa, por qué razón no sería posible definir las normas digamos en términos conductistas apelando a los comportamientos que se espera tengan los oficiales encargados de aplicarlas. De esta forma, Kelsen se ve obligado a dejar la pretendida necesidad trascendental de la norma básica para concebirla como una premisa que se asume sólo en caso de que estemos interesados en tratar el derecho desde una perspectiva normativa³⁴⁵.

Hammer rechaza la sugerencia de que para hacer plausible la posición de Kelsen debe asumirse, a la manera de los neokantianos, que el punto de partida de la filosofía son las producciones culturales del hombre, que en este caso es la existencia de la ciencia jurídica, para luego traer a la luz (“deducir”) las presuposiciones que la hacen posible. Aunque Hammer descarta este procedimiento, afirma que de realizarse, la doctrina kelseniana perdería su carácter trascendental y se degradaría a una mera generalización empírica: “Esta interpretación, no obstante, reduciría el esfuerzo de Kelsen, junto con el de sus predecesores neokantianos, a un mero análisis del método científico, con el resultado de que su aspiración común de establecer la validez epistemológica del conocimiento científico, como se da en las distintas disciplinas, se

³⁴⁴ Gerhard Luf, “On the Transcendental Import of Kelsen’s Basic Norm,” en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, eds. Stanley L. Paulson y Bonnie Litschewski (Oxford: Clarendon Press, 1998), 232.

³⁴⁵ Stefan Hammer, “A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen’s Pure Theory of Law,” en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, eds. Stanley Paulson y Bonnie Litschewski (Oxford: Clarendon Press, 1998), 186.

deja efectivamente de lado” (La traducción es mía) ³⁴⁶. Así, continúa Hammer, la tarea para Kelsen se limitaría a señalar que en cada variación metodológica en la ciencia jurídica (sea que estemos en el campo de la sociología jurídica, del derecho comparado, etcétera), hay una categoría normativa que es una presuposición necesaria dado que sin ella no se podría identificar ni delimitar el objeto común de estudio de todas estas disciplinas, a saber, el derecho. En este sentido mucho más modesto, el deber es una categoría a-priori pero relativa que hace posible la ciencia jurídica ³⁴⁷.

Juan Antonio García Amado llama a esta característica de la norma básica de no ser un presupuesto necesario de la explicación del derecho, su disponibilidad. Este rasgo parece ser una razón de peso para no identificarla con las categorías kantianas que están “preordenadas en nuestro intelecto”, por lo cual no somos libres de adoptarlas o rechazarlas, pues la única forma que tenemos de ver el mundo es a través de ellas. En cambio, con la norma básica no pasa lo mismo, ya que ésta no excluye la existencia de enfoques alternativos para describir la “realidad jurídica” ³⁴⁸.

La construcción inductiva de los conceptos de la ciencia jurídica, descrita arriba, está en conflicto con el método trascendental, que para conocer un objeto parte de las condiciones necesarias de la cognición y no de una supuesta aprehensión directa de la realidad ³⁴⁹. Tenemos entonces que el término “lógico-trascendental” le sirve a Kelsen para hacer explícitas las presuposiciones que están detrás de una manera de interpretar el derecho que consiste en verlo como un sistema de normas coactivas cuya validez es su peculiar forma de existencia, es decir, el que hayan sido creadas de acuerdo con un procedimiento establecido en una norma superior que determina los mecanismos y los órganos autorizados para ello. Sin embargo, no debemos olvidar que la lectura de los fenómenos jurídicos propuesta por la teoría pura es sólo una de las varias formas de entender el derecho.

García Amado da una amplia referencia de posiciones similares a las anteriores entre diversos comentaristas de Kelsen. Vale la pena mencionarlas a fin de subrayar las consecuencias que la no a-prioricidad de la norma básica tendría para la teoría pura. En cuanto a la fidelidad del jurista de

³⁴⁶ Ibid., 187. El texto en inglés dice: “*such interpretation, however, would reduce Kelsen’s effort, together with that of his neo-Kantian predecessors, to a mere analysis of scientific method, with the result that their common claim to establishing the epistemological validity of scientific knowledge, as it is given in the various sciences, is in effect dismissed*”.

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ García Amado, *Hans Kelsen y la norma*, 55 nota 71.

³⁴⁹ Ibid., 144.

Viena al método kantiano se ha dicho, por ejemplo, que la concepción de la causalidad que éste despliega en su estudio *Sociedad y naturaleza* no corresponde a la definición de una categoría trascendental, dado que en ese texto el nexo causal no constituye una forma de conocimiento necesaria e indispensable si nuestro interés es la explicación de los fenómenos naturales, sino que es el resultado de un complejo desarrollo intelectual que, agrego yo, habría iniciado con el principio de retribución³⁵⁰. De esta forma, la causalidad se convierte en una noción a-posteriori e histórica y, por lo tanto, pierde su carácter de necesidad. Por otra parte, la norma básica ha sido también concebida, de un lado, como un axioma teórico, una condición de posibilidad de un modo de pensar el derecho o una categoría relacionada con los sistemas jurídicos particulares que puede modificarse y sustituirse o, contrariamente, como una categoría a-priori vacía sin correspondencia con el derecho real³⁵¹. En todos estos casos destaca que la norma básica no es una condición lógico-trascendental del derecho, sino una mera forma vacía sin función explicativa real o una generalización de un rasgo del derecho a partir del análisis de los órdenes jurídicos existentes.

1.2 La analogía entre las categorías kantianas y la norma básica

No entraré en detalle al tema de las diferencias entre la norma básica y las categorías kantianas. Para los propósitos actuales basta con señalar, siguiendo a García Amado, que el mismo Kelsen mantuvo que la caracterización de esta norma en términos de una condición lógico-trascendental no debía entenderse de modo literal, sino sólo analógico³⁵². Pero si se trata de una analogía debemos preguntarnos en qué grado el método trascendental kantiano puede aplicarse de manera directa a la ciencia jurídica. En opinión de Manfred Pascher, en este punto Kelsen fue escéptico y simplemente dejó abierta la respuesta. Esta cautela tiene que ver, según él, con la idea de Kelsen de que el campo genuino de empleo del método trascendental es la epistemología de las ciencias naturales³⁵³ y no las disciplinas normativas.

El mismo autor da una explicación de la analogía entre la norma básica y las categorías kantianas que a primera vista parece plausible. Pascher sostiene que la filosofía neokantiana

³⁵⁰ Hans Kelsen, “La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución,” en *La idea del derecho natural y otros ensayos* (México: Editora Nacional, 1974).

³⁵¹ García Amado, *Hans Kelsen y la norma*, 109 nota 147 y 110 nota 149.

³⁵² *Ibid.*, 99.

³⁵³ Manfred Pascher, “Hermann Cohens Einfluss auf Kelsens reine Rechtslehre,” *Rechtstheorie* 23, Heft. 4 (1992): 454-55.

adoptó una interpretación relativista del a-priori kantiano en virtud de que no concibe los principios que hacen posible la experiencia científica de forma absoluta, irreversible e inmutable, sino a manera de proposiciones metodológicas susceptibles de modificación con el progreso de la ciencia. Si fuese cierto que Kelsen adoptó dicha lectura, entonces su doctrina sería relativa dado que sus conceptos básicos, como la norma fundamental, podrían cambiar si la ciencia jurídica se modificara. Las categorías kelsenianas tendrían un carácter a-priori pero relativo, ya que son necesarias para dar cuenta de una cierta explicación normativista del derecho, pero de ninguna manera clausuran ni su propia evolución ni la aparición de interpretaciones alternativas motivadas por el desarrollo de la jurisprudencia. Esto introduce una serie de dificultades, que no abordaré, relacionadas con los criterios para el cambio de paradigmas explicativos, pero en todo caso su significado profundo sería la cancelación de las aspiraciones de la teoría pura de ser la explicación científica por excelencia del derecho. Sobre este tema regresaré más adelante cuando intente clarificar la fuerza de los argumentos trascendentales y su aspiración a ser la única interpretación posible.

Al no existir evidencias textuales de que Kelsen haya asumido una visión relativista de las categorías kantianas, sólo queda intentar una respuesta acorde con el espíritu de su doctrina, lo cual no está exento de riesgos pues implica incursionar en terrenos situados más allá de lo explícitamente afirmado por ella. En este sentido me parece acertado sostener que Kelsen concibió de manera analógica, y no literal, que la norma básica era una categoría a-priori *à la Kant* de la experiencia jurídica. Si bien esta hipótesis no posee todos los rasgos definitorios de una condición lógico-trascendental kantiana, su función es hacer posible la comprensión normativa de la validez jurídica. Por estas razones creo que el paralelismo, no exacto ni literal, entre la norma básica y las categorías kantianas está bien sustentado en virtud de que ambas nociones desempeñan tareas similares dentro de sus respectivas estructuras teóricas: hacer posible el conocimiento jurídico y el de las ciencias naturales respectivamente, con la diferencia de que para Kant las categorías se aplican a toda experiencia posible, lo que en el caso de Kelsen resulta al menos problemático pues la teoría pura no parece cancelar la posibilidad de otras explicaciones del fenómeno jurídico.

Una relación parecida a la que se da entre la norma básica y las categorías kantianas es, veámos en el primer capítulo, aquella entre la teoría pura y la filosofía neokantiana de Marburgo. En este caso se trata también de una conexión no literal, pues no hay muchos pasajes

en donde Kelsen reconozca explícitamente este influjo; sin embargo, el parentesco es de propósitos ya que el espíritu de esta corriente de pensamiento puede constatarse continuamente en la obra kelseniana, como queda de manifiesto en la relación entre el principio coheniano del origen y la norma básica.

2. Las normas jurídicas enlazan hechos enunciados normativamente

Una vez hechas las anteriores aclaraciones en torno al estatus de la norma básica y a su carácter a-priori reconstruiré el argumento trascendental kelseniano que ha sido criticado, entre otros, por Stanley Paulson. Recordemos brevemente la difícil situación en que quedaba, según este autor, el argumento que Kelsen desarrolla para dar cuenta de la a-prioricidad de la norma básica, base del enfoque metodológico propuesto como alternativa al iusnaturalismo y al positivismo reduccionista. Paulson introduce en escena, para plantear sus objeciones, la figura del escéptico, a quien no es posible persuadir de que vea en el derecho un sistema de normas coactivas que enlazan sanciones a cierto tipo de conductas. Comentábamos, en el capítulo segundo, que el argumento trascendental admite dos versiones: la progresiva y la regresiva³⁵⁴. En la primera sólo se requiere que el escéptico de por sentado, a manera de punto de partida, la realidad de las percepciones sensoriales, lo cual éste no tiene reparo en admitir. El problema con esta estrategia es que, con tal de partir de aquellas certezas libres de toda duda y, por lo tanto, aceptables para el escéptico, nos quedamos con una base tan endeble que no es posible avanzar más allá de ella en la fundamentación del conocimiento sin caer de nuevo en la incertidumbre.

En su versión regresiva, que es la asumida por el neokantismo de Marburgo y el mismo Kelsen, se da por sentada la existencia de un hecho cultural (*factum*), que en este caso es la ciencia jurídica. A partir de estos hechos (*facta*), que son los datos primarios de nuestra “experiencia cultural”, se procede a deducir las categorías lógico-trascendentales que hacen posible su constitución y la de su objeto de estudio. Esta modalidad del argumento tampoco funciona pues el escéptico simplemente se niega a admitir que la existencia del conocimiento científico es un hecho indubitable. Aquí, al contrario de lo que sucede con la versión progresiva, al escéptico se le pide demasiado de entrada porque lo que éste cuestiona es precisamente aquello que se le exige aceptar: la certeza de nuestras pretensiones cognoscitivas. Ante este escenario, Kelsen no tiene más que renunciar a la pretendida fundamentación trascendental de su

³⁵⁴ Véase capítulo II nota 90.

explicación de la normatividad jurídica y admitir la posibilidad de otros esquemas conceptuales para el estudio científico del derecho.

Este es el dilema que, según Paulson, Kelsen no pudo resolver, lo que acarreó consecuencias catastróficas para las pretensiones de superioridad de su doctrina sobre las explicaciones alternativas. Mi reconstrucción del argumento trascendental tiene tres pilares: la idea de que las normas enlazan hechos enunciados normativamente; la tesis de que el material dado a la ciencia del derecho son las normas jurídicas; y una estrategia argumentativa que muestra la insuficiencia de las interpretaciones no normativas del derecho con las que la teoría pura rivaliza, a saber, el iusnaturalismo y el positivismo reduccionista.

El primer punto de la reconstrucción tiene que ver con una idea que ya he formulado con alguna insistencia: que las normas jurídicas no enlazan hechos naturales descritos en términos de causas y efectos, sino eventos en cuya enunciación se emplea un lenguaje jurídico-normativo. En otras palabras, las normas no relacionan hechos físicos que posteriormente la ciencia del derecho traduzca como ilícitos y sanciones. Esta explicación normativa de los fenómenos naturales era propia, según Kelsen, del pensamiento primitivo, el cual veía en estos acontecimientos una forma de castigo y recompensa, de origen divino, por los actos realizados³⁵⁵. El que un hecho físico, en tanto que tal, no puede ser parte de una norma queda claro si tenemos en cuenta que una acción humana sólo entra en la formulación de, por ejemplo, una sentencia judicial si cumple con los requisitos establecidos en una norma superior para instanciar, es decir, para ser un caso de un tipo de ilícito o de sanción.

Los conceptos normativos son entonces construcciones de la ciencia jurídica y no datos que se ofrezcan directamente a la experiencia perceptual. Un robo, un asesinato o una pena de muerte no son acontecimientos naturales, sino, por decirlo de esta manera, hechos normativos³⁵⁶. Así, por ejemplo, la muerte de alguien por la acción de otra persona no constituye siempre un homicidio, sino que se requiere que dicha acción se haya realizado de la forma establecida por el derecho penal de que se trate. Cuando el juez determina la comisión de un delito no describe un estado de cosas cuya verdad o falsedad pueda fijarse contrastándolo con la realidad; al contrario, con su sentencia crea el ilícito e impone que se lleve a cabo otro acto normativo. Es claro que

³⁵⁵ Véase Kelsen, “La aparición de la ley de causalidad.”

³⁵⁶ El uso de esta terminología quizás tenga implicaciones ontológicas que no discutiré aquí.

aquí no estamos ante hechos conectados causalmente, lo que tenemos son actos de creación jurídica unidos por el principio de imputación³⁵⁷.

3. El material dado a la ciencia jurídica: una reformulación de la tesis kelseniana

La conclusión de la sección anterior tiene consecuencias evidentes para la caracterización del material con que trabaja y elabora sus descripciones la ciencia del derecho. En su época neokantiana, Kelsen pensaba que las proposiciones de esta disciplina eran esquemas de interpretación cuya función consistía en constituir normas. Al alejarse de su herencia trascendental, según algunos comentaristas, Kelsen le habría adscrito a la ciencia jurídica la labor de describir las normas creadas por legisladores y jueces. Ya he apuntado que la aparente renuncia de Kelsen a la tesis de que la jurisprudencia crea su objeto de conocimiento es producto de un malentendido que consiste en pasar por alto que dicha creación debe entenderse en un sentido epistemológico y no material, dado que la norma básica, principio último de la existencia del orden jurídico, se concibe como la condición lógico-trascendental para conocer el derecho³⁵⁸. Y ya que Kelsen asumía la tesis neokantiana de que los objetos son creados por el conocimiento se puede concluir que, para la teoría pura, el derecho sólo existe en la medida en que contamos con un marco conceptual mediante el cual podemos pensar jurídicamente ciertos fenómenos.

Conectado estrechamente con lo anterior está el tema de la correcta caracterización del material sobre el que la ciencia jurídica construye sus descripciones. Este punto es de primordial importancia para la explicación kelseniana de la normatividad y para la adecuada comprensión de sus raíces neokantianas. El mismo Kelsen ha contribuido, con su confuso paralelismo entre el caos de las percepciones sensibles y el resultado de la legislación (acuerdos, dictámenes, enmiendas, derogaciones, etcétera), a generar la opinión de que el abandono de esta (insostenible) asimilación provocó un giro de ciento ochenta grados en la teoría pura, que se resume en la renuncia a su herencia neokantiana y la adopción de una posición positivista para la cual las normas no son creadas por la ciencia del derecho sino por la actividad de hombres

³⁵⁷ Esto tiene importantes consecuencias para el tema de la verdad jurídica que no analizaré en esta tesis. Al respecto, Ulises Schmill sostiene que: “nunca puede afirmarse que el hecho condicionante se haya establecido de manera absoluta apegada a los hechos, tal como realmente ocurrieron, pues estos hechos así calificados no existen y sólo puede decirse que el juez o la autoridad deciden y resuelvan el conflicto con los hechos que han podido probarse en el expediente...”. Ulises Schmill, “La ética y la moralidad en la teoría de Hans Kelsen,” *Criterio y conducta*, no. 1 (enero-junio 2007): 187.

³⁵⁸ En cambio, el derecho es creado materialmente por los miembros del órgano legislativo y los jueces.

dotados de autoridad³⁵⁹. Como ya se apuntaba en el capítulo anterior, la forma de conciliar la función descriptiva de los juristas con la tesis de que las normas, en tanto objetos de conocimiento, son creadas mediante categorías a-priori, es reformular la analogía entre las percepciones y el material dado a la consideración jurídica. Por lo tanto, aquello que el científico del derecho describe no es una sucesión de actos caóticos sin forma alguna, ni eventos físicos enlazados causalmente; por el contrario, el material sobre el que trabaja es ya el producto de una elaboración conceptual en la que intervienen nociones normativas³⁶⁰, sin las cuales simplemente no habría normas pues ellas hacen posible, por ponerlo así, la concepción jurídica del mundo.

Decía que el propio Kelsen es responsable de los malentendidos a que ha dado lugar su uso, no siempre riguroso, de la terminología kantiana. Un claro ejemplo de esta falta de precisión es, justamente, la comparación de las percepciones sensibles con el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica. En una interesante nota, García Amado señala a guisa de ejemplo de la equivocidad del lenguaje kelseniano el siguiente pasaje: “yo no afirmo que la norma fundamental vale, sino sólo que se presupone su validez cuando se interpreta el material jurídico en un cierto sentido. Pero no excluyo de ningún modo la posibilidad de no interpretar así este material, de no presuponer la norma fundamental”³⁶¹. En esta cita se denomina jurídico al material que va a ser interpretado científicamente, por lo que “lo jurídico” sería el resultado de la interpretación normativa pero al mismo tiempo existiría antes de ésta, lo que resulta claramente inconsistente.

Si lo dado al pensamiento científico es ya un material normativo, cómo distinguir aquello que la consideración jurídica agrega a su objeto. Esta pregunta plantea un falso problema que se diluye con la idea de que si bien la ciencia del derecho parte de hechos formulados normativamente, los cuales constituyen normas jurídicas, la explicación de su validez tiene que esperar la entrada en escena de la jurisprudencia. Así, el mandato emitido por un órgano legislativo para que los contribuyentes paguen un determinado porcentaje de impuesto sobre la renta no se expresa en un lenguaje naturalista sino mediante nociones jurídicas. Sin embargo, la validez de las normas supone, en última instancia, las categorías que hacen posible que la ciencia jurídica constituya su objeto de estudio. Por supuesto que la legalidad de las leyes, reglamentos, etcétera, puede ser confirmada por órganos superiores a los emisores de tales normas; no obstante, desde el punto de vista de la fundamentación epistemológica, es la ciencia jurídica, y

³⁵⁹ Véanse capítulos II y III.

³⁶⁰ Véase capítulo III.

³⁶¹ García Amado, *Hans Kelsen y la norma*, 36 nota 44.

específicamente el supuesto de la norma básica, la que proporciona la explicación del carácter normativo del derecho.

De igual forma se puede responder, a quien señalara que la tarea de la jurisprudencia es posterior en el tiempo a la emisión de las normas, que aquí se puede aplicar analógicamente lo que Kant decía de que si bien todo conocimiento proviene, o es anterior, a la experiencia, no todo éste se funda en ella. Es decir, de la misma manera en que las formas de la intuición preceden a nuestra experiencia, haciendo posible la percepción espacio-temporal, las categorías de la ciencia jurídica son anteriores, epistemológicamente, a la creación material de las normas, dado que sin ellas no podríamos concebirlas como elementos de un orden coactivo, válido y dinámico de la conducta humana. Ahora bien, es claro que en la realidad cotidiana la creación y aplicación del derecho antecede a la tarea de la ciencia jurídica, que consiste en la fundamentación teórica de su objeto.

En relación con la idea de que las normas no están dadas a la manera de nuestras percepciones, Stefan Hammer cita la siguiente afirmación de Kelsen: “Obviamente las normas no están dadas de la misma forma en que lo están los hechos existentes que percibimos a través de los sentidos” (La traducción es mía)³⁶². Y agrega que si así fuese no existirían normas y la ciencia legal no sería normativa. Cabe señalar, dice, que la norma básica establece dos criterios para identificar aquellos hechos que serán interpretados normativamente: que la normas sean emitidas o positivizadas mediante actos establecidos en una disposición superior, y que sean generalmente eficaces. Así, la norma básica funciona como el criterio de selección del conjunto de hechos, de entre el vasto material empírico del mundo, que van a ser objeto de una lectura jurídica³⁶³.

Por su parte, Karl Larenz señala que Kelsen no es consistente con la tesis de que las normas son creadas por la ciencia del derecho, pues afirma que la producción de leyes, reglamentos, sentencias, actos administrativos, etcétera, no compete a esta disciplina sino a “los factores reales del mundo del ser”; sin embargo, el legislador, aclara Larenz, no produce las normas pero sí el material con el cual la ciencia jurídica elabora sus preceptos. Por lo tanto, concluye, si el derecho surge a través de actos cognoscitivos y no de voluntad, es una inconsecuencia terminológica

³⁶² Hammer, “A Neo-Kantian Theory,” 188. El texto en inglés dice: “*Obviously norms are not given in the same way as sensibly perceptible facts, which exists*”.

³⁶³ *Ibid.*, 189.

decir que la legislación y la jurisdicción son actos productores de derecho³⁶⁴. Ya antes me había referido a este tipo de señalamientos al distinguir que los sentidos en que se afirma, por una parte, que la ciencia jurídica y, por la otra, la actividad de legisladores y jueces crean el derecho son distintos, por lo que no hay tal incongruencia conceptual.

Para terminar esta breve revisión de posturas en torno al estatus del material dado al pensamiento jurídico, me referiré a la opinión de William Ebenstein quien, haciéndose eco de la equívoca comparación de Kelsen entre las percepciones sensibles y el objeto del conocimiento jurídico, apunta que los reglamentos, órdenes judiciales, etcétera, que componen el alógico material de la ciencia del derecho son epistemológicamente similares a las alógicas impresiones sensoriales que sólo mediante la racionalización llegan a ser objeto de conocimiento³⁶⁵. Así, Ebenstein cae en el error de asimilar el caos de nuestras impresiones con la materia desestructurada de la cognición jurídica, pues ni las primeras son tales, porque desde la perspectiva kantiana éstas poseen la forma espacio-temporal que les impone nuestra intuición, ni “lo dado” a la comprensión jurídica son datos caóticos sino que se trata de hechos (actos humanos) estructurados normativamente.

4. Estrategias para probar la unicidad de un esquema conceptual

Con las anteriores aclaraciones se puede ya dar el paso final en la reformulación del argumento trascendental que Kelsen ofrece a favor de la explicación normativa del derecho. Stanley Paulson plantea que existen dos vías abiertas para ello: una es ofrecer un argumento analítico que elimine de entrada la posibilidad de explicaciones alternativas; la otra consiste en combatir casuísticamente cada una de las interpretaciones rivales. Según Paulson, el problema con la segunda estrategia es que tal revisión no puede ser exhaustiva, pues siempre existe la posibilidad de que surja una nueva explicación que no hayamos contemplado, por lo que las razones a favor de la lectura normativa nunca serán concluyentes. En cuanto a la primera opción, dice el autor, Kelsen no pudo proporcionar un argumento trascendental dado el obstáculo insalvable que le representó el dilema ante el cual lo ponía el escéptico³⁶⁶.

El camino que seguiré será una especie de vía intermedia ya que intento mostrar que si bien la interpretación normativa no era la única disponible en la época de Kelsen, después de evaluar el

³⁶⁴ Karl Larenz, “La filosofía contemporánea del derecho y del estado,” *Revista de derecho privado*, (1942): 65-6.

³⁶⁵ William Ebenstein, *La teoría pura del derecho* (México: Ediciones Coyoacán, 2004), 43.

³⁶⁶ Véase capítulo II nota 92.

esquema conceptual de las otras propuestas la conclusión es que sólo ella era capaz de dar cuenta de los fenómenos jurídicos. Con el examen de los principios metodológicos de dichas opciones se evita tener que evaluar cada nueva explicación que siguiera las mismas líneas, porque los resultados del análisis de las estrategias (naturalistas o iusnaturalistas), disponibles en ese tiempo para una teoría jurídica, servirían para establecer de inmediato la viabilidad de cualquier propuesta que empleara supuestos del mismo tipo. No se trataría, en suma, de contrastar la teoría pura con cada nueva explicación comenzando de cero, sino que las conclusiones de la comparación entre los posibles principios metodológicos evita, de algún modo, el análisis casuístico en virtud de que las respuestas estarían ya fijadas de antemano.

Revisemos ahora someramente la discusión en torno al estatus de los argumentos trascendentales, que será el marco para proponer una lectura de la estrategia kelseniana en el sentido indicado.

4.1 Los argumentos trascendentales

Dice Isabel Cabrera, en la introducción al libro *Argumentos trascendentales*, que los argumentos de este tipo entendidos como una estrategia para probar condiciones de posibilidad tienen una estructura bastante simple que consta de dos pasos: se parte de la afirmación de que algo (A) es verdad, para luego demostrar que si no se da cierta condición o conjunto de condiciones (C), A no sería posible. Esta estructura puede esquematizarse de la siguiente manera³⁶⁷:

$$\begin{array}{l}
 \text{P1: } A \\
 \text{P2: } (\sim C \rightarrow \sim \Diamond A) \\
 \hline
 \square C
 \end{array}$$

Hay una profusa discusión, en la que no entraré, sobre si es posible derivar la necesidad de C a partir de P1 y P2, y acerca de cómo podría reforzarse, en su caso, la segunda premisa para garantizar la conclusión. Me limitaré aquí a revisar si existe forma de probar la unicidad de C a fin de proponer una estrategia para resaltar las fortalezas del argumento trascendental de la teoría pura.

³⁶⁷ Isabel Cabrera, “Argumentos trascendentales o cómo no perderse en un laberinto de modalidades,” en *Argumentos trascendentales*, ed. Isabel Cabrera (México: IIF-UNAM, 2007), 8.

En el fondo del debate en torno a la disponibilidad, en su época, de esquemas teóricos alternativos a la explicación kelseniana de la normatividad, está la capacidad que puedan tener los argumentos trascendentales para demostrar la unicidad de un cierto marco conceptual. En esta sección me ocuparé brevemente del tema con miras a delinear una defensa de la doctrina de Kelsen, no como la única pero sí como la mejor posible en su momento.

Stephan Körner es quizá quien con mayor claridad ha puesto a debate la imposibilidad de demostrar la unicidad de un esquema conceptual mediante argumentos trascendentales. En resumen, Körner sostiene que hay tres caminos que se pueden intentar para mostrar el carácter único de una cierta explicación:

1. Compararla con la experiencia “indiferenciada” por medio de un método preexistente.
2. Contrastarla con las posibles alternativas.
3. Examinarla desde dentro³⁶⁸.

Se dice que la estrategia (1) es inviable porque la comparación con una supuesta experiencia pura, aún sin conceptualizar, tendría que hacerse en el lenguaje de algún otro marco conceptual, de forma que nunca entraríamos en contacto con tal experiencia. Incluso, continúa Körner, si presuponemos que algo así existe y que es posible acceder a ella a través de una determinada teoría, ello no significa que no fuese asequible mediante otros esquemas. Sobre este primer punto, Eva Schaper sostiene que (1) asume una experiencia pura que es imposible³⁶⁹. Pienso que la imposibilidad radica no en dar por sentada dicha experiencia sino en contactar con ella directamente.

Por su parte, (2) nos pide suponer que pueden existir varias teorías para después demostrar la unicidad de una en particular; sin embargo, la estrategia se auto refuta pues el requisito de entrada es la negación de lo que se quiere probar: que son posibles distintas explicaciones. Por

³⁶⁸ Stephan Körner, “La imposibilidad de las deducciones trascendentales,” en *Argumentos trascendentales*, ed. Isabel Cabrera (México: IIF-UNAM, 2007), 37-8.

³⁶⁹ Eva Schaper, “¿Son imposibles las deducciones trascendentales?,” en *Argumentos trascendentales*, ed. Isabel Cabrera (México: IIF-UNAM, 2007), 54. Hintikka, por su parte, señala que nuestro contacto con las cosas está “coloreado” por los “instrumentos” que empleamos para conocer. Si pudiéramos eliminar de nuestro conocimiento el influjo que en éste tienen los procesos cognoscitivos, tendríamos acceso a las cosas tal como son en sí. Si embargo, esto significaría, paradójicamente, la destrucción del mismo conocimiento trascendental, pues éste se plantea fijar los límites de nuestras actividades cognoscitivas. Hintikka sostiene que la imposibilidad de conocer el mundo tal cual es no significa que una barrera infranqueable nos separe de él, sino que dicho conocimiento es inagotable. Jaakko Hintikka, “La paradoja del conocimiento trascendental,” en *Argumentos trascendentales*, ed. Isabel Cabrera (México: IIF-UNAM, 2007), 292-3. Esta última idea es muy similar a lo que Hermann Cohen dice con respecto a la noción kantiana de noúmeno. Véase capítulo I.

último, (3) tampoco funciona porque si para el examen de las alternativas se emplean las categorías del esquema favorecido, a lo más que podemos aspirar por este camino es a mostrar cómo opera éste, pero desde luego no a demostrar que es el único disponible. La conclusión de Körner es que la imposibilidad de probar el carácter único de un esquema hace inviables las deducciones trascendentales como argumentos concluyentes³⁷⁰.

Schaper le hace a Körner una serie de observaciones interesantes al afirmar que las tres estrategias planteadas por él tienen que ser capaces de bloquear no una teoría en particular, sino toda alternativa posible, mostrando que cualquiera de ellas violaría algún presupuesto necesario de la experiencia. El problema con esto es que no parece haber forma de evitar caer en una petición de principio, pues si tal presupuesto pertenece al esquema cuya unicidad se intenta probar, el argumento ni siquiera puede iniciar; pero si no es parte de éste entonces o bien debería pertenecer a él por ser su consecuencia, y entonces como dice Schaper, la culpa es nuestra por haber pasado este hecho por alto, o dicho marco no es, contrario a lo que habíamos creído, el único disponible³⁷¹. La autora concluye que las pretensiones de exclusividad no se pueden ni probar ni refutar, pues la elección de una teoría está determinada por factores no cognoscitivos, es decir, extra-sistémicos³⁷².

³⁷⁰ Körner, “La imposibilidad,” 37-8.

³⁷¹ Schaper, “¿Son imposibles,” 55. Pedro Stepanenko señala que Thomas Seebohm coincide con Körner en que Kant no proporciona una prueba de la unicidad de su tabla de categorías, pero que a diferencia de éste Seebohm piensa que ello no se debe a una confusión o defecto del sistema kantiano, sino al rechazo explícito de Kant de la posibilidad de dicha prueba. Para Seebohm esto no significa, continúa Stepanenko, que algún esquema alternativo es factible, sino que la prueba de la unicidad no tiene sentido pues es inútil considerar que un esquema es alternativo cuando en su formulación usamos los conceptos del propio esquema cuya unicidad queremos demostrar, el cual además establece los límites de lo concebible. Pedro Stepanenko, *Categorías y autoconciencia en Kant. Antecedentes y objetivos de la deducción trascendental de las categorías* (México: IIF-UNAM, 2000), 182. Esta dificultad que enfrentan los argumentos trascendentales es uno de los “cuernos” del llamado trilema de Münchhausen que afecta la búsqueda de la certeza absoluta de cualquier proposición P. Toda investigación con este objetivo tendrá que justificar la justificación de P, y así sucesivamente, por lo que o bien se cae en un regreso al infinito de proposiciones justificantes, o en un círculo vicioso (A se justifica por B, B por C y C por A), o se llega a una verdad que ya no se justifica y que se toma por autoevidente. Como lo afirma Schaper, los argumentos trascendentales no pueden evadir una petición de principio. Esta situación es similar a la tercera opción del trilema, pues el hecho de que es imposible plantear un esquema alternativo desde fuera del esquema del que se parte significa, en última instancia, que sus premisas deben darse por sentadas sin ulterior explicación.

³⁷² Schaper, “¿Son imposibles,” 57. Ralph Walker sostiene, en sentido contrario, que nuestro esquema conceptual posee las herramientas para ir más allá de él mismo y puede así ser contrastado con la realidad. Siempre podemos preguntarnos cómo sería el mundo si prescindieramos de un cierto subconjunto de los principios que forman parte del esquema con el cual describimos la realidad. Una marco explicativo alternativo sería viable en caso de que éste fuese compatible con la posibilidad de la experiencia. Habría que anotar que Walker delimita las opciones teóricas a subconjuntos de principios del esquema “original”, con lo que no queda claro que tanto se trata de alternativas radicalmente diferentes o de meras variaciones del aquél. Ralph C. S. Walker, “Argumentos trascendentales y escepticismo,” en *Argumentos trascendentales*, ed. Isabel Cabrera (México: IIF-UNAM, 2007), 245-6.

En un reciente libro sobre la teoría pura, Lars Vinx sostiene una posición similar a la anterior al comentar el principio metodológico asumido por Kelsen de que para poder construir la jurisprudencia como una ciencia independiente es necesario eliminar de la cognición jurídica todo aquello que no pertenezca a su objeto, el derecho. Este principio no cancela por sí mismo, como lo sostiene Kelsen, otras explicaciones de lo que es el derecho; por el contrario, presupone una toma de postura previa sobre lo que es el objeto del conocimiento jurídico. En palabras de Vinx, el alegato de que la teoría del derecho debe ser científica e independiente de otras ciencias sólo puede llegar a ser un principio metodológico operativo una vez que hemos establecido su objeto de estudio, pues es precisamente la naturaleza de éste la que, en todo caso, requeriría que la jurisprudencia fuera una disciplina independiente. Kelsen, en cambio, argumenta inversamente al afirmar que el derecho es lo que la teoría pura determina, dado que todas las demás formas de identificar el derecho fracasan porque no lo consideran el objeto de una ciencia independiente. Lo anterior, concluye Vinx, suena claramente a una petición de principio³⁷³.

Por su parte, Uta Bindreiter hace una consideración parecida al afirmar que la presuposición de la norma básica no es la única forma de explicar coherentemente los datos que se ofrecen a la interpretación jurídica, por lo que una argumentación trascendental tendría que mostrar que lo dado a la cognición, los actos subjetivos de voluntad, sólo pueden ser entendidos normativamente³⁷⁴.

³⁷³ Lars Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 29. En general, esta obra propone una forma de argumentar a favor de la teoría kelseniana de la normatividad que evitaría la petición de principio mencionada mediante el establecimiento de una conexión entre dicha teoría y la concepción política kelseniana. Así, el criterio para juzgar los méritos de la teoría pura sería el hecho de que su explicación del derecho y de la normatividad jurídica es la que nos permite construir el ideal de Estado de derecho (*rule of law*), el cual constituye la única base sólida para fundamentar el deber de obediencia a las normas que los estados reclaman a sus ciudadanos. En otras palabras, la razón de que estemos justificados a presuponer la norma básica, así como la explicación de la autoridad normativa que se deriva de ella, sólo puede fundarse en la contribución que la legalidad hace a la legitimidad del poder político ejercido legalmente. Como el mismo Vinx afirma en la página 56: “*to presuppose a basic norm (...) is to postulate that exercises of coercive force that take place under the authorization of that basic norm are, in some sense and to some extent, morally justified*”. En este sentido, se asevera, la explicación kelseniana de la normatividad jurídica contribuye a realizar lo que el autor llama la “utopía de legalidad”, un arreglo institucional caracterizado por un Estado de derecho, un orden democrático de toma de decisiones y un sistema de revisión de la constitucionalidad de las leyes, el cual promueve, como ningún otro, una serie de valores “genuinamente” morales que tienen peso por sí mismos (“*have independent standing*” 216). Creo que la justificación moral de la teoría pura que hace Vinx es contraria a la tesis kelseniana de la separación entre la moral y el derecho. En suma, la perspectiva de Vinx es opuesta a la mía pues él asume que su propósito es cuestionar la lectura “oficial” de Kelsen que intenta defender la teoría pura sobre bases estrictamente metodológicas o epistemológicas. *Ibid.*, 31.

³⁷⁴ Uta Bindreiter, *Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine* (The Hague: Kluwer Law International, 2002), 27-8.

¿En qué situación quedan los argumentos trascendentales si no son capaces de demostrar unicidad? ¿Cuál es su fuerza probatoria? Se ha sostenido que estos razonamientos sólo pueden aspirar a mostrar que un esquema conceptual proporciona la mejor explicación hasta el momento, o a establecer condiciones de inteligibilidad o significatividad de un cierto tipo de discurso: nuestro lenguaje sobre los objetos externos, las acciones morales o la experiencia jurídica. El argumento trascendental implícito en Kelsen correría la misma suerte de este tipo de razonamientos. De hecho, al ser la teoría pura concebida como una tercera vía entre el iusnaturalismo y el positivismo reduccionista, lo que entraña la existencia de explicaciones rivales, la mejor forma de evaluar las virtudes de la estrategia kelseniana sería contrastarla con ellas, como lo sugiere el camino (2) mencionado por Körner.

5. El argumento trascendental kelseniano reformulado

Sin embargo, hay una tesis metodológica en Kelsen que puede usarse para armar una defensa del carácter único de su esquema explicativo frente a sus oponentes: la distinción entre el principio de la causalidad y el de la imputación. La idea es que tal división limita el número de opciones teóricas que puede haber, haciendo factible el análisis de la viabilidad de las posibles alternativas a la teoría pura, con miras a establecer la unicidad de ésta. Al acotarse metodológicamente, por su tipo, la cantidad de teorías jurídicas disponibles se eliminan las desastrosas consecuencias de (2), pues por una parte la mera suposición de otras explicaciones ya no significa la auto refutación de las pretensiones de unicidad, en cuanto no se trata de una prueba a-priori porque no se afirma que las alternativas violen algún principio lógico, sino que éstas son metodológicamente inviables, lo que sólo puede demostrarse en forma a-posteriori, después de analizarlas. Por otra parte, con tal limitación se logra, de probarse la superioridad de uno de los esquemas conceptuales, dar un argumento analítico modificado, y no ya casuístico, a favor de su exclusividad, pues aunque siempre aparecieran nuevas teorías sabríamos de antemano que sólo una de las perspectivas conceptuales es viable.

De esta manera se habrá logrado mostrar, digamos, que A es no sólo la mejor explicación disponible sino la única posible de entre A, B y C, no porque B y C sean incongruentes lógicamente, sino porque para el estudio de su objeto emplean herramientas inadecuadas. Esta estrategia combina (2) con (1), porque los principios de la causalidad y de la imputación hacen el papel de criterio objetivo que en la estrategia (1) de Körner desempeña la llamada por él

“experiencia indiferenciada”. Estos principios, al situarse fuera de los esquemas en competencia, son extra-sistémicos. En este sentido, la distinción kelseniana debe poder ser establecida como el “punto de vista” desde el cual es factible juzgar la adecuación de las teorías. Este análisis tendría que evaluar la congruencia interna de las alternativas, sus alcances explicativos, la economía de su andamiaje conceptual, sus consecuencias prácticas y sus compromisos ontológicos, en suma, las virtudes que toda teoría debe tener³⁷⁵. Como ya he indicado, en este trabajo sólo podremos apuntar algunas de las ventajas de la explicación kelseniana de la normatividad, aparte de su crítica al iusnaturalismo y al positivismo de corte reduccionista, al momento de referirnos a la posición del llamado positivismo incluyente en torno a la relación entre el derecho y la moral.

La distinción metodológica neokantiana entre causalidad e imputación fue una de las principales divisas de este movimiento filosófico, al ser el fundamento de la clasificación de las ciencias en naturales y culturales³⁷⁶. Esta distinción es acertada no obstante que, seguramente, el estado actual de la discusión epistemológica es muy diferente al que prevalecía en el siglo XIX. A pesar de la complejidad y sofisticación de la metodología en el campo de las disciplinas naturales y sociales, parece que en términos muy generales, y sin pretender una descripción detallada de las técnicas específicas en cada área del conocimiento, dicha metodología puede dividirse en causal (que incluiría todas las variaciones de los procedimientos utilizados en las llamadas ciencias naturales), no causal (en donde situaríamos el principio de imputación y las demás herramientas conceptuales de comprensión empleadas en la investigación histórica, sociológica, etcétera), y una tercera alternativa que denominaré “mixta” a falta de un mejor nombre. En esta última cabrían los enfoques que combinan explicaciones causales y no causales, del tipo que usa el realismo jurídico, el cual define nociones normativas en términos de la probabilidad de conductas³⁷⁷. Tenemos entonces para la ciencia jurídica, *grosso modo*, tres posibles perspectivas metodológicas y el desafío es mostrar que, en este caso, la de tipo no causal es superior a las demás. Esta tarea, decía ya, sólo puede ser aquí delineada en sus trazos más generales.

³⁷⁵ Eva Schaper parece sugerir una estrategia de algún modo similar a la mía al indicar que la única forma de decidir si las explicaciones son factibles, a pesar de ser formuladas en el lenguaje de un esquema conceptual particular, es analizar las consecuencias de su aplicación. Si una teoría es única, los efectos de los esquemas alternativos serán “uniformemente” perjudiciales. Schaper, “¿Son imposibles,” 54-5.

³⁷⁶ Véase capítulo I.

³⁷⁷ Esta idea es opuesta a la crítica de Kelsen contra del sincretismo metodológico en la ciencia del derecho.

En resumen, mi alegato es que las pretensiones de unicidad de la doctrina kelseniana, su aspiración a ser la tercera vía entre la teoría del derecho natural y el positivismo basado en hechos, no tienen por qué correr la misma suerte de los argumentos trascendentales, pues su fuerza disuasiva no está en que cancelen el surgimiento de explicaciones contrincantes, sino en que sus méritos teóricos son superiores. Quizá la razón de esto se halle de nuevo en que, como Kelsen mismo lo reconoció, no es factible una aplicación directa del método kantiano a la esfera de la ciencia jurídica. Mientras que en la crítica de la razón pura eran las condiciones a-priori de posibilidad de toda experiencia lo que estaba en el centro de la discusión y, por lo tanto, se necesitaba un argumento para mostrar que sin ellas no podemos tener ninguna percepción; en la teoría pura la necesidad de las categorías jurídicas (del método de la imputación), sólo se comprueba a-posteriori, después de que se han puesto de manifiesto los inconvenientes de los otros esquemas conceptuales.

6. Ventajas de la doctrina kelseniana sobre sus oponentes históricos

En primer término es importante insistir de nuevo en que mi objetivo es mostrar que la teoría pura es superior a sus contrincantes históricos no porque no pueda haber otras explicaciones, sino debido a que éstas son metodológicamente inviables en virtud de que su objeto de estudio termina por ser, a pesar de ellas, algo diferente al derecho, como intentamos fundamentar en el capítulo anterior.

Mi idea central es que ninguna de las alternativas históricas disponibles, salvo la “concepción jurídica de la normatividad” (como la llama Alida Wilson), es capaz de explicar la validez del derecho. Si éste es un ordenamiento dinámico y coactivo de la conducta humana, cualquier concepción que no de cuenta de estos rasgos fundamentales no es una alternativa explicativa viable. Recordemos que de acuerdo con Paulson la admisión que hace Kelsen de que, además de la interpretación normativa, son posibles otras explicaciones del derecho como la del sociólogo e incluso la del anarquista, que no ve en las normas más que la materialización de los intereses económicos de la clase propietaria, hace que el argumento trascendental pierda fuerza, pues la lectura normativa no es ya necesaria para entender el derecho y queda sólo como una de entre varias posibilidades.

La línea de argumentación que seguiré es la siguiente: aún si se acepta que la interpretación normativa del sentido subjetivo de ciertos actos de voluntad no es la única lectura posible del

material jurídico y que, por lo tanto, el anarquista puede ver en los mismos actos, ahí donde el jurista habla de normas, el mero ejercicio desnudo de la fuerza, de aquí no se sigue que la argumentación kelseniana pierda su sentido trascendental, ya que sólo la presuposición de la categoría de imputación, que a su vez tiene como base la norma básica o SFJ, permite ver en esos actos de voluntad hechos productores de derecho. Por ello, el anarquista simplemente no puede dar cuenta de la validez jurídica. El problema no es entonces que existan interpretaciones alternativas de los mismos datos, sino que sólo una de ellas es la que explica el derecho en términos de un orden dinámico y coactivo de la conducta humana.

Aquí sucede algo similar a lo que acontece, según Kelsen, en el caso de nuestro conocimiento del mundo natural. El pensamiento primitivo daba cuenta de las relaciones entre los fenómenos físicos (por ejemplo, entre una mala cosecha y ciertos comportamientos), en base al principio de retribución, según el cual las inundaciones o las sequías se concebían en forma de castigos por las malas conductas. Si bien podemos decir que ésta es una exégesis alternativa del mundo natural que presupone una serie de creencias religiosas o metafísicas, parece bastante claro que la interpretación causal proporcionada por las ciencias naturales permite una mejor comprensión de los fenómenos meteorológicos al posibilitar, por ejemplo, el cálculo preciso de su ocurrencia y la explicación de su dinámica de formación. Si suponemos que la naturaleza consiste en regularidades cuantificables matemáticamente, y no en la manifestación de la voluntad divina, tenemos entonces que ella sólo puede ser el conjunto de leyes que la ciencia nos entrega. Por su parte, lo que el hombre primitivo explica no es la naturaleza en este sentido matemático, sino el mundo físico como revelación de una voluntad sobrenatural.

De la misma forma, si partimos de que el derecho es un orden dinámico y coactivo de la conducta humana, sólo la ciencia jurídica, adoptando un punto de vista normativo, es capaz de dar cuenta de éste su principal rasgo definitorio. El sociólogo, que de entrada quizás acepta esta caracterización pero que decide ver en el derecho una serie de relaciones de poder (de mandato y obediencia), sencillamente no puede explicar la validez del orden jurídico en el sentido, llamémosle así, objetivo que le es propio, pues en este tipo de teorías se tiende a psicologizar dicho elemento, es decir, a definirlo en términos de una compulsión psicológica a realizar lo que el orden normativo pide por miedo, por ejemplo, a las consecuencias del incumplimiento. El anarquista, por su parte, también es proclive a explicar la validez recurriendo a mecanismos psicológicos; pero además él da una definición material del derecho al considerar que éste es

fundamentalmente la expresión de los intereses de una clase. La inviabilidad de ambas explicaciones se deriva de que ninguna de las dos es capaz de capturar adecuadamente el elemento normativo de todo orden jurídico que, como decía Kelsen, lo distingue de la mera amenaza desnuda.

Paulson había dicho que el problema de la teoría pura era que el argumento trascendental sólo funcionaba si asumíamos el punto de vista de la ciencia jurídica, es decir, si aceptábamos jugar el “juego del derecho”, pero que tal argumentación no podía situarse fuera del *factum* de esta disciplina, como pretendían los neokantianos al sostener que toda filosofía parte de los hechos culturales históricos sobre los que elabora una reflexión para establecer sus condiciones de posibilidad. La consecuencia de lo anterior era que no podían descartarse otros tipos de explicación del fenómeno jurídico, por lo que la demostración trascendental resultaba no concluyente, ya que no acreditaba ser el único camino a seguir³⁷⁸.

Sobre este punto habría que decir dos cosas: en relación con la crítica específica de Paulson adelantaré una de las conclusiones que quiero perfilar en este capítulo, a saber, que el principio de la imputación es, frente a sus alternativas históricas, el método más adecuado para abordar el estudio del derecho. Por tal razón, si la única forma de dilucidar la validez del derecho es aceptar que ésta sólo puede descansar en una norma que, por necesidad lógica, ya no puede ser positiva sino sólo presupuesta (o, adoptando la reformulación del profesor Schmill, en una proposición o juicio jurídico que explica el sentido coactivo de las normas), entonces el punto de vista normativo tiene que situarse, al ser su condición de posibilidad, fuera del *factum* de la ciencia jurídica. De lo que resulta el otro punto que deseo mencionar, que el argumento kelseniano sí es concluyente, no en el sentido de cancelar las demás explicaciones, sino porque es preferible a éstas.

6.1 Los puntos de vista externo e interno

Otra forma de apreciar la fuerza de la argumentación de Kelsen es usando la distinción hartiana entre los dos puntos de vista, externo e interno, que es posible adoptar para describir el derecho. Veamos en primer lugar qué pasa cuando nos situamos en la posición de un observador externo al orden normativo. En este caso se supone que está, como lo reconoce Kelsen *expressis*

³⁷⁸ Stanley Paulson, “Dos programas radicales de ‘objetivación’. La influencia de Kant y los neokantianos en Hans Kelsen,” en *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica*, eds. Felipe Castañeda, Vicente Durán y Luis Eduardo Hoyos (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007), 249.

verbis, el anarquista que explica en términos de meras relaciones de poder el material dado a la ciencia jurídica, pues no obstante que él puede ser parte de la comunidad cuyo derecho interpreta, asume frente a éste una posición ideológica para criticarlo por ser la expresión de los intereses de la clase dominante, de la misma forma que lo haría si fuera un orden jurídico distinto al suyo el que se estuviera describiendo.

Ahora bien, ¿qué alternativas tiene quien se ubica en una posición externa? Para este análisis echaremos mano, con algunos ajustes, del experimento quineano de la traducción radical³⁷⁹: supongamos que a un jurista con maestría en lingüística se le pide traducir los códigos de conducta de una comunidad sin ningún contacto con el mundo conocido, cuyo lenguaje le resulta totalmente ajeno, sin la más mínima similitud con algún idioma familiar. El experimento funciona igualmente si, en vez del jurista-lingüista, suponemos en su lugar a un extraterrestre que llegara a la Tierra con el encargo de hacer una traducción de nuestro “lenguaje normativo”³⁸⁰. En ambos casos el traductor, quien tiene necesariamente una perspectiva externa porque no es un miembro de la comunidad en cuestión, podría adoptar como hipótesis de trabajo o bien que en el grupo social objeto de estudio sí existe el concepto de derecho, con sus nociones definitorias de facultad, deber, validez, etcétera, o que, por el contrario, los seres humanos que se está interpretando no poseen este marco conceptual. La decisión, en última instancia, dependerá de consideraciones prácticas, como el grado en que una u otra hipótesis permiten explicar de manera congruente su comportamiento lingüístico y demás conductas.

Si resultara que asumiendo la idea de que los nativos (sean los integrantes de una comunidad incivilizada o nosotros mismos), sí poseen el concepto de derecho (y que, por lo tanto, distinguen la orden de un juez de la de un asaltante de caminos, lo que se demostraría conductualmente de acuerdo a estándares propuestos por el traductor), se pudiera dar cuenta de forma más sistemática, con el mínimo de inconsistencias, del lenguaje objeto, entonces sin duda sería más conveniente adoptar la hipótesis de que la comunidad bajo estudio se rige por un orden jurídico. En cambio, si fuese el caso de que resultara más provechoso para la traducción partir de la idea de que su lenguaje no tiene nociones normativas dado que, por ejemplo, y para ponerlo en términos wittgensteinianos, las conductas que típicamente asociamos con su empleo no se

³⁷⁹ Willard V.O Quine, *Word and Object* (Cambridge, Massachusetts: The M.I.T Press, 1992). Véase especialmente el capítulo II.

³⁸⁰ Aquí uso la palabra “normativo” antes de la traducción por cuestiones de redacción, pero en estricto sentido este uso es impreciso pues sólo después de ésta se podrá decir si poseemos un lenguaje normativo.

muestran en sus “formas de vida”³⁸¹, lo más adecuado sería traducir su lenguaje conductual mediante el uso de nociones como “mandato”, “obediencia”, “presión”, “miedo” y otras, que mostrarían que en tal comunidad lo que nosotros llamamos “relaciones normativas” se conciben exclusivamente en forma de conexiones de poder. Consecuentemente, en este segundo escenario no sería posible hacer la distinción hartiana entre “estar obligado” y “verse obligado”, o entre “deber que” y “tener que”, pues la vinculación jurídica quedaría de esta forma explicada fácticamente y no habría en la noción de deber nada más allá de los hechos que se enlazan causalmente. Así, decir que dada una acción A debe aplicarse una sanción B se reduciría, en último análisis, a una afirmación de hechos en donde, por ejemplo, se establece que B debe ser porque es un motivo para que los sujetos se abstengan de hacer A.

En suma, la conclusión que podemos obtener de estas consideraciones es que, desde un punto de vista externo, la adopción del enfoque normativo propio de la teoría pura es opcional frente a las otras alternativas. Se supondría que en el caso del anarquista tal carácter optativo significaría que fuera del terreno político e ideológico este personaje puede ser profesor de derecho y describir su objeto de estudio con un lenguaje normativo. Sin embargo, es importante aclarar que la posibilidad real de escoger entre más de un enfoque teórico (y no entre uno teórico y otro, digamos, práctico, como alegaré sucede con el anarquista), sólo se da estrictamente en el caso de la traducción radical en donde partimos de cero sin ninguna suposición en torno al aparato conceptual de la comunidad objeto y, por lo tanto, hasta los términos experienciales más básicos tienen que traducirse mediante asociaciones, siempre provisionales, entre su conducta lingüística y sus demás comportamientos. La radicalidad de este escenario, la eventualidad de no tener las acostumbradas conexiones entre expresiones lingüísticas y conductas no verbales nos pone frente a la posibilidad de optar de entrada entre dos hipótesis de trabajo, una que podríamos llamar normativista porque supone la existencia de un lenguaje jurídico, y otra de tipo naturalista que parte de que tal vocabulario no existe en la comunidad estudiada y que todo lo que hay son términos que hacen referencia a relaciones de fuerza³⁸².

³⁸¹ Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations* (Oxford: Basil Blackwell, 1989).

³⁸² El Dr. Juan Antonio Cruz Parceros me ha señalado que Alf Ross, en su ensayo “Tû-Tû”, propone una lectura de términos jurídicos como propiedad y crédito, es decir, de los llamados derechos subjetivos, distinta a las anteriores. Ross sostiene que estas palabras no tienen referencia semántica, no refieren a ningún hecho del mundo, sino que son un medio de presentación para sistematizar la conexión entre los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas que de ellos se desprenden. A mí me parece que el ensayo de Ross y el experimento de la traducción radical modificado que aquí empleo apuntan a cosas distintas. Ross pretende demostrar que cuando se dice que una persona tiene un derecho subjetivo, por ejemplo el de propiedad, no se crea una entidad misteriosa sino que se

Decía que el ejemplo del anarquista no es realmente un caso de traducción radical, pues cuando un individuo se coloca frente a su propio orden jurídico o uno ajeno desde un punto de vista externo para condenarlo o encomiarlo moral e ideológicamente, o para explicar el *status quo* desde una perspectiva política o sociológica, en verdad el sujeto adopta una posición práctica y no teórica, dado que su interés es la crítica del derecho y no su descripción³⁸³. Pero en este caso se pierde también, como señalaba con anterioridad, el objeto mismo de la investigación, porque ya sea el jurista o el anarquista, que en esta situación fungen como traductores no radicales o locales, no dan cuenta de la validez jurídica al disolverla en meras relaciones fácticas de poder. Y como veremos más adelante esto no resulta adecuado desde una perspectiva metodológica.

Tenemos entonces que, adoptando la distinción haitiana, si queremos explicar la normatividad o el deber ser del derecho no se puede partir de una perspectiva externa, sino que es forzoso enmarcar el análisis en una interna, que es aquella de los usuarios de un lenguaje jurídico particular, sean meramente sujetos al orden o también científicos del derecho. Esto es así porque, como acabamos de ver, cuando nos situamos en el otro punto de vista, el externo, que es el caso de la traducción radical, lo que pretendemos explicar es el sentido objetivo de ciertos actos de voluntad en términos de conexiones causales entre, por ejemplo, una orden, el temor al castigo y su acatamiento, pero éstas no son relaciones jurídicas sino en todo caso psicológicas. Así interpretados, los actos de voluntad son objeto de la fisiología, la psicología o la sociología, pero no de la ciencia jurídica, por lo que el carácter definitorio del derecho, su validez, simplemente se esfuma. En otras palabras, sólo nos quedamos con el sentido subjetivo de los actos de voluntad, pero se pierde su sentido objetivo, pues el lenguaje normativo no puede surgir a partir

apunta a un hecho posible. Si decimos que una persona compró algo lo que se afirma es que, en caso de que ella interponga una demanda para que se le entregue el objeto en cuestión, el juez fallará en su favor tomando en consideración el hecho de que la compra se consumó. En cambio, mi versión del experimento de la traducción radical busca mostrar que cuando nos enfrentamos a un lenguaje totalmente desconocido podemos partir de una de estas dos hipótesis: los hablantes del lenguaje objeto poseen o no una terminología jurídica. En cambio, lo que Ross quiere probar es que en el lenguaje al que hace referencia los conceptos de compra y préstamo sí tienen significado, pero hay otras expresiones jurídicas, como la de “derecho”, que carecen de él. Resulta entonces que los dos casos persiguen objetivos diferentes y, lo que es más, una de las hipótesis del escenario de la traducción radical, aquélla en donde se concluye que en el lenguaje objeto no hay terminología jurídica, es más radical que la situación imaginada por Ross. Alf Ross, “*Tû-Tû*” (Bs. As.: Abeledo-Perrot).

³⁸³ Véase en el capítulo III la afirmación de Kelsen de que el anarquista en realidad adopta frente al orden jurídico una posición práctica.

del establecimiento de regularidades conductuales dado que este paso entraña una falacia naturalista³⁸⁴.

Contrario a esto, Paulson sostiene que la situación no cambia si adoptamos una perspectiva interna en lugar de una externa, pues las distintas alternativas disponibles para el observador ajeno al orden ahora compiten, dentro de la teoría del derecho, por ser la mejor opción para quien se sitúa en el punto de vista del usuario real del lenguaje normativo en cuestión, que es la posición del miembro de una comunidad cuyo sistema jurídico quiere describir. El problema es que la pregunta del escéptico regresa de nuevo: ¿por qué debería preferirse la explicación kelseniana sobre las otras posibilidades? Ninguna de las dos estrategias, ni la externa ni la interna, habrían servido para librarnos de la molesta presencia del escéptico jurídico.

Adicionalmente, Paulson afirma que Kelsen centra la fuerza de su razonamiento en el hecho de que las dos alternativas posibles a su explicación: el positivismo basado en hechos y el derecho natural clásico presentan errores fundamentales. Si bien él acepta el rechazo kelseniano de la primera de estas doctrinas, dice que la argumentación en contra de la segunda es muy endeble, porque en lugar de razones lo que hay es “un escepticismo indiferenciado y muchas veces expresado en palabras emotivas”, además de que el positivismo reduccionista, el

³⁸⁴ Dworkin asume también, aunque por motivos muy distintos, un punto de vista interno. Para él la explicación de la praxis jurídica involucra una actitud interpretativa que sólo pueden tener quienes participan en ella, principalmente los actores en los procesos judiciales. Aquél que, desde un punto de vista externo, se limita a consignar las distintas posiciones de las partes en conflicto, por ejemplo las opiniones de abogados y jueces, no adopta frente al derecho una actitud interpretativa y, por lo tanto, no lo explica, pues éste no existe previamente a la interpretación sino que, en buena medida, es producto de ella. Esto parece ponernos ante la disolución de la ciencia jurídica tal como la concibe el positivismo jurídico, para el cual el derecho es un sistema de normas cuya explicación objetiva y valorativamente neutra requiere que nos situemos en un punto de vista externo. Ahora bien, mi aplicación a Kelsen de la distinción entre los dos puntos de vista mencionados difiere del uso que de ella hace Dworkin. De acuerdo con él, la perspectiva externa es la de una persona que, sin ningún propósito interpretativo sobre los derechos que corresponden a las partes en disputa en un juicio, se limita a reportar las interpretaciones en juego, que sería el equivalente al caso del no participante en la práctica jurídica de que nos habla Hart. En cambio, para poder hacer uso de esta distinción a fin de destacar la fuerza del argumento trascendental kelseniano, he asumido que el punto de vista externo es el de quien adopta un método causal para dar cuenta de la normatividad del derecho. Por esta razón, para Kelsen la ciencia jurídica sólo sería posible desde una perspectiva interna, que es la del método de la imputación, el cual hace posible una teoría pura del derecho y asegura una jurisprudencia científica. Tenemos entonces que si existe alguna dificultad en mantener la objetividad del derecho cuando se adopta un punto de vista interno, como me ha señalado el Dr. Juan Antonio Cruz Parceró, ésta sólo se presentaría para la teoría dworkiniana del derecho como interpretación, pero no en el caso de Kelsen. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986), 1-113. Víctor Rojas Amandi, “El concepto de derecho de Ronald Dworkin.” *Instituto de Investigaciones Jurídicas* (citado el 10 de octubre de 2012, 394-415): disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/246/art/art16.pdf>

iusnaturalismo y la explicación kelseniana no agotan de manera alguna las teorías jurídicas disponibles³⁸⁵.

Ahora bien, en oposición a las tesis de Paulson yo sostengo que la adopción de una perspectiva interna tiene implicaciones diferentes a las que se desprenden de una de tipo externo. Esto resulta especialmente transparente cuando se replantea este último punto de vista con el recurso de la traducción radical, pues sólo en esta situación cabe una interpretación distinta a la normativa que traduzca las expresiones jurídicas de los hablantes del lenguaje objeto en términos de causas y efectos. Y es claro que este escenario sólo tiene un propósito teórico, destacar la indeterminación del significado, que no es extrapolable al caso del jurista, quien se ubica en una comunidad con un lenguaje compartido. Con independencia de esto podemos preguntarnos: ¿por qué el experimento de pensamiento ideado por Quine no funciona, en su versión original, para dar cuenta de la disponibilidad de distintas interpretaciones del derecho? Recordemos que Hart planteaba que un observador que pretende describir un orden jurídico al cual él mismo no está sujeto adopta frente a éste una perspectiva externa. Lo que me interesa destacar de esta situación es que el jurista posee ya, con anterioridad a su labor interpretativa³⁸⁶, un “entendimiento jurídico”, es decir, hace uso del aparato conceptual normativo pues él también es miembro de una comunidad jurídica, aunque distinta de la que intenta describir. Pero entonces podemos aplicar a este caso el mismo razonamiento ya desarrollado que consiste en sostener que si el jurista-lingüista no asume la exégesis normativa y adopta una de tipo causal, quizá esté dando cuenta de la efectividad del derecho pero no de su nota esencial: la validez. Por lo tanto, es incorrecto afirmar que, para la explicación del derecho, es igual partir de un punto de vista interno o externo. Recordemos además que conforme al experimento de la traducción radical de Quine, que aquí he usado para caracterizar lo que sería un verdadero punto de vista externo, sólo en un caso de completo desconocimiento de la referencia y el significado de los términos y oraciones de un lenguaje objeto son posibles distintas interpretaciones de éste. Por todo ello mi conclusión es que a la hora de dar cuenta del derecho sólo se puede partir de una perspectiva interna.

³⁸⁵ Paulson, “Dos programas radicales,” 251.

³⁸⁶ El hecho de que, para Quine, en este caso también hay una traducción se debe a que la descripción del lenguaje normativo objeto descansa, en última instancia, en una serie de correlaciones entre la conducta lingüística y el resto de sus acciones. Aquí no estamos ante una traducción radical pues se puedan dar por sentado los significados de ciertas oraciones y la referencia de ciertos términos dada las similitudes entre el lenguaje objeto y el del jurista. Véase Quine, *Word and Object*.

Decía ya que quien asume, en forma similar al anarquista, una actitud de rechazo hacia su propio orden jurídico, describiéndolo, por ejemplo, como expresión de los intereses de clase de los poseedores de los medios de producción, en realidad adopta, así lo reconoce Kelsen³⁸⁷, un punto de vista político frente al derecho, más no una perspectiva teórica. Su interés no es, aunque así lo manifieste, la descripción objetiva del orden jurídico, sino su desaprobación política y moral. Cuando nuestro propósito es enteramente científico, cuando nuestro acercamiento al derecho no persigue otro fin más que su caracterización objetiva mediante las categorías de la ciencia jurídica, sólo cabe la perspectiva interna, aquélla que asume que la validez es una noción normativa y no natural. Kelsen mismo afirma que el estudio jurídico de un orden puede coexistir con uno de corte no-jurídico, e incluso que se puede pasar del uno al otro siempre que estemos conscientes de que hemos cambiado de punto de vista y nos abstengamos de mezclar sus respectivos métodos. Por eso, dice, el anarquista puede ser también profesor de derecho³⁸⁸.

No está de más insistir en que la explicación interna de la validez que Hart ofrece parece inadecuada, pues utiliza una noción moral de obligación que implica un cierto psicologismo, ya que en último análisis un concepto así extrae su fuerza de la aceptación de las normas por parte de los individuos sometidos al orden. Esta noción moral, como veré más adelante, debe distinguirse de la validez jurídica. Con las debidas precauciones, dado el elemento de moralidad en la concepción hartiana de la normatividad, es posible señalar que el punto de vista que Hart llama interno es, en la teoría pura, la perspectiva de la ciencia jurídica, con la ventaja de que ésta, que Kelsen también denomina “el pensamiento jurídico”, no contiene ningún remanente de psicologismo y sólo se refiere a la consideración pura y objetiva del derecho.

Para finalizar, recordemos que además de la insuficiencia del argumento trascendental, Paulson aduce otras dos razones para rechazar la tesis de que la explicación kelseniana de la normatividad es la única alternativa frente al iusnaturalismo y al positivismo reduccionista: su endeble crítica contra el primero y el hecho de que las posibilidades teóricas dentro de la ciencia jurídica no se reducen a estas dos. La polémica que Kelsen sostiene en contra de la doctrina del derecho natural queda totalmente fuera de mis actuales propósitos. En cambio, al segundo punto sí regresaré en dos momentos posteriores: cuando evalúe si la teoría pura puede considerarse el *Mittelweg* de la jurisprudencia, es decir, el camino intermedio entre los extremos del

³⁸⁷ Véase capítulo III.

³⁸⁸ Hans Kelsen, “Constitutional Function,” *Juridical Review* (1980): 55.

iusnaturalismo y el positivismo basado en hechos, así como a la hora que de algunas indicaciones generales del lugar que podría ocupar la explicación kelseniana de la normatividad dentro del abanico de tendencias que se ofrecen actualmente al científico del derecho.

Antes de continuar quiero reiterar una conclusión preliminar que he venido perfilando en torno a la exclusividad de la teoría pura, frente a sus rivales históricos, como esquema conceptual para explicar la normatividad jurídica, la cual tiene que ver con la tesis neokantiana de que el método de conocimiento determina el objeto. Si, para Kelsen, el derecho o las normas jurídicas, o sea, el sentido objetivo de ciertos actos de voluntad sólo puede ser “captado” y explicado por el método de la jurisprudencia, su validez exige ser dilucidada mediante las categorías propias de la ciencia jurídica. El uso de cualquier noción ajena a esta disciplina, categorías de tipo sociológico o político, demerita su pureza porque implica un sincretismo metodológico que desvía los propósitos de la investigación y oscurece la comprensión de su objeto. De la premisa neokantiana de que el objeto es una creación epistemológica del método de conocimiento se desprende que el enfoque de la teoría pura no es solamente una opción entre otras varias, sino que es el punto de vista necesario para el estudio del derecho, que es una construcción conceptual exclusiva de la ciencia jurídica. Por lo tanto, esta disciplina sólo puede ser normativa dado que los otros enfoques teóricos a los que se enfrentó no construyen ni explican el derecho, sino algo diferente.

6.2 La pureza del método kelseniano

Revisemos ahora la tesis de Juan Antonio García Amado de que una de las características de la norma básica es su disponibilidad, el hecho de que el jurista al explicar el derecho puede optar por admitirla o rechazarla³⁸⁹. Este autor sostiene que la respuesta de Kelsen a la pregunta de si la norma básica es un presupuesto ineludible de la única forma que tenemos de conocer el derecho, o si sólo se trata de uno de los modos posibles de concebirlo, es intermedia, pues afirma que sólo el enfoque positivista, propio de la ciencia jurídica, permite comprender el derecho de manera independiente, en su realidad específica. La adopción del positivismo es entonces opcional porque existen otras alternativas, pero sólo éste garantiza la consideración científica del derecho y cualquier otra posibilidad lo pone a merced de todo tipo de intereses morales e ideológicos. Por estas razones de orden pragmático es importante que en las sociedades predomine la visión

³⁸⁹ García Amado, *Hans Kelsen y la norma*, 53-8.

positivista, pues es la única que asegura un conocimiento objetivo del derecho³⁹⁰. En este sentido, la norma básica es un presupuesto que se debe asumir si se quiere ver en el orden jurídico un objeto de conocimiento independiente y autónomo. Tal es el propósito de la ciencia jurídica, que por eso mismo se distingue de la sociología, la moral o la política.

García Amado agrega que Kelsen no siempre es claro con respecto a que la norma básica es un presupuesto de uno de los modos de ver el derecho, dando a veces la impresión de que toda consideración de este objeto requiere de ella. La razón de esta aparente incongruencia, continúa, es que para Kelsen sólo es posible hablar de un orden jurídico en términos de una realidad independiente y autónoma, pues de otra forma el derecho pierde su especificidad y se convierte en parte de la moral o del mundo fáctico. En suma, para ser jurídico, un conocimiento tiene que presuponer la norma básica. Resulta entonces que su carácter relativo estriba en que dicha norma no puede imponerse a quien no quiera darla por sentada³⁹¹. Mi argumentación será, como lo he adelantado, que el enfoque apropiado para la ciencia jurídica, frente a las otras opciones que se le presentaban a Kelsen, era el normativo con raíces neokantianas, porque en cualquier otro caso se quedaban sin explicación rasgos importantes del derecho.

La norma básica es, en la interpretación de García Amado, el presupuesto último de la visión compartida que se requiere para que haya un orden social, es decir, el fundamento de una suerte de fe común en las cualidades definitorias del derecho. No deja aquí de llamar la atención la psicologización que se hace de la norma básica al convertir en sustento de una fe lo que es realmente una categoría epistemológica en el sentido kantiano³⁹².

Se afirma que el rasgo ideológico de la teoría kelseniana, que consiste en que la adopción de la norma básica, fundamento de la normatividad, se basa a fin de cuentas en una decisión ideológica que involucra un conjunto de factores socio-culturales y hasta económicos. Consecuentemente, la pureza pregonada por Kelsen para su teoría desaparece, puesto que la elección entre su explicación de la normatividad y cualquier otro paradigma no es un asunto decidible de manera objetiva mediante, por ejemplo, un criterio racional, sino que se sustentaría en elementos externos a los propios esquemas conceptuales en disputa. En esta sección primero estableceré qué significa decir que la teoría pura posee un carácter ideológico, para después

³⁹⁰ Ibid., 97-8.

³⁹¹ Ibid., 99-101. Sobre el tema del supuesto elemento ideológico en la teoría pura volveremos después.

³⁹² Ibid., 111 nota 149.

analizar sus implicaciones y evaluar la factibilidad de esta tesis en el contexto de la lectura que estoy defendiendo de las ideas neokantianas de Kelsen.

Veamos en qué consiste la idea de que la teoría pura tiene un rasgo ideológico. García Amado sostiene, a pesar de algunas vacilaciones y cierta falta de rigor en la terminología empleada, que los juristas pueden optar para el estudio del derecho, entre un punto de vista jurídico y algunas otras perspectivas (sociales, pragmáticas, económicas, etcétera), que se distinguirían del primero porque no asumen las premisas básicas de la ciencia kelseniana del derecho: la idea de que éste es un orden dinámico y coactivo de la conducta humana, o que una norma es válida si ha sido creada de acuerdo al procedimiento establecido por una norma de competencia situada en un nivel superior, entre otras. El punto central es que la elección de una perspectiva para el estudio del derecho no es en sí misma una decisión jurídica, porque la jurisprudencia no puede darnos razones para optar por un cierto enfoque en lugar de otro, pues éste es uno de los marcos teóricos en disputa. La fuerza persuasiva de los argumentos dados por Kelsen a favor de su forma de acercarse al derecho se circunscribe al ámbito de la propia doctrina y no puede adjudicárseles una validez extra-sistémica. ¿En qué se basa entonces la adopción de un punto vista para describir los fenómenos jurídicos? Al parecer, en el fondo de tal elección encontramos consideraciones que, en general, llamaríamos morales y políticas o no-cognoscitivas.

Es cierto que en la teoría pura, al menos en sus etapas iniciales, se habla de categorías o condiciones de posibilidad del pensamiento jurídico. En ese contexto la norma básica se presenta dotada de necesidad, porque una vez que adoptamos las premisas metodológicas de la teoría sólo si presuponemos esta norma podemos explicar la validez jurídica. Así, el carácter de inevitabilidad con que aparece investido el esquema conceptual kelseniano se origina en el hecho de que el jurista de corte positivista no tiene más opción que asumir la norma fundamental si quiere dar cuenta de la validez de cualquier ordenamiento eficaz. Podría pensarse que esto es una objeción a la tesis de la “disponibilidad” según la cual existe una serie de alternativas abiertas para abordar el estudio del derecho. Que esta opinión carece de fundamento se ve con claridad, dice García Amado, en cuanto recordamos que el enfoque científico positivista kelseniano, con sus cánones de pureza y neutralidad valorativa, constituye sólo una de las perspectivas disponibles para analizar los fenómenos jurídicos³⁹³.

³⁹³ García Amado, *Hans Kelsen y la norma*, 58.

En apoyo de su interpretación García Amado hace referencia a un texto de 1914 en donde Kelsen habría reconocido, al advertir que la necesidad de la norma básica queda fuera del alcance del conocimiento científico porque no puede demostrarse jurídicamente, que su presuposición está motivada por consideraciones políticas. Así, el punto de vista de que el derecho positivo es el único orden legal existente, junto con la norma básica que garantiza su independencia frente a otros órdenes normativos, es sólo una de las perspectivas a elegir pues de igual forma se puede optar por un marco teórico iusnaturalista o sociológico³⁹⁴.

Ahora bien, García Amado señala que hay una tensión entre el reconocimiento del carácter opcional de la teoría pura y las afirmaciones de Kelsen en las que la norma básica aparece no únicamente siendo la condición de posibilidad de un modo particular de ver el derecho, sino de cualquier perspectiva que aborde el fenómeno jurídico. Esta especie de ambigüedad se la atribuye al hecho de que para Kelsen sólo bajo el ángulo de la ciencia jurídica se puede concebir el derecho como una realidad autónoma e independiente, pues de otra forma se pierde su especificidad, aquello que lo distingue de la moral y del mundo de los hechos. Por ello, un conocimiento del derecho que no presuponga la norma básica no es jurídico, aunque quizá sea moral, político o de otro tipo. Entonces, de nuevo, la relatividad de este supuesto yace en que no puede imponerse a quien opte por estudiar el derecho desde otra perspectiva³⁹⁵.

García Amado insiste en que a pesar de que Kelsen admite la relatividad de su teoría, en ocasiones aplica la “lógica” de su doctrina para evaluar los esquemas conceptuales alternativos, como si fuera un criterio que se situara por encima de las partes en disputa, cuando claramente es uno de los bandos litigantes³⁹⁶. Resulta entonces que la teoría pura es impura pues se pronuncia por una visión específica del derecho: la de la ciencia legal positivista, que no es la única forma de encarar científicamente el fenómeno jurídico.

En apoyo de esta afirmación se hace una analogía entre la situación de la jurisprudencia y lo que sucede en el caso de la geometría, porque de la misma manera en que hay distintas formas de hacer ciencia jurídica: teorías realistas, valorativas, iusnaturalistas, sociológicas, etcétera, también existen varios tipos de geometrías dependiendo de si se aceptan o no los axiomas de Euclides. La teoría pura se presenta revestida del ropaje de una ciencia formal, pero más bien parece una teoría normativa de la ciencia jurídica al establecer normas y procedimientos

³⁹⁴ Ibid., 117.

³⁹⁵ Ibid., 97-100

³⁹⁶ Ibid., 138.

metodológicos que responden a los parámetros de racionalidad que rigen la actividad científica, como la neutralidad valorativa y su tarea descriptiva. “Ahí radica la paradoja última: la teoría ‘pura’ del derecho es, a fin de cuentas, una impura (en cuanto que valora opciones metódicas y propugna como mejor una de ellas; en cuanto que incluso se presenta a sí misma como teoría de una de ellas, como es el positivismo) teoría de una ciencia del derecho ‘pura’, o, dicho de otro modo, metateoría impura de una ciencia jurídica pura”³⁹⁷. En suma, aunque la teoría pura nos prohíbe valorar, ella lo hace cuando le prescribe a la ciencia jurídica limitarse a describir el derecho y, en este sentido, se ideologiza pues dicho mandato se asume superior con respecto a las opciones teóricas que, por ejemplo, sí hacen juicios de valor sobre los órdenes legales.

La idea de que la noción de la norma básica se explica a partir de factores culturales es enfatizada por Gerhard Luf, para quien este concepto está moldeado por un interés en la cognición técnico-práctica, así como por el ideal de control instrumental y de organización de los procesos sociales que nace con el capitalismo industrial y el estado constitucional liberal³⁹⁸. De esto se desprende que si cambiara el interés de nuestra teoría jurídica, suponiendo un contexto cultural diferente, quizá la norma básica no sería necesaria y, en vez de ella, tendríamos una interpretación del derecho distinta a la kelseniana. Por su parte, Agostino Carrino señala que las premisas de la teoría pura surgen en el marco de una ideología que hace de la ciencia natural moderna un valor tecnológico y económico-productivo³⁹⁹.

¿Se puede hablar realmente de una contradicción en el pensamiento kelseniano ocasionada por las dos tendencias contrapuestas que se han indicado? En mi opinión cualquier aire paradójico desaparece tan pronto recordamos que, para Kelsen, no cabe otra lectura del derecho más que la normativa, porque las demás interpretaciones no capturan el rasgo que define a los órdenes jurídicos y los distingue de otros sistemas normativos, a saber, la obligatoriedad, o para decirlo con Ulises Schmill, la coactividad, es decir, el hecho de que toda norma establece que bajo ciertas condiciones una sanción es debida. Joseph Raz, por ejemplo, le atribuye a Kelsen la tesis de que puede establecerse la existencia y el contenido de las normas sin el uso de oraciones normativas, ya que es factible describir el derecho en términos sociológicos como una estructura

³⁹⁷ Ibid., 145.

³⁹⁸ Luf, “On the Transcendental Import,” 233.

³⁹⁹ Agostino Carrino, “Reflections on Legal Science, Law and Power,” en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, eds. Stanley Paulson y Bonnie Litschewski (Oxford: Clarendon Press, 1998), 522.

de poder⁴⁰⁰. Sin embargo, aquí hemos tratado de mostrar que, para Kelsen, esa otra lectura no normativa pierde su objeto de estudio y en vez de explicar el derecho nos ofrece en su lugar una exégesis causal, e incluso quizá funcional, de los fenómenos jurídicos en forma de relaciones de poder. Puede ser que esta otra interpretación proporcione ángulos interesantes de análisis, pero definitivamente no aclara en qué consiste la juridicidad de las normas. En este sentido, Bruno Celano afirma que si bien Kelsen insiste en que la lectura normativa es solamente posible y no necesaria, ella es la que se espera del conocimiento jurídico, pues de otra manera se perdería el sentido específico de las normas (*Sinnsphäre*). Y como éstas son, para Kelsen, el sentido de ciertos actos de voluntad, entonces sencillamente nos quedaríamos sin derecho⁴⁰¹.

Por lo anterior me parece incorrecto, en un sentido, mantener que la teoría pura está condicionada culturalmente como lo sostienen García Amado y Luf, porque con independencia del contexto en el que estemos y de cuáles sean en un momento dado los intereses personales de los científicos del derecho, quienes pueden estar interesados en justificar o criticar un orden jurídico particular, Kelsen describe el derecho sin emplear valoraciones morales. Para lograrlo se vale de conceptos objetivos que, por eso mismo, están libres de tintes ideológicos. Tenemos entonces que si afirmar la relatividad cultural de la jurisprudencia kelseniana equivale a algo así como aceptar que ésta es la justificación moral o ideológica de una cierta forma de organización social y económica, ello debe rechazarse. Sin embargo hay otro sentido, más débil e inofensivo, en el que esta tesis puede admitirse: si tal condicionamiento significa que la ciencia del derecho persigue la explicación científica de su objeto de estudio porque asume el ideal de objetividad de la ciencia moderna y no es, por ejemplo, una exégesis mitológica, no habría problema para aceptar que la teoría pura es un producto cultural.

Es posible que el lector intuya en este momento, con base en lo dicho hasta aquí, que nos estamos moviendo en círculo, pues parece que las conclusiones que se van estableciendo suponen precisamente aquello que se desea probar: que la explicación kelseniana de la normatividad es la única alternativa viable. Esta apariencia se irá diluyendo conforme mostremos la idoneidad del método jurídico de la imputación sobre sus rivales históricos.

⁴⁰⁰ Joseph Raz, "The Purity of the Pure Theory," en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, eds. Stanley Paulson y Bonnie Litschewski (Oxford: Clarendon Press, 1998), 303.

⁴⁰¹ Bruno Celano, "Kelsen's Concept of the Authority of Law" *Law and Philosophy* 19, no. 2 (marzo 2000): 184.

7. El concepto técnico-jurídico de normatividad en Kelsen

Una vez reconstruido el argumento trascendental kelseniano intentaré reformular el concepto de normatividad de la teoría pura. Con este propósito me valdré de la tesis de Alida Wilson para quien dicha noción tiene un sentido exclusivamente técnico-jurídico.

En un texto sobre la posición de Joseph Raz en torno a la norma básica, la autora rechaza el concepto de normatividad justificada que éste le atribuye a Kelsen, el cual, hemos visto, posee fuertes connotaciones morales al estar relacionado con las razones que tenemos para aceptar la obligatoriedad de las normas. Así, una ley es justificadamente válida si los sujetos al orden pueden aducir razones para obedecerla o abstenerse de actuar en forma contraria⁴⁰².

Wilson ataca la adscripción a Kelsen de una noción de normatividad de este tipo que, a final del día, apela a las razones que están detrás de la aceptación de las normas para explicar su obligatoriedad, en virtud de que Kelsen fue muy claro en su rechazo a cualquier versión de la teoría del reconocimiento⁴⁰³. Por ello, dice, Raz hace bien, por una parte, en adjudicar a Kelsen la tesis de que el jurista, o como aquél lo llama, el *legal man*, considera válidas las normas de un sistema si se verifica una cierta relación (intrasistémica) entre éstas y la norma básica del orden, con la condición de que el sistema sea eficaz. Sin embargo, por otra parte, Wilson piensa, con justa razón a mi parecer, que es erróneo atribuirle a Kelsen la idea de que el jurista puede también ver el derecho normativamente a través de la perspectiva del individuo que juzga que el orden jurídico es moralmente justo y bueno. Para Raz, dice la autora, el punto de vista del individuo que aprueba el derecho es el que le da al concepto de normatividad su significado, aunque el jurista en sí no tenga interés en la bondad o justicia del sistema⁴⁰⁴.

Sin duda alguna este concepto de normatividad justificada es totalmente ajeno al espíritu de la teoría pura, pues equivale a equiparar normatividad con aceptabilidad, reduciendo así la categoría jurídica de validez a un fenómeno que tiene que ver, en todo caso, con las fuerza persuasiva de ciertas razones. Pero con esto, como concluye Wilson, se niega la esencia misma de la doctrina kelseniana de la validez, para la cual la afirmación de que una norma es obligatoria hace referencia a un proceso de creación normativa establecido en una disposición superior, pero

⁴⁰² Para la posición de Raz véase el capítulo III. Wilson, "Joseph Raz on Kelsen's," 46-7.

⁴⁰³ Hans Kelsen, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)* (México: Porrúa, 1987), 3-28.

⁴⁰⁴ Wilson, "Joseph Raz on Kelsen's," 50-1.

de ninguna manera a los contenidos materiales del derecho o a los motivos que nos persuaden de obedecerlo⁴⁰⁵.

Si se rechaza que Kelsen haya sostenido un concepto de normatividad justificada nos quedamos solamente con el sentido técnico-jurídico de esta noción, que a partir de la norma básica explica la validez normativa recurriendo a una cadena de facultamientos que determinan las condiciones bajo las cuales una norma puede ser creada y, por lo tanto, ser válida. Y esta es precisamente la única noción de normatividad que admite la doctrina kelseniana.

II. La norma básica sí es el *Mittelweg* entre el positivismo reduccionista y el iusnaturalismo (Parte II)

Regresemos ahora brevemente, a pesar de que ya se han adelantado las conclusiones⁴⁰⁶, al tema de si la doctrina de la norma básica constituye el *Mittelweg* entre el iusnaturalismo y el positivismo reduccionista. Mi respuesta es afirmativa dado que esta norma se eleva sobre la facticidad de los hechos naturales sin recurrir a ningún fundamento trascendente y metafísico, sino que, conforme al espíritu de la filosofía neokantiana, la norma básica se concibe a la manera de una categoría a-priori que posibilita la constitución y la cognición del derecho. Así, dicha norma es el presupuesto que hace posible pensar ciertos actos (que sin ella sólo podrían ser descritos desde el punto de vista de las ciencias naturales), como productores de derecho, lo que a la vez explica la existencia de los ordenamientos jurídicos y la posibilidad de su conocimiento científico. La *Grundnorm*, al ser sólo un supuesto del pensamiento jurídico, no postula que algún contenido es moralmente deseable o justo, por lo que no sólo se distancia del positivismo reduccionista, que describe el derecho en base a nociones empíricas, sino también de las doctrinas del derecho natural.

García Amado hace referencia a la interpretación de la norma fundamental “en clave trascendental” de Norbert Leser, para quien la doctrina de la *Grundnorm* supera las insuficiencias del positivismo y del iusnaturalismo. Citemos la explicación que hace García Amado de la posición de Leser, pues ésta resulta similar a la tesis que defiende:

La teoría pura, según Leser, partiendo de la radical separación entre ser y deber, busca un fundamento de validez que no radique en la mera facticidad y que, al

⁴⁰⁵ Ibid., 54. Se dice en el texto: “Kelsen’s notion of validity determines the reality upon which it is applied without the content of the system having any bearing on it whatsoever”.

⁴⁰⁶ Véase capítulo III.

mismo tiempo, sea constitutivo de la experiencia jurídica. Ahí estriba el papel de la norma básica. Con ella, la teoría pura se muestra como trascendental, pues no fundamenta la experiencia sobre sí misma, como hace el positivismo, ni apela a un fundamento trascendente y metafísico, como el iusnaturalismo. `La norma fundamental –dice Leser -, como presupuesto lógico-trascendental de la aprehensión de la realidad jurídica, es comparable con las categorías y también con las formas de la pura percepción de la filosofía kantiana, formas y categorías que tienen carácter apriorístico y posibilitan la constitución de la experiencia`”⁴⁰⁷

Por su parte, en un artículo sobre los esfuerzos de Kelsen y Hart para construir una vía intermedia, una especie de positivismo normativo, entre el idealismo y el realismo jurídicos, Beyleveld y Brownsword concluyen que tales intentos son infructuosos. Es interesante detenernos en este texto pues ilustra algunas ideas que he combatido en varios momentos⁴⁰⁸.

La tercera vía que Kelsen y Hart pretenden abrir, comentan los autores, se fundamenta en la posibilidad de hacer compatibles dos tesis: la doctrina de la legitimación, característica del idealismo jurídico, y la tesis de la separación entre la moral y el derecho, propia de las posiciones realistas. La primera de ellas sostiene que la función social de los juicios de validez jurídica es “legitimar” su aplicación. Cuando alguien predica la validez de una norma proporciona una razón para acatarla, lo que da cuenta de su obligatoriedad, así como una justificación de su aplicación. Esta razón, que al mismo tiempo es una justificación, es que una norma con un contenido X es moralmente legítima. En opinión del idealismo jurídico existen buenas razones para emplear, al considerar los fenómenos jurídicos (*legal Enterprise*), un punto de vista moral (*moral Enterprise*), en vez de alguna otra perspectiva. La visión moral, se dice, es la de la razón práctica, la cual tiene que ver con la significación que los agentes le atribuyen a las normas en sus deliberaciones sobre cómo actuar. En este sentido, cuando aducimos las razones que tenemos para seguir un cierto curso de acción no podemos (lógicamente), dejar de adoptar una visión moral que determina los motivos (racionales) que nos llevan a actuar de una forma u otra. Por su parte, la tesis de la separación afirma que para juzgar la validez de las normas son totalmente irrelevantes las reflexiones de tipo moral que puedan hacerse sobre ellas. Ahora bien, si es factible una síntesis coherente del idealismo y del realismo se habrá hallado la anhelada vía alterna, puesto que la adopción de la tesis de la legitimación permite construir la validez jurídica

⁴⁰⁷ García Amado, *Hans Kelsen y la norma*, 106 nota 141.

⁴⁰⁸ Beyleveld y Brownsword, “Normative Positivism,”.

normativamente, es decir, fuera del mundo fáctico, mientras que la doctrina de la separación implica una explicación no prescriptiva (no moral) de dicha validez⁴⁰⁹.

¿Por qué no funciona, según Beyleveld y Brownsword, la vía intermedia propuesta por Kelsen? Su argumentación se conecta con la tesis de la legitimación y la doctrina de la norma básica. Se afirma que en la versión kelseniana de esta tesis, la norma fundamental proporciona un punto final a la cadena de leyes que se validan formalmente entre sí, que de otra manera sería infinita. Al presuponer la norma básica, se dice, no la prescribimos realmente, como una norma del orden positivo, sino tan sólo hipotéticamente. Una posible lectura de esta doctrina kelseniana es que la aseveración “la norma X es jurídicamente válida”, es una forma elíptica de afirmar: “X tendría que ser considerada jurídicamente válida si se presupusiera la norma básica que funda el orden normativo al cual X pertenece”. Pero entonces el derecho seguiría siendo un fenómeno esencialmente moral, pues esta interpretación es compatible con la tesis de la conexión entre ambos. En todo caso, continúan los autores, la lectura propuesta hace posible un discurso jurídico, un lenguaje acerca de un fenómeno moral que permite a los participantes distanciarse de los juicios que necesariamente están presentes en sus afirmaciones.

Por otra parte, si intentamos una lectura de la norma básica que sea compatible con la tesis de la separación, el resultado es que esta norma, al volverse redundante, ya no hace las veces de fundamento último de la legitimación del derecho, pues no hace referencia a las razones que los sujetos tienen para acatar las normas positivas. En esta interpretación los juicios de validez versan sobre las relaciones de validación formal entre disposiciones normativas, por lo que no sería necesario adoptar una perspectiva moral para el estudio de los fenómenos jurídicos. Si bien aquí se asegura la separación entre la moral y el derecho, el no ver a éste bajo un punto de vista interno tiene por consecuencia que los juicios de validez legal no implican, así sea sólo hipotéticamente, juicios morales, es decir, no involucran ninguna justificación ni proporcionan razones para tratar a las normas jurídicamente válidas como disposiciones que categóricamente deben ser aplicadas y obedecidas⁴¹⁰.

Ahora bien, ¿en qué se basan Beyleveld y Brownsword para sostener que el fenómeno jurídico, o la *legal Enterprise*, es esencialmente moral? La respuesta tiene que ver con la idea de que la noción de deber (*Ought*), en los enunciados del tipo “X debe ser aplicada y obedecida”,

⁴⁰⁹ Ibid., 465-68.

⁴¹⁰ Ibid., 469-70.

posee un significado moral categórico. Esta conclusión se deriva de la tesis de que ningún deber puede ser deducido a partir de premisas factuales, es decir, acerca de hechos del mundo, por lo que el *Ought* o *Sollen* sólo puede tener aquel sentido. Así, concluyen, las normas jurídicas son disposiciones morales pertenecientes a órdenes positivos, eficaces y coercitivos. Por ello, en el momento en que a una ley se le da un sentido objetivo fundado en la norma básica, es decir, cuando se dice que aquélla sería válida si fuera positivizada conforme a los criterios de la constitución del orden normativo al que pertenece, se le está dotando también de un sentido subjetivo, ya no hipotético sino categórico, pues se afirma que tal disposición debe ser aplicada y obedecida. Y, sin duda, en este sentido subjetivo o moral la categoría de deber se relaciona con las razones que podemos aducir para justificar la aplicación y la obediencia de una norma.

En otras palabras, sostienen los autores interpretando a Kelsen, para investigar la validez jurídica de las normas necesitamos preguntarnos si éstas satisfacen criterios cuyo propósito es legitimar su positivización y aplicación, que en el caso de las leyes no son otros que los establecidos en la constitución positiva, eficaz y coercitiva del orden en cuestión. Tenemos entonces que no se puede negar que existe una conexión entre el derecho y la moral, ya que la validez jurídica es siempre relativa a “criterios morales especificados”, que son precisamente los llamados criterios constitucionales. De esta forma, juzgar que X deber ser objetivamente aplicada y obedecida equivale a juzgar que X debe ser moralmente aplicada y obedecida de acuerdo con criterios morales. Todo lo anterior lleva a la afirmación de que para Kelsen el derecho es un intento de regular la vida social de forma moralmente legítima⁴¹¹. “Para las personas que adoptan un punto de vista moral la explicación jurídica sólo puede tener éxito si impone normas que deben ser aplicadas y obedecidas, a pesar de sus deseos en contrario”⁴¹² (La traducción es mía). De esto se desprende que a las razones y a la justificación para aplicar y obedecer el derecho debe subordinarse cualquier otro motivo o deseo que nos incline a actuar de manera contraria a las normas.

La conclusión de Beyleveld y Brownsword es que, en realidad, Kelsen no construyó una vía intermedia entre el idealismo y el realismo jurídicos y que, por el contrario, adopta una especie de idealismo, dada su aceptación de la tesis de la legitimación fundada en la doctrina de la norma básica, la cual queda opacada por su terminología positivista; idealismo que se mezcla con una

⁴¹¹ Ibid., 474-85.

⁴¹² Ibid., 485. El texto en inglés dice: “*For persons adopting a moral point of view, the legal enterprise can only succeed if it imposes norms which ought to be applied and obeyed, all wishes to the contrary notwithstanding*”.

pseudo tesis de la separación ente el derecho y la moral. Se sostiene que se trata de una versión “disminuida” de la separación pues según ellos esta formulación no logra mantener separados los dos ámbitos, debido a que se mantiene la idea de que los fenómenos jurídicos son esencialmente morales porque tienen que ver con las razones detrás de nuestras acciones⁴¹³. Así, se afirma que:

*Una exitosa teoría normativo-positivista intermedia tiene que incorporar dos ideas seminales. En primer lugar, una tesis genuina de la legitimación, la cual niega que la doctrina de la predicción del realismo jurídico sea una explicación correcta de la función social de las apelaciones al derecho. En segundo sitio, una tesis auténtica de la separación que rechaza la idea de la conexión moral del idealismo jurídico. Aunque la incorporación de estas dos tesis es una condición necesaria para que una síntesis intermedia entre el idealismo y el realismo jurídicos sea exitosa, no es suficiente. La condición ulterior es que tales tesis tienen que ser incorporadas de forma que produzcan un conjunto teórico congruente*⁴¹⁴ (La traducción es mía)

Tenemos entonces que la propuesta kelseniana de una tercera vía, si bien conserva la tesis de la legitimación, no logra proporcionar una versión convincente de la separación entre el derecho y la moral. Y precisamente por este motivo tampoco tiene éxito en construir una explicación coherente de la normatividad jurídica que se aleje de los extremos teóricos del idealismo y del realismo.

Hagamos ahora una breve revisión crítica de la postura de Beyleveld y Brownsword a fin de defender la viabilidad de la síntesis kelseniana. Desde nuestra óptica, el señalamiento de que Kelsen no logra argumentar persuasivamente a favor de una vía intermedia entre las posiciones señaladas es infundado, dado que se apoya en una interpretación equívoca de la separación entre el ser y el deber ser, en una comprensión inadecuada de la noción de moralidad (que en todo caso puede analizarse como una estipulación lingüística), y un uso particular de dicho concepto que si bien es susceptible de generar equívocos, una vez aclarados no representa mayor peligro para la construcción kelseniana.

En primer lugar, al partir de la tesis humeana de que de premisas fácticas no es posible derivar conclusiones normativas para concluir que la noción de deber tiene un sentido moral, los autores

⁴¹³ Ibid., 487.

⁴¹⁴ Ibid., 503. El texto en inglés dice: “A succesful normative positivist middle-way theory must incorporate two seminal ideas. First, it must have a genuine legitimation thesis, a thesis which denies that the prediction thesis of Legal Realism correctly states the social function of appeals to law. Secondly, it must have a genuine separation thesis, a thesis which denies the moral connection thesis of Legal Idealism. Although the incorporation of these two theses is a necessary condition for a succesful middle-way synthesis of Legal Idealism and Legal Realism. It is not sufficient. The further condition is that the theses must be incorporated in a way which yields a coherent theoretical package”.

cometen una falacia, pues de la tesis del abismo lógico entre el ser y el deber ser sí se sigue que esta categoría es normativa y no empírica, pero no que sea moral. Si damos por sentado que el ámbito de lo normativo es más universal que el de lo moral, porque el primero no sólo abarca las normas morales sino también las jurídicas, las religiosas y las llamadas reglas sociales, pero sobre todo, lo que resulta más importante, si el deber de las normas jurídicas no hay que entenderlo en un sentido material, el cual implica el apego a estándares de conducta previos, no hay entonces motivos para sostener que la obligatoriedad jurídica es moral.

Otra posibilidad es que la moralidad del deber se interprete como adecuación a criterios procedimentales para la creación normativa, que es la forma en que Beyleveld y Brownsword la analizan. En este segundo caso tenemos una noción de moralidad que podríamos denominar formal, pues se refiere a los criterios constitucionales para la legislación y la adjudicación vistos como las razones que llevan a los individuos a obedecer las normas y a justificar su aplicación. En un sentido, la moralidad así definida se identifica con el concepto de deber ser, en tanto que una norma jurídica es válida cuando en su proceso de creación se han seguido los criterios constitucionales establecidos para ello, por lo que en este escenario se trataría simplemente de una estipulación semántica que consistiría en el uso del término “moral” para referirse a lo que, desde la perspectiva de Kelsen, es un concepto técnico-jurídico: el *Sollen*. Y, en tanto tesis de equivalencia semántica, no implicaría un rechazo de la concepción kelseniana de la normatividad, salvo que esta forma de expresión introduce la idea de obediencia y justificación de las normas, añadiendo así un elemento ajeno a la teoría pura.

Ahora bien, al analizar en el capítulo anterior las tesis de Joseph Raz decíamos ya que cuando el deber se define recurriendo a las razones que los individuos tienen para actuar conforme a las normas, aun si los motivos son que éstas han sido legisladas de acuerdo con los criterios (morales) constitucionales fijados, la referencia a razones en el sentido de aquello que explica las acciones introduce un elemento psicológico o cognitivo que es extraño al método trascendental empleado por Kelsen. Para evitar esta implicación y no generar, por otra parte, la falsa impresión de que el concepto de obligación jurídica es un deber material, que surge a partir de la adecuación de las normas a determinados estándares de conducta, que suele ser la interpretación más común de lo que es una moral substantiva o material, es mejor quedarnos con el significado técnico-jurídico de deber y desechar su lectura “moral”.

Tenemos entonces que el rechazo de Beyleveld y Brownsword a la vía intermedia construida por Kelsen es una mezcla de los siguientes elementos: una interpretación equívoca de la distinción entre la esfera del ser y la del deber ser, una lectura confusa del sentido de la noción de moralidad y una estipulación semántica que, en último análisis, no resulta del todo inocua, pues no sólo se afirma que el enunciado “X debe ser moralmente aplicada” significa “X debe ser procedimentalmente (jurídicamente o lógicamente) aplicada”, sino que la expresión “moralmente aplicada” se refiere a las razones que dan cuenta o justifican las acciones. Estos motivos funcionan a manera de premisas de silogismos prácticos cuya conclusión son enunciados que contienen operadores modales. Piénsese en el siguiente razonamiento:

1. Todas las normas jurídicas que sean legisladas conforme a los criterios constitucionales A, B y C deben ser (moralmente) aplicadas
2. X es una norma jurídica legislada conforme a los criterios constitucionales A, B y C
3. X debe ser (moralmente) aplicada

Como se puede apreciar, el concepto de deber es aquí parte del razonamiento que explica la manera en que justificamos nuestro acatamiento o asentimiento a las disposiciones normativas. Sin embargo, esta lectura de la noción de deber es problemática al menos por dos motivos: en primer lugar localiza la nota principal de dicho concepto en su inclusión en los razonamientos prácticos que dan cuenta de nuestras actuaciones, lo que sin duda hace del deber una noción que se define por su papel lógico, resultado que se aparta de la concepción kelseniana del *Sollen*, el cual posee un significado técnico-jurídico que consiste en ser el nexo de unión entre el ilícito y la sanción en una norma. En segundo lugar, hablar de razones para la acción parece conducirnos, además de “cognitivizar” el deber, también a su “psicologización”, dado que los procesos de razonamiento pueden ser investigados por diversas disciplinas, entre ellas la psicología e incluso la neurofisiología. La dificultad con esta última conclusión es que desvirtúa el carácter normativo del deber al situar su estudio, parcialmente, en el terreno de las ciencias naturales. Sin embargo, esto puede rechazarse con base en la tesis del abismo lógico entre el ser y el deber ser. En conclusión, pienso que los alegatos de Beyleveld y Brownsword no representan un argumento suficientemente sólido para desechar la tercera vía explicativa de la normatividad propuesta por Kelsen: su positivismo normativo.

III. Aplicación del esquema kelseniano: un esbozo.

1. Deber jurídico y deber moral

La confusión entre deber jurídico y deber moral ha sido causa de muchos errores en las interpretaciones de Kelsen. Estos equívocos son atribuibles al hecho de que frecuentemente se olvida que cuando éste habla de deber le da un significado jurídico específico que tiene una función precisa en su teoría, por lo que no es legítimo adscribirle a la noción kelseniana de deber un sentido moral que le es totalmente ajeno.

La idea de que el deber jurídico kelseniano (*Sollen*) es, en última instancia, una noción moral la expresan distintos comentaristas entre los cuales podemos mencionar a Alf Ross y a Joseph Raz, para quienes éste es, en la teoría pura, una obligación moral de obedecer el derecho⁴¹⁵. En sentido contrario, García Amado afirma que cuando Kelsen habla de deber este término no tiene su significado moral corriente, sino uno puramente lógico vinculado a la categoría formal de imputación. Bajo esta perspectiva el concepto de obligación jurídica se emancipa completamente del de deber moral⁴¹⁶. Dice Kelsen: “Es necesario recordar, por supuesto, que cuando se aplica el principio de imputación y afirmamos que bajo la condición de que se lleve a cabo un cierta acción otro acto debe realizarse, el término “deber” no tiene su significado moral corriente, sino uno puramente lógico. Este vocablo designa, como el de causalidad, una categoría en el sentido de la lógica transcendental de Kant”⁴¹⁷ (La traducción es mía). Ulises Schmill sostiene que Kelsen presenta la conexión ideal o semántica, a la que da el nombre de imputación, entre el ilícito y la sanción en la norma, con la expresión “deber ser”. Pero esta relación no se identifica con la obligación contenida en la llamada norma secundaria, que se manifiesta en la orden de abstenerse de realizar la conducta sancionable: “No A”. Sin embargo, en tanto las leyes sólo imponen deberes en un sentido derivado, pues éstas se dirigen principalmente a la conducta de un órgano del estado para que aplique un acto coactivo, es erróneo entender el “deber ser” como obligación. Schmill precisa que en alemán la distinción es muy clara porque existe un término

⁴¹⁵ García Amado, *Hans Kelsen y la norma*, 179 nota 98.

⁴¹⁶ *Ibid.*, 182.

⁴¹⁷ Hans Kelsen, “Science and Politics,” en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (Estados Unidos: University of California Press, 1971), 363. El texto en inglés dice: “It is necessary to remember, of course, that when the principle of imputation is applied, and when it is stated that under the condition of a certain behavior, other behavior ought to take place, the term ‘ought’ has not its usual moral, but a purely logical, meaning. It designates, like causality, a category in the sense of Kant’s transcendental logic”.

para cada una de estas categorías: *Sollen* es el “deber ser” mientras que “obligación” es la traducción de *Pflicht*⁴¹⁸.

Ahora bien, cuando se habla de deberes jurídicos suele pensarse equívocamente que el sujeto está obligado a realizar, o abstenerse, de ciertas acciones, pero entonces si el *Sollen* es un nexo lógico uno podría preguntarse qué significa violar o incumplir un concepto lógico. Parecería que la categoría kelseniana de imputación no captura este uso común de la noción de deber mediante el cual decimos, por ejemplo, que estamos obligados a X. Para subsanar esta aparente deficiencia habría que expandir el principio de imputación a fin de incorporar este sentido del deber, con lo que perdería su pureza lógica. En un primer acercamiento surge la impresión de que la dificultad se origina porque se olvida la distinción entre la llamada norma primaria y la secundaria, es decir, entre *Sollen* y *Pflicht*. Decíamos que para Kelsen sólo en un sentido derivado puede afirmarse que una norma implica un deber positivo, una obligación de hacer o abstenerse de algo (“haz x” o “no hagas x”). Cuando se asevera que alguien violó un deber se usa esta acepción, pues decir que el padre incumplió con la obligación de darle a sus hijos su pensión alimenticia significa que se abstuvo de realizar lo que debía hacer. En cambio, la imputación sólo establece que si el padre no proporciona la pensión mensual deben ejecutarse una serie de actos jurídicos. Aquí no tiene sentido decir que el padre violó su obligación, pues la imputación sólo es el nexo que permite establecer una relación jurídica entre el ilícito y la sanción. En este caso el incumplimiento de la obligación (en un sentido secundario), es sólo la condición de la sanción.

Por ello, desde el punto de vista del *Sollen*, afirmar que se violó un deber equivale a decir que el ilícito, o la condición para la sanción, tuvo lugar. En conclusión, cuando se asevera que una persona incumplió su deber se hace uso del sentido secundario de este término, pero no de su significado “lógico-jurídico”⁴¹⁹. Sin embargo, ninguna de estas dos acepciones implica una lectura moral, pues en la primera el deber establece, por decirlo así, el estado de cosas que, de no verificarse, constituye la condición para la aplicación de una consecuencia jurídica, mientras que

⁴¹⁸ Schmill, “La ética y la moralidad,” 183.

⁴¹⁹ Ulises Schmill, “Reconstrucción pragmática del concepto de deber (*Sollen*),” en *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos* eds. Rolando Tamayo y Salmorán y Enrique Cáceres Nieto (México: UNAM, 1987), 76. El profesor Schmill establece que, a lo largo del desarrollo teórico kelseniano, pueden distinguirse cuatro sentidos fundamentales del concepto de deber ser: “categoría originaria de la conciencia no definible ni analizable (tesis de Simmel)”; “relación entre el acto ilícito y la sanción (imputación periférica)”; “término para designar conjuntamente las diversas funciones normativas de ordenar, permitir, facultar y derogar” y “sentido de un acto de voluntad entendida como acto creador de una norma (positividad)”.

en el segundo caso el deber tiene un connotación técnica que, como veremos a continuación, se refiere al ejercicio de una facultad.

Ulises Schmill señala que no distinguir entre *Sollen* y *Pflicht* nos lleva a concebir erróneamente la consecuencia jurídica “debida en el sentido del *Sollen*” como “el contenido de una obligación, en el sentido del *Pflicht*”. La diferencia estriba, dice el profesor Schmill, en que “en principio, el acto constitutivo de la sanción no es el contenido de una obligación, sino el contenido de una facultad”. Asimismo, se reconoce que “el ejercicio de la facultad de sancionar” puede ser obligatorio, pero esto no significa que dicha obligatoriedad deba ser entendida en el sentido del *Pflicht*, pues que un órgano esté obligado a sancionar equivale a que una norma situada en un nivel superior del ordenamiento jurídico hace del no ejercicio de tal facultad la condición de otra sanción, la cual “sería a su vez debida en el sentido del *Sollen*”⁴²⁰.

Habría que subrayar que las expresiones de la forma “haz x” o “no hagas x” son propias, según Kelsen, de las normas morales ya que éstas obligan incondicionadamente debido, por ejemplo, a la bondad o justicia de la misma acción, mientras que las normas jurídicas son descritas en forma de enunciados condicionales: “si A deber ser B”, porque establecen la aplicación de sanciones bajo la condición de que el ilícito se verifique. Tal parece que la jurisprudencia no requiere la noción de *Pflicht*, pues para describir el funcionamiento del derecho no hay necesidad de ir más allá del *Sollen*. Sin embargo, el mismo Kelsen fue en parte culpable de haber dado pie a las interpretaciones morales de su concepto de deber ser al establecer que la norma básica nos ordena acatar las disposiciones del primer legislador .

1.1 El caso del *moral semantics claim*

Un ejemplo de tesis que se origina en la confusión entre el deber jurídico y el moral es el llamado *moral semantics claim*. Su revisión servirá para apuntar una forma en que el esquema conceptual kelseniano puede ayudar a establecer distinciones importantes para la filosofía del derecho.

Esta doctrina se inscribe dentro del llamado positivismo incluyente y aspira a dar cuenta de la relación entre la moral y el derecho, o más específicamente, entre el discurso jurídico y el lenguaje moral. La caracterización de esta tesis semántica la tomaremos de dos textos de relativa

⁴²⁰ Schmill, “Reconstrucción pragmática,” 75 nota 1.

reciente aparición, uno de Stephen Perry y otro de Jules Coleman⁴²¹. El primero plantea la idea en los siguientes términos: la mejor forma de entender el contenido de las normas jurídicas es como directivas morales de lo que debe hacerse. En tal sentido, éstas aspiran a ser razones para la acción. Por su parte, Coleman dice que la tesis semántica moral no postula que el contenido jurídico sea una directiva moral, sino que tal contenido, lo que dice la ley, puede ser reformulado, preservando su valor de verdad, en forma de una directiva o autorización moral. De esta manera, resume Coleman:

Al sostener que el derecho demanda una semántica moral, la idea es la siguiente: 'El fraude por correo es ilegal' expresa la directiva 'no ha de realizarse fraude por correo'. Ese es el contenido de la ley. El punto que la tesis semántica moral sostiene es que el mandato 'no ha de realizarse fraude por correo' puede reformularse, sin afectación de su valor de verdad, como 'el fraude por correo es moralmente malo'⁴²². (La traducción es mía)

De la posibilidad de traducir un contenido jurídico en uno moral se concluye que la ley tiene un poder normativo de crear razones morales para actuar, que son independientes de su contenido. Cuando ese poder opera exitosamente garantiza una descripción verdadera del contenido de la ley como una directiva o autorización moral⁴²³. En otras palabras, la lectura correcta de la oración “el fraude por correo es ilegal” es: al penalizar jurídicamente el fraude por correo, el derecho garantiza la verdad de la afirmación de que este tipo de conducta es moralmente incorrecta⁴²⁴.

Antes de continuar recordemos brevemente la evaluación que hace Von Wright del positivismo jurídico, pues ilustra la intuición sobre la que descansa la idea de que entre la moral y el derecho existe una conexión insoslayable. Para este autor, dicha teoría sostiene correctamente que estos dos tipos de órdenes normativos tienen características diferentes, por lo que su combate de las doctrinas del derecho natural, que tienden a borrar esta distinción, es adecuado. Sin embargo, el positivismo se equivoca si, en nombre de la pureza del derecho,

⁴²¹ Stephen Perry, “Beyond the Distinction between Positivism and Non-positivism,” *Ratio Juris* 22, no. 3 (septiembre 2009). Jules L. Coleman, “Beyond Inclusive Legal Positivism,” *Ratio Juris* 22, no. 3 (septiembre 2009).

⁴²² Coleman, “Beyond Inclusive,” 592. El texto inglés dice: “*In claiming that law calls for a moral semantics, the thought is as follows. 'Mail fraud is illegal' expresses the directive: 'mail fraud is not to be done'. That is the content of the law. The moral semantics thesis claim is that 'mail fraud is not to be done' can be redescribed truthfully as 'mail fraud is morally wrong'.*”

⁴²³ *Ibid.*, 594.

⁴²⁴ *Ibid.*, 597.

insiste en excluir de la legislación, de los procesos decisorios de jueces y legisladores, así como de los aspectos hermenéuticos de la dogmática jurídica, las consideraciones morales⁴²⁵.

El *moral semantics claim* falla en su intento de hacer que el positivismo supere la distancia que separa el derecho de la moral. Al concluir, de la posibilidad de traducir el lenguaje jurídico al moral, que el poder normativo crea razones para la actuación, confunde el deber jurídico y la obligación moral. Aún si sólo es una tesis semántica que no se compromete con ninguna concepción ética en particular, la identificación que hace de las normas jurídicas con las razones prácticas borra la distinción kelseniana entre el deber y la obligación, la cual ha probado ser fructífera y necesaria.

1.2 Los conceptos fuerte y débil de autoridad

El debate sobre la relación entre la imputación, propia de las normas primarias, y la obligatoriedad que establecen las supuestas normas secundarias, así como la discusión en torno a la existencia y estatus de estas últimas, se enmarcan en la controversia acerca del concepto kelseniano de autoridad. En este sentido el problema a dilucidar es si en la teoría pura se admite sólo una versión débil de la autoridad o si hay lugar para adscribirle también una lectura fuerte.

Al respecto Stanley Paulson señala que la interpretación débil que Kelsen hace de la autoridad en términos de un facultamiento para emitir normas no capta la concepción tradicional (fuerte) de que las órdenes promulgadas por un órgano autorizado obligan a todos los individuos sujetos al orden jurídico. Desde su perspectiva, la norma que establece, por ejemplo, una sanción para el delito de robo con violencia conlleva la obligación de abstenernos de este tipo de actos, siempre y cuando sea emitida por una instancia competente. Tenemos entonces que la mera idea de facultamiento, es decir, el otorgamiento de atribuciones para legislar no da cuenta de la obligatoriedad que solemos atribuirles a las normas. Paulson sostiene que lo anterior se debe, como alguna vez lo afirmara Gustav Radbruch, a que “poder... implica solamente un ‘tener capacidad para’, cuando mucho puede involucrar que el sujeto de la norma ‘tenga que’, pero de ninguna manera un ‘deber’”⁴²⁶ (La traducción es mía). En suma, para Paulson la lectura débil de la autoridad es equívoca como interpretación de la propia teoría jurídica kelseniana⁴²⁷.

⁴²⁵ Von Wright, “Is and Ought,” 381-2.

⁴²⁶ Stanley Paulson, “The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen’s Pure Theory of Law,” *Law and Philosophy* 19, no. 2 (marzo 2000): 134. El texto en inglés dice: “power... impl[ies] only ... a ‘can’, it is at best in a position to

El problema estriba, se dice, en que en la obra de Kelsen son plausibles las dos lecturas de la noción de autoridad, lo que reflejaría una ambivalencia⁴²⁸. No obstante que hay evidencias textuales para ambas interpretaciones, Paulson señala que Kelsen concibió la norma hipotética primero en forma de un mandato condicional para luego pensarla en términos de un facultamiento para imponer sanciones. Con este cambio la obligación jurídica queda, en última instancia, definida como una mera función de la competencia para dictar actos coactivos⁴²⁹. El *Ought*, dice Paulson, no tiene que coincidir con la obligación jurídica, y en la norma primaria el deber indica que, bajo ciertas condiciones, puede (*can*) imponerse una sanción, quedando abierta la cuestión de si el órgano encargado de aplicarla tiene además la obligación (*must*) de hacerlo. Pero, en todo caso, cuando un funcionario no sólo tiene la competencia para castigar sino que tiene también el deber de proceder así, lo que realmente sucede es que una norma superior autoriza sancionar al funcionario que no aplique la pena correspondiente a un determinado ilícito. Como dice Paulson, hablar de un deber de dictar actos coactivos es sólo una manera más corta de expresar un par de facultamientos que se encuentran en niveles adyacentes de la estructura del orden jurídico. Por lo tanto, sólo hay obligación cuando la omisión de la pena, establecida en una norma inferior, es la condición fijada en una disposición superior para aplicar un acto coactivo al órgano responsable del incumplimiento. La idea de que Kelsen terminó por abandonar su concepción temprana de que las normas son mandatos hipotéticos tiene su punto culminante en la tesis de que todas ellas conducen a una norma final cuyo operador sólo puede ser el de facultamiento⁴³⁰. De esta forma lo que la norma hipotética hace es delegar en un órgano la tarea legislativa y con este primer acto creador de derecho se inicia la cadena de otorgamientos de atribuciones en que consiste el derecho.

A pesar de la claridad con la que Kelsen expone su punto de vista de que el orden jurídico es una serie de facultamientos, en donde cada uno ellos establece las condiciones bajo las cuales debe aplicarse una determinada sanción, Paulson afirma que éste no deja de jugar con la idea de

call forth a 'must' on the part of the addressee, but not an 'ought'. Dice Paulson que en este punto Radbruch tenía en mente, en estricto sentido, el poder político, pero que su idea se aplica igualmente al facultamiento jurídico.

⁴²⁷ Ibid.

⁴²⁸ Ibid., 139.

⁴²⁹ Ibid., 145-6.

⁴³⁰ Ibid., 147-9.

la ley como un mandato condicional y con la llamada norma secundaria, a la que en sus trabajos tardíos considera una “norma dependiente” o “función normativa”⁴³¹.

La conclusión del profesor Paulson es que Kelsen defendió tanto la lectura débil de la autoridad como alguna versión de la interpretación fuerte, pero no se pronuncia acerca de si esta última está más próxima a la noción de “normatividad justificada” de Raz o al normativismo. La lectura fuerte, continúa, es producto del rechazo de Kelsen a las teorías positivistas de corte reduccionista o “basadas en los hechos”, que tanto combatió en sus inicios. Por su parte, el concepto de autoridad en términos de facultamiento para emitir normas tiene para Kelsen una fuerza evidente, pues se ajusta bien al ideal de pureza que preside su teoría jurídica, por lo que, si nos apegamos a esta noción, se podría en principio abandonar el concepto de *Sollen* (en un sentido no técnico sino como obligación), dada su opacidad y las indeseables connotaciones iusnaturalistas que posee. Tenemos entonces que el atractivo científico de la versión débil de la autoridad, por un lado, y su rechazo de las teorías jurídicas reduccionistas, por el otro, inclinan a Kelsen en direcciones contrarias y, según Paulson, esta tensión no tuvo una salida satisfactoria. Finalmente, al evaluar la plausibilidad de las dos versiones de la autoridad y admitir que en esta tarea deben tomarse en cuenta tanto el apoyo textual que es posible aducir a favor de cada una como sus propios méritos filosóficos, Paulson afirma que, en virtud de su valor teórico, es necesario admitir alguna forma de la interpretación fuerte. La importancia que para Kelsen reviste esta lectura la demuestra el hecho de que su pretensión de haber conseguido una vía intermedia entre el positivismo basado en hechos y la teoría del derecho natural no tiene sentido si no presuponemos una interpretación fuerte de la autoridad⁴³².

De acuerdo a sus diversas formulaciones, la norma básica es el primer facultamiento para legislar y aplicar la coacción, así como un mandato para comportarse conforme a las normas de la constitución fundante del orden jurídico⁴³³. Ya adelantábamos que esta segunda enunciación, como lo ha sugerido el profesor Ulises Schmill, es inconsistente con las premisas básicas de la teoría pura, puesto que la explicación del derecho entendido en forma de un orden dinámico y coactivo de la conducta humana tan sólo requiere de la noción de facultamiento original. En cambio, la idea de que la norma básica es un mandato de obedecer el derecho sólo tiene cabida en una concepción estática del orden jurídico, de tipo iusnaturalista, en donde las normas tienen

⁴³¹ Ibid., 149.

⁴³² Ibid., 168, 170-71.

⁴³³ Véase el capítulo III.

una validez categórica al provenir de una fuente que las dota de un contenido justo o bueno. En este caso la norma básica funcionaría a manera de presupuesto categórico de la obligatoriedad jurídica que, como he señalado, no puede ser otra cosa que un deber moral de obedecer el derecho en el sentido del término alemán *Pflicht*.

Paulson piensa, ateniéndose a las dos formulaciones que hace Kelsen de la norma básica, que en la teoría pura hay elementos para admitir ambos conceptos de autoridad. Sin embargo, incluso si partimos de tales enunciaciones, hay que tener presente la afirmación de Kelsen de que las normas positivas contienen un deber de obedecer el derecho sólo en un sentido secundario, que en todo caso puede reformularse traduciendo dicha obligación en términos de una competencia para sancionar a los órganos que no penalicen los ilícitos cometidos. Por tal motivo el sentido fuerte de autoridad se diluye, en última instancia, en el débil.

El mismo Paulson admite que uno de los llamados por él “programas de objetivación” emprendidos por Kelsen a lo largo de su obra, que consistió en reemplazar de la ciencia jurídica los términos subjetivos por sus “contrapartes” objetivas, incluyó la gradual sustitución del concepto de obligación por el de facultad. A decir de Paulson, ya en sus escritos de 1950 y 1960 Kelsen concibe las órdenes, permisos y otras nociones deónticas como “partes de la norma”⁴³⁴. Por ello, continúa, las normas de competencia que otorgan facultades a los órganos del estado para imponer sanciones implican la obligación de los sujetos de tales normas de comportarse de acuerdo con ellas sólo en un sentido condicional, en virtud de que tales obligaciones se reconstruyen en términos de facultamientos hipotéticos dirigidos a los oficiales encargados de crear o aplicar el derecho quienes, agrego yo, en caso de incumplimiento se hacen acreedores a una sanción. La evidencia definitiva de esta “objetivación”, concluye Paulson, la encontramos en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* donde se sostiene que la noción de sanción puede derivarse tanto del concepto de obligación como del de mandato y, además, se le da preferencia a aquél sobre estos dos. De esta manera la norma básica es, para Kelsen, el facultamiento fundamental⁴³⁵.

⁴³⁴ Stanley Paulson, “Beyond the Basic Norm,” en *Filosofía jurídica. Ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, ed. Rodolfo Vázquez (México: Porrúa-ITAM, 2005), 44.

⁴³⁵ *Ibid.*, 49-50.

1.3 El SFJ revisitado

Vale la pena recordar que este facultamiento fundamental, en la interpretación de Ulises Schmill que comparto, debe concebirse como una proposición jurídica que determina la forma en que los actos coercitivos han de realizarse, a saber, bajo las condiciones y de la manera establecida por la primera constitución histórica del estado, con lo que se elimina, de la doctrina de la norma básica, la idea de un mandato, dirigido a los sujetos al orden jurídico, de obedecer las leyes⁴³⁶. Así, el profesor Schmill propone sustituir el término de norma hipotética fundamental por el de SFJ, pues ha sido precisamente, señala, el concebir dicho supuesto como una norma el origen de los irresolubles problemas que rodean esta doctrina. Cualquier norma, aun siendo hipotética, es parte del objeto de estudio de la ciencia del derecho, por lo que no podría, afirma, ser el fundamento del pensamiento jurídico. Además, de esta forma se establece un inconveniente dualismo normativo, pues al lado de las normas positivas habría una que no es producto de la voluntad sino del pensamiento.

Otra dificultad de esta concepción surge del hecho de que, para Kelsen, mediante su contenido las normas establecen facultades por lo que, en el caso de la norma hipotética que faculta al órgano constituyente, tendríamos el ejercicio de una atribución sin la respectiva norma positiva de competencia. “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”⁴³⁷. Lo contrario equivale a una hipóstasis porque se convierte en una norma lo que en sentido estricto es un presupuesto lógico-trascendental, es decir, un enunciado del meta-lenguaje de la jurisprudencia pasa a ser uno perteneciente al lenguaje objeto⁴³⁸. Con la postulación del SFJ se salva la *petitio principii* que implicaba el recurrir, para dar cuenta de la normatividad del derecho positivo, a una norma no positiva, posponiendo así un paso más la respuesta al problema del origen de la

⁴³⁶ Véase el capítulo III.

⁴³⁷ Ulises Schmill, “La norma fundante básica y el origen conceptual de la normatividad,” *Analisi e diritto* (2007): 104.

⁴³⁸ *Ibid.*, 109-11. En su visita a México, a propósito de la inauguración de la Cátedra Ulises Schmill, tuve oportunidad de platicar con el profesor Stanley Paulson acerca de su más reciente interpretación de la norma hipotética. En suma, él propone concebirla en términos de un ideal regulativo, en el sentido kantiano, como la aspiración por dotar de sistematicidad al derecho. Para mí, como pude comentárselo, y coincidiendo en esto con el profesor Schmill, la norma básica no es aspiración, o al menos no sólo eso, sino que es el instrumento conceptual que permite pensar el derecho como un sistema de sucesivos facultamientos.

normatividad⁴³⁹. De esta manera, “el SFJ es el concepto del derecho, la ley teórica del mismo, la noción *a priori* o el pensamiento puro de toda normatividad”⁴⁴⁰.

1.4 La relación entre deber jurídico y deber moral

Antes de extraer conclusiones sobre la relación entre el concepto jurídico y el moral de deber, hay que insistir en que Kelsen emplea la categoría de *Sollen* en un sentido lógico-jurídico que se distingue claramente de la noción de obligatoriedad del discurso ético. Con esta categoría Kelsen designa una de las condiciones necesarias del pensamiento jurídico, es decir, un concepto que es indispensable para describir jurídicamente actos humanos, o para ponerlo en sus propias palabras, para interpretar legalmente (como normas), el sentido subjetivo de determinados actos de voluntad.

En cambio, para delinear el deber moral muy a menudo se incorporan nociones como las de conciencia e intención, e incluso se suele sostener que para poder determinar en un caso concreto el deber de un individuo es necesario tomar en cuenta un conjunto de circunstancias concomitantes: las alternativas de actuación disponibles para el sujeto, sus efectos en otras personas o para generaciones futuras, entre otras.

Por el contrario, el *Sollen* se refiere tan sólo a la específica conexión que en la norma se establece entre el ilícito y la sanción. Por supuesto que en la definición de un delito pueden tener un papel importante, por ejemplo, las consecuencias a corto o mediano plazo de ciertas acciones, las intenciones de los sujetos o su nivel de conciencia; sin embargo, es claro que en estos casos dichos elementos forman parte del ilícito pero no del deber, que es exclusivamente el nombre de la conexión entre la condición y la sanción. Además, cuando hablamos de obligaciones morales

⁴³⁹ Ibid., 112.

⁴⁴⁰ Ibid., 113. Ulises Schmill explica el origen teórico de la normatividad, de los conceptos deónticos, como “el producto de una operación lingüística sobre los enunciados descriptivos de los mandatos”. Ibid., 117. A esto se podría señalar que situar el fundamento de los conceptos normativos en el nivel del lenguaje es “naturalizarlo” porque, en última instancia, se acaba identificándolo con las prácticas lingüísticas que, bajo el dualismo entre el ser y el deber ser, se ubican en el mundo de los hechos, con lo que se atentaría contra la pureza de la teoría kelseniana. Cuando el profesor Schmill afirma que los enunciados normativos, que son imágenes lingüísticas especulares “del proceso de motivación con base en amenazas de un mal”, son formaciones con base en las cuales se construyen normas mediante el uso de dispositivos indicadores de la fuerza normativa o ilocucionaria, en cuya generación reside el origen de la normatividad, se está sosteniendo que el fundamento de la obligación de las normas jurídicas reside en el uso del lenguaje. En otras palabras, la razón por la que estaríamos obligados a obedecer una norma sería que solemos usar los conceptos deónticos para indicar que alguien está obligado a realizar algo cuando un órgano autorizado ha emitido un mandato en ese sentido bajo la amenaza de infligirnos un mal. Por lo que la búsqueda del origen de la normatividad se acabaría en nuestras prácticas y usos lingüísticos, pero esto parece violar la pureza metódica kelseniana.

hacemos referencia a deberes concretos: ayudar a los padres o a los débiles, proteger a los niños, luchar por la justicia, ser solidarios con el necesitado, salvar la vida humana, procurarse y procurar a los demás una buena vida, no desear o hacer el mal a nadie, etcétera. Estas obligaciones se expresan como mandatos categóricos para actuar o abstenerse de hacerlo⁴⁴¹. Contrariamente, las normas del derecho, para Kelsen, tienen siempre la forma hipotética: Si A debe ser B.

Ahora bien, si es posible distinguir entre el sentido jurídico y el moral de la noción de deber, ¿qué relación tienen entre sí estos significados?, ¿hay un orden de preeminencia entre ellos? Kelsen no aborda directamente estas cuestiones y, a partir de su afirmación de que en el derecho el concepto de obligatoriedad se emancipa de su sentido moral, o de que en la imputación el deber no tiene su significado moral acostumbrado, tal parece que dicha connotación es anterior a su sentido técnico. Mi posición es que a pesar de la aparente preeminencia que el concepto moral de deber parece tener sobre el jurídico, impresión alentada por las mismas expresiones kelsenianas, es posible encontrar apoyo en la teoría pura para la tesis de que el lenguaje o las nociones morales presuponen o tienen su fundamento en los conceptos normativos.

El punto central de mi alegato es que el *Sollen* de las normas del derecho es una categoría del pensamiento jurídico que permite distinguir la legalidad propia del mundo normativo de la causalidad que rige en el ámbito del mundo natural. Gracias a ella podemos concebir un mundo de normas que no están conectadas entre sí causalmente, que no están sujetas a las leyes de las ciencias naturales, sino que se trata de juicios hipotéticos según los cuales si se da un acto debe aplicarse una determinada sanción. Ahora bien, si la noción de *Sollen* delimita, frente al ámbito de la causalidad, el mundo normativo, ¿en dónde quedan las normas de la moral? Creo que es factible aseverar, inspirándose en la doctrina kelseniana, que las normas morales, sociales y religiosas constituyen órdenes de la conducta subordinados al derecho, pues éste puede concebirse a la manera de un orden supraordenado que contiene dentro de sí otros órdenes parciales de la conducta que, como en estos casos, poseen ámbitos de validez (personales, temporales y espaciales) más o menos difusos. En este sentido es posible afirmar que en tanto la moral presupone al derecho ésta es un fenómeno jurídico, es decir, comprensible sólo dentro de

⁴⁴¹ Afirmando que estos mandatos son aparentemente categóricos porque, como lo sostiene Kelsen, aún las normas morales que expresan obligaciones presuponen la validez de ciertos principios. Así, por ejemplo, el deber de preservar la vida depende de que aceptemos que ésta es un valor en sí misma, por lo que al final del día tales imperativos también parecen ser hipotéticos. Kelsen, “La idea del derecho natural.”

la concepción jurídica del mundo y de la sociedad. Lo anterior no implica negar que el surgimiento, la aceptación o el declive de las ideas y valores morales respondan a elementos y circunstancias que van, empíricamente, más allá del derecho. Esta forma de conceptualizar la relación entre la moral y el derecho permite comprender la existencia simultánea de órdenes de la conducta que, incluso, pueden tener normas con contenidos opuestos.

Por el contrario, desde la perspectiva de la moral el derecho es generalmente visto como un orden muchas veces contrapuesto a ella, pero en cualquier caso ajeno a su ámbito que suele reservarse a la conciencia individual, dejando al derecho el campo de nuestras relaciones interpersonales. En cambio, si asumimos para propósitos exegéticos la supraordenación del derecho sobre la moral, tenemos una explicación de ambos fenómenos metodológicamente unitaria. Por esta razón, desde el punto de vista del ideal de unidad metódica que Kelsen enarbola, la tesis de que el derecho y sus categorías son el fundamento epistemológico de la moral resulta más acorde con la pureza de su teoría.

Si esto es así, entonces las nociones de responsabilidad, intención, daño, conciencia, entre otras, usadas en el lenguaje moral resultan ser jurídicas en un sentido amplio, aunque en él adquieran un significado particular, pues mediante ellas enunciamos o enjuicamos pautas de conducta de un orden normativo que, desde un punto de vista conceptual, queda comprendido por el derecho. Cuando evaluamos las acciones de otros sujetos y afirmamos, por ejemplo, que alguien es responsable de causar un daño premeditadamente, usamos conceptos jurídicos en este sentido amplio.

La tesis de que el significado jurídico de la noción de norma fundamenta su acepción moral no es un alegato empírico acerca de su prioridad temporal, sino que se trata de una preeminencia lógico-epistemológica, pues esta segunda lectura sólo es posible donde hay una sociedad jurídicamente regulada. Para emplear el modo de expresión propio del neokantismo, diríamos que el deber jurídico es una de las categorías del mundo social, porque sin ella no habría obligaciones morales. Si la sociedad es para Kelsen, en último análisis, regulación jurídica⁴⁴², la moralidad tiene que ser un fenómeno social porque si no tendríamos que concebirla causalmente con todos los problemas que esto acarrea. Por ello el concepto jurídico de deber es anterior, desde la perspectiva del conocimiento, al moral.

⁴⁴² García Amado, *Hans Kelsen y la norma*, 118.

Comentaba que la distinción entre los dos significados de deber permite esclarecer los malentendidos que están detrás de varias de las críticas a la doctrina kelseniana. En el capítulo anterior afirmé que la mayoría de los señalamientos de que en el fondo de la teoría de la norma básica hay una inconsistencia que desmiente la pregonada pureza de la explicación kelseniana de la normatividad, tienen su origen en una confusión entre los sentidos jurídico y moral de la noción de deber. De esta manera, en oposición a la tesis de que el *Sollen* tiene en Kelsen un significado técnico y de que, por lo tanto, no hay que tomarlo como una obligación de carácter moral, tales críticas caen en el error de ignorar esta distinción, lo que les impide ver las consecuencias que se desprenden de ella. Un ejemplo de esta actitud es el análisis raziano de la obligatoriedad en la teoría pura en términos de razones para la actuación⁴⁴³. Para Raz una norma obliga cuando existen razones para acatarla, pero esto viola el papel trascendental que Kelsen le asignó a la categoría de imputación. Otro caso de esta desatención a la separación entre *Sollen* y *Pflicht* es el llamado *moral semantics claim*, que analicé para explorar cómo se pueden emplear las nociones kelsenianas para hacer distinciones importantes para la filosofía del derecho. Esta doctrina, veámos, se sustenta en la idea de que es posible traducir el concepto jurídico de deber a su sentido moral, con lo que se transgrede la mencionada distinción.

IV. La actualidad del Kelsen neokantiano: una propuesta de evaluación

1. ¿Uno o varios Kelsen?

A lo largo del capítulo segundo de este trabajo me propuse mostrar que, contrario a una opinión bastante generalizada, Kelsen no renunció a las más importantes tesis neokantianas que están en la base de su explicación de la normatividad jurídica desde sus primeras épocas. Por esto se puede afirmar que a pesar de los indudables cambios que experimentó la teoría pura es posible hallar un hilo conductor que la recorre: un conjunto de tesis, como la de la separación entre el ser y el deber ser, con todo y sus implicaciones, que define el carácter trascendental de la teoría y le dan un sello que nunca perdió. En este mismo sentido, por ejemplo, Ulises Schmill subraya que a pesar de transformaciones importantes en su teoría Kelsen mantuvo sin cambio, a lo largo de aproximadamente setenta años de producción teórica, su concepto fundamental de deber ser⁴⁴⁴. Por su parte, Uta Bindreiter sostiene que éste nunca abandonó la doctrina de la

⁴⁴³ Véase el capítulo anterior.

⁴⁴⁴ Schmill, "Reconstrucción pragmática," 77.

norma básica y que incluso cuando se refiere a ella como una ficción no hay un cambio substancial sino sólo terminológico. La producción intelectual de Kelsen durante su prolongada fase clásica, dice, apoya la conclusión de que a él no le importaba realmente el nombre que se le diera a la norma básica si al presuponerla se lograba el objetivo de unificar todas las normas de un orden jurídico⁴⁴⁵.

En consecuencia, se puede responder a la pregunta planteada al inicio de esta sección que si bien la doctrina kelseniana tuvo transformaciones significativas que justifican su división en etapas, en ella hay continuidad con respecto a sus fundamentos trascendentales, por lo que es correcto hablar de uno y el mismo Kelsen a lo largo del tiempo.

2. ¿Kelsen sin Kant?

Una dificultad para quien pretenda evaluar la utilidad del Kelsen trascendental en el tratamiento de problemas actuales de la filosofía del derecho es el lenguaje decimonónico en el que están expresadas sus tesis de inspiración neokantiana. Hablar de “categorías a-priori”, “condición lógico-trascendental”, “presupuesto del pensamiento jurídico” o de “hipótesis fundamental”, era común a fines del siglo XIX, pero hoy en día estos términos son difíciles de comprender porque son ajenos a los marcos conceptuales desde los cuales se abordan los debates contemporáneos. Esta incomodidad es justificada pues a pesar de los esfuerzos del mismo Kelsen por eliminar de su teoría las expresiones de corte idealista presentes en la obra de Hermann Cohen (términos como “voluntad pura”, entre otros), se conservan sin embargo algunas de esas formas de expresión. Aquí radica una de las razones que dificultan la comprensión de la doctrina kelseniana y dan origen a no pocos de los malentendidos que la rodean. En este sentido pienso que una reformulación, en una clave no trascendental, de las principales nociones neokantianas que dan forma a su explicación de la normatividad jurídica podría facilitar su comprensión. Tal replanteamiento partiría de la tesis de que es posible mantener el espíritu del neokantismo kelseniano con un ropaje conceptual diferente, más actual. No es este el lugar para emprender semejante tarea, por lo que aquí me limito a señalar una línea de trabajo hacia adelante.

⁴⁴⁵ Bindreiter, *Why Grundnorm?*, 18,38-9.

3. La teoría pura como esquema metodológico-interpretativo

La hipótesis que aquí quiero esbozar es que la teoría pura es un esquema metodológico que podría emplearse para abordar fructíferamente ciertos problemas de la ciencia jurídica, lo que por supuesto aún queda por hacerse. Como se ha visto, el carácter trascendental y el ideal de pureza de la doctrina kelseniana, en especial de su tesis de la norma hipotética fundamental, son piezas clave dentro de este esquema interpretativo. Así, el primero garantiza esa tercera vía entre el positivismo reduccionista y el iusnaturalismo, mientras que el segundo nos previene contra la intromisión, en la teoría jurídica, de elementos extraños a su metodología, como son las creencias morales⁴⁴⁶ y las afirmaciones provenientes de las ciencias sociales: sociología, ciencia política, etcétera. Creo que la crítica contra el *moral semantics claim* sirve para ilustrar, aunque sea de manera incipiente, la forma en que el esquema metodológico-interpretativo kelseniano puede ser utilizado.

A la pregunta de cómo juzgar si la doctrina kelseniana es aún vigente habría que contestar con un condicional: si ésta puede funcionar como una metateoría metodológica de la ciencia jurídica, es decir, si se demuestra que sus categorías y tesis fundamentales, sobre todo las de origen neokantiano, son esclarecedoras para la reflexión filosófica en torno al derecho, entonces se habrá dado un fuerte argumento a favor de su vigencia. Mi apuesta es que si la teoría pura tiene alguna función ésta sería parecida a la que el segundo Wittgenstein le adscribía a sus aclaraciones conceptuales, a saber, el de delimitar el terreno de lo decible, de aquello que puede afirmarse con sentido del derecho, o sea, el de fijar la distinción entre lo que puede y lo que no puede decirse dentro del juego del lenguaje jurídico.

En este trabajo de tesis he intentado proporcionar elementos para evaluar la superioridad del esquema kelseniano de interpretación, especialmente al reelaborar el argumento trascendental que ahí se encuentra, sobre las explicaciones alternativas a las que se enfrentó. Después de Kelsen no es posible pensar el fenómeno jurídico de la misma manera, pues ahora sabemos que ni la moral ni la sociología pueden darnos herramientas adecuadas para concebir el derecho objetivamente. Retomando lo dicho por el propio García Amado, si queremos una ciencia jurídica independiente y objetiva, y no habría razones para que no fuese así, entonces

⁴⁴⁶ Un texto relativamente reciente que reivindica el positivismo jurídico frente a las tendencias neo-iusnaturalistas es el de Matthew H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press, 2003).

necesitamos presuponer la norma hipotética fundamental, porque las explicaciones alternativas disponibles en su tiempo dejaban al derecho en manos de la moral o la política.

Ahora bien, mirada desde el presente quizás parezca que la teoría pura ya no dice nada relevante en torno a los problemas de la ciencia jurídica, pues muchos de éstos incluso giran en torno a temas que el propio Kelsen ni siquiera se planteó. La tarea consiste ahora en probar que su marco conceptual proporciona una perspectiva desde la cual es posible avanzar sobre estos debates, así sea sólo mediante una labor propedéutica que nos haga no perder de vista distinciones y conceptos fundamentales de la teoría jurídica.

Conclusiones

He llegado al final de un largo y sinuoso camino. En esta parte conclusiva quiero resumir los principales resultados de mi tesis y señalar, a manera de ejemplo, algunas áreas de discusión dentro de la filosofía del derecho contemporánea en las cuales sería interesante aplicar el esquema metodológico-interpretativo de Kelsen para evaluar su vigencia actual.

Veámos en el primer capítulo que el neokantismo de la escuela de Marburgo retomó el espíritu de la filosofía kantiana a fin de desarrollarlo hasta sus últimas consecuencias. En esta empresa los exponentes de esa corriente se apartaron de la letra de Kant usando algunos términos kantianos en un sentido distinto al original: piénsese en el concepto de razón cuyo empleo borra la distinción con la noción de entendimiento. Asimismo, se rechazaron tesis centrales de la filosofía crítica como el dualismo entre intuición y pensamiento. Más allá de si es filosóficamente viable la eliminación que hace Cohen del momento de la intuición del método crítico, quedándose sólo con el pensamiento puro creador de sus objetos, existe un paralelismo entre la tesis de que el método de conocimiento crea sus objetos y mi idea de que cuando describimos hechos normativos, ilícitos y sanciones, ineludiblemente usamos categorías jurídicas preexistentes, por lo que también aquí el pensamiento (jurídico) crea su propio objeto, el derecho.

Tenemos entonces que la jurisprudencia no parte para sus elaboraciones de ninguna realidad dada de antemano, sino que su objeto de estudio se construye a partir de sus categorías, pues ellas hacen posible las normas al interpretar el sentido subjetivo de mandatos como su sentido objetivo. Frente al positivismo reduccionista y al iusnaturalismo clásico, que daban por sentado el lenguaje de los hechos del mundo físico o el derecho natural, para Kelsen ni el derecho traduce a un lenguaje normativo descripciones de hechos naturales, ni la validez se explica porque las normas jurídicas se adecúen a un orden de conducta natural. Kelsen entiende el derecho en términos de procesos. A este respecto puede recordarse la afirmación de Stanley Paulson de que la teoría pura se propone un programa desubstancializador, aunque él lo restringe a las primeras etapas de ésta. Es posible sostener, con Kelsen, que en el derecho no hay substancias o realidades preexistentes; por el contrario, sus normas son el resultado de procesos de creación que suponen una cadena de facultades. Esta serie de autorizaciones puede rastrearse hasta el primer facultamiento, que no es positivo sino presupuesto, que es el SPJ o norma básica. En este sentido cabe agregar que la autoridad legislativa no es dada, no se explica, por ejemplo, mediante un

hecho de poder frente al cual simplemente nos encontramos, sino que constituye una hipótesis metodológica

Mi alegato en el segundo capítulo es que Kelsen no abandonó su esquema conceptual neokantiano, por lo que sostengo que su tarea desubstancializadora se mantuvo a lo largo de su producción intelectual, y que tampoco sucumbió, como afirman varios autores, a la tentación positivista de reducir los enunciados normativos a descripciones de hechos. Esta línea de argumentación se continúa en el tercer capítulo donde defiende la idea de que Kelsen no renunció a la tesis de la creación epistemológica de las normas jurídicas. En este sentido, la imputación o el *Sollen* siempre tuvo un papel central en la teoría pura, una categoría trascendental que establece la específica relación que se da en las normas entre el ilícito y la sanción, no obstante que Kelsen haya reconocido que éstas tienen una variedad de funciones.

Vale la pena destacar la reformulación en clave trascendental que hago, retomando ideas del profesor Ulises Schmill, del concepto de eficacia, pues de esta forma se subsana una inconsistencia teórica en Kelsen. Con esta relectura, más la de la norma básica como el principio supremo de la jurisprudencia, se tiene ya una exégesis trascendental completa de la doctrina kelseniana de la normatividad, que salva varias de las críticas que se le han dirigido.

En el último capítulo abordé la discusión en torno a la fuerza probatoria de los argumentos trascendentales y reformulé el que se encuentra en la teoría pura. En el fondo de este debate está el problema de la comparación entre esquemas conceptuales y de si es posible dar razones a favor o en contra de éstos desde un punto de vista situado fuera de ellos. A lo largo del texto fui señalando las ventajas de la explicación kelseniana sobre sus rivales históricos. Si bien mi estrategia no descarta de entrada la posibilidad de enfoques distintos al de la teoría pura, se tendría que demostrar que el positivismo reduccionista o el iusnaturalismo clásico proporcionan un tratamiento superior, o al menos complementario, de los problemas de la ciencia jurídica para que las premisas kelsenianas de corte trascendental se vieran bajo presión de ser revisadas.

El propósito de mi revisión de la teoría pura fue mostrar que la forma más consistente de entenderla es con el telón de fondo de su herencia neokantiana. Sólo si tenemos presente la concepción del conocimiento sostenida por la escuela de Marburgo es posible apreciar sistemáticamente la doctrina kelseniana. Ahora bien, ¿qué nos dice este Kelsen neokantiano para los debates actuales en la filosofía del derecho? Tales discusiones se han movido en direcciones que no estaban en el horizonte intelectual en que surgió la teoría pura, por lo que el reto hacia

delante es emplear en estos debates la interpretación en lenguaje trascendental que he defendido para evaluar su vigencia. Aquí sólo podemos esbozar una agenda para el futuro, pues el principal propósito de esta tesis fue, insisto, proponer una lectura de Kelsen que lo hiciera coherente con sus tesis neokantianas. Una posibilidad que vislumbro para la teoría pura es que sirva a manera de una metametodología para hacer aclaraciones conceptuales, recordatorios de las categorías jurídicas fundamentales. Parece que en las discusiones filosóficas a veces se olvidan algunos de los rendimientos de Kelsen: superación de dualismos (derecho objetivo y subjetivo, Estado y derecho), la concepción del derecho como un orden dinámico de normas que establecen facultades, o su solución al problema de la unidad y la validez del orden jurídico. Creo que estas aclaraciones son fundamentales para delimitar el campo de lo que puede ser dicho con sentido desde la ciencia jurídica. Pero esta labor está aún por hacerse.

Bibliografía

1. Azpurua Ayala, Ricardo. "Kelsen y su posición frente al positivismo y la dirección neokantiana," *Cuadernos de filosofía del derecho*, no. 1 (1965).
2. Beyleveld, Derick., y Roger Brownsword. "Normative Positivism: The Mirage of the Middle-Way," *Oxford Journal of Legal Studies* 9, no. 4 (invierno 1989).
3. Beyleveld, Deryck., y Roger Brownsword. "Methodological Syncretism in Kelsen's Pure Theory of law." En *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editado por Stanley Paulson y Bonnie Litschewski. Oxford: Clarendon Press, 1998.
4. Bindreiter, Uta. "Presupposing the basic norm," *Ratio Juris* 14, no. 2 (junio 2001).
5. Bindreiter, Uta. *Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine*. The Hague: Kluwer Law International, 2002.
6. Bulygin, Eugenio. "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law," *Ratio Juris* 3, no. 1 (marzo 1990).
7. Bulygin, Eugenio. "El problema de la validez en Kelsen." En *Filosofía jurídica. Ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, editado por Rodolfo Vázquez. México: Porrúa, 2005.
8. Bulygin, Eugenio. "Enunciados jurídicos y positivismo: respuesta a Raz." En *Análisis lógico y derecho*, Alchourron, Carlos E., y Eugenio Bulygin. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
9. Bulygin, Eugenio. "Kant y la filosofía del derecho contemporánea," *Archivos latinoamericanos de metodología y filosofía del derecho* I, (1980).
10. Bulygin, Eugenio. "Kelsen on Completeness and Consistency of Law" (conferencia, Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra, septiembre, 2010).
11. Cabrera, Isabel. "Argumentos trascendentales o cómo no perderse en un laberinto de modalidades." En *Argumentos trascendentales*, editado por Isabel Cabrera. México: IIF-UNAM, 2007).
12. Calsamiglia, Albert. "For Kelsen," *Ratio Juris* 13, no. 2 (junio 2000).
13. Caracciolo, Ricardo A. "Fundamentos del derecho y fundamentos del conocimiento del derecho," *Crítica. Revista hispanoamericana de filosofía* XI, no. 31 (abril 1979).
14. Caracciolo, Ricardo A. "Interpretación de sentido y conocimiento jurídico," *Revista latinoamericana de filosofía* III, no. 2 (julio 1977).

15. Carrino, Agostino. "Reflections on Legal Science, Law and Power." En *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editado por Stanley Paulson y Bonnie Litschewski. Oxford: Clarendon Press, 1998.
16. Cassirer, Ernst. *Substance and Function*. Chicago: Dover Publications, 1953.
17. Celano, Bruno. "Kelsen's Concept of the Authority of Law," *Law and Philosophy* 19, no. 2 (marzo 2000).
18. Chiasoni, Pierluigi. "Wiener Realism. The Pure Theory of Law as a Realistic Jurisprudence" (conferencia, Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra, septiembre, 2010).
19. Cohen, Hermann. *Ethik des reinen Willens*. Hildesheim-Zürich-New York: Georg Olms Verlag, Band 7, 2. Teil, 2002.
20. Cohen, Hermann. *Logik der reinen Erkenntnis*. Berlin: Bruno Cassirer Verlag, 1922.
21. Coleman, Jules L. "Beyond Inclusive Legal Positivism," *Ratio Juris* 22, no. 3 (septiembre 2009).
22. Coleman, Jules L. "Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence," *Oxford Journal of Legal Studies* 27, no. 4 (2007).
23. Comesaña, Juan Manuel. *Lógica informal, falacias y argumentos filosóficos*. Bs. As.: Eudeba, 2001.
24. Conklin, William E. "Hans Kelsen on Norm and Language," *Ratio Juris* 19, no. 1 (marzo 2006).
25. Correas, Oscar. "Kelsen y el kantismo," *Boletín mexicano de derecho comparado* 69, (1990).
26. Cracogna, Dante. "El tema de la moral y el derecho en Kelsen," *Anuario de filosofía jurídica y social*, no. 10 (1990).
27. Delacroix, Sylvie. "Hart's and Kelsen's Concepts of Normativity Contrasted," *Ratio Juris* 17 no. 4 (diciembre 2004).
28. Delacroix, Sylvie. "Schmitt's Critique of Kelsenian Normativism," *Ratio Juris* 18, no.1 (marzo 2005).
29. Dufour, Éric. *Hermann Cohen. Introduction au néokantisme de Marbourg*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.
30. Düring, Ingemar. *Aristóteles. Exposición e interpretación de su pensamiento*. México: UNAM, 1987.

31. Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
32. Ebenstein, William. *La teoría pura del derecho*. México: Ediciones Coyoacán, 2004.
33. Edel, Geert. "The *Hypothesis* of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen" En *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editado por Stanley Paulson y Bonnie Litschewski. Oxford: Clarendon Press, 1998.
34. Eng, Svein. "Fusion of Descriptive and Normative Propositions. The Concepts of 'Descriptive Propositions' and 'Normative Propositions' as Concepts of Degree," *Ratio Juris* 13, no. 3 (septiembre 2000).
35. Errázuriz, Carlos. "A propósito de las relaciones entre ciencia y filosofía en la 'teoría pura del derecho' de Hans Kelsen," *Persona y derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, no. 26 (1992).
36. Esquivel Pérez, Javier. *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*. México: UNAM, 1980.
37. Ferraro, Agustín E. "Kelsen y la ética universalista," *Doxa* II, no. 21 (1998).
38. Frege, Gottlob. "On Sense and Reference." En *Meaning and Reference*, editado por A.W. Moore. New York: Oxford University Press, 1993.
39. García Amado, Juan Antonio. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A, 1996.
40. Gianformaggio, Letizia. "Hans Kelsen on the Deduction of Validity," *Rechtstheorie* 21, Heft. 2 (1990).
41. Gioja, Ambrosio L. "Acerca de la problemática de la teoría pura del derecho." En *Ideas para una filosofía del derecho, tomo I*, editado por Ricardo Entelman. Bs. As.: Sucesión de Ambrosio L. Gioja, 1973.
42. Granja, Dulce María. *El neokantismo en México*. México: FFyL-UNAM, 2001.
43. Guastini, Ricardo. "The Basic Norm Revisited" (conferencia, Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra, septiembre, 2010).
44. Guastini, Riccardo. "Normativism or the Normative Theory of Legal Science: Some Epistemological Problems." En *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editado por Stanley Paulson y Bonnie Litschewski. Oxford: Clarendon Press, 1998.

45. Hammer, Stefan. "A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen's Pure Theory of Law." En *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editado por Stanley Paulson y Bonnie Litschewski. Oxford: Clarendon Press, 1998.
46. Harris, James W. "Kelsen's Concept of Authority," *Cambridge Law Journal* 36, Part. 2 (noviembre 1977).
47. Harris, James W. *Law and Legal Science*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
48. Harris, James W. "Kelsen's Pallid Normativity," *Ratio Juris* 9, no. 1 (marzo 1996).
49. Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007.
50. Heidemann, Carsten. "Die reine Rechtslehre im Lichte des kritischen Rationalismus," *Ratio Juris* 18, no.1 (marzo 2005).
51. Heidemann, Carsten. "The Creation of Normative Facts," *Law and Philosophy* 19, no. 2 (marzo 2000).
52. Hintikka, Jaakko. "La paradoja del conocimiento trascendental." En *Argumentos trascendentales*, editado por Isabel Cabrera. México: IIF-UNAM, 2007.
53. Holzhey, Helmut. "Cohen and the Marburg School in Context." En *Hermann Cohen's Critical Idealism*, editado por Reinier Munk. The Netherlands: Springer, 2005.
54. Honoré, Tony. "The Basic Norm of a Society." En *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editado por Stanley Paulson y Bonnie Litschewski. Oxford: Clarendon Press, 1998.
55. Jabloner, Clemens. "Kelsen and his Circle: The Vienesse Years," *European Journal of International Law* 9, no. 2 (1998).
56. Janik, Allan., y Stephen Toulmin. *La Viena de Wittgenstein*. Madrid: Taurus, 1987.
57. Kelsen, Hans. "'Foreword' to Main Problems in the Theory of Public Law." En *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editado por Stanley Paulson y Bonnie Litschewski. Oxford: Clarendon Press, 1998.
58. Kelsen, Hans. "Carta a Renato Tréves," *Droit et Société*, no. 7 (1987).
59. Kelsen, Hans. "Causality and Imputation." En *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*. Los Angeles-Londres: University of California Press, 1971.
60. Kelsen, Hans. "Constitutional Function," *Juridical Review* (1980).

61. Kelsen, Hans. "Fundamento de la validez del derecho," *La justicia* XXI, no. 377 (septiembre 1961).
62. Kelsen, Hans. "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución." En *La idea del derecho natural y otros ensayos*. México: Editora Nacional, 1974.
63. Kelsen, Hans. "La idea del derecho natural." En *La idea del derecho natural y otros ensayos*. México: Editora Nacional, 1979.
64. Kelsen, Hans. "Philosophical Foundations of Natural Law Theory and Legal Positivism." En *General Theory of Law and State*. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 1942.
65. Kelsen, Hans. "Science and Politics." En *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*. Los Angeles-Londres: University of California Press, 1971.
66. Kelsen, Hans. "Sobre los límites entre el método sociológico y jurídico," *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 75 (1969).
67. Kelsen, Hans. "The Concept of the Legal Order," *The American Journal of Jurisprudence* 27, (1982).
68. Kelsen, Hans. "The Law as a Special Social Technique." En *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*. Los Angeles-Londres: University of California Press, 1971.
69. Kelsen, Hans. "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence." En *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*. Los Angeles-Londres: University of California Press, 1971.
70. Kelsen, Hans. "Value judgements in the science of law." En *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*. Los Angeles-Londres: University of California Press, 1971.
71. Kelsen, Hans. "Why should the law be obeyed?." En *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*. Los Angeles-Londres: University of California Press, 1971.
72. Kelsen, Hans. *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*. México: Porrúa, 1987.
73. Kelsen, Hans. *Teoría general del estado*. México: Editora Nacional, 1965.
74. Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa, 2002.

75. Körner, Stephen. “La imposibilidad de las deducciones trascendentales.” En *Argumentos trascendentales*, editado por Isabel Cabrera. México: IIF-UNAM, 2007.
76. Kramer, Matthew H. *In Defense of Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
77. Larenz, Karl. “La filosofía contemporánea del derecho y del estado,” *Revista de derecho privado*, (1942).
78. Legaz y Lacambra, Luis. “Kelsen hoy,” *Anuario de filosofía del derecho*, no. 16 (1971-1972).
79. Lévy, Élie. *Diccionario Akal de física*. Madrid: Ediciones Akal, 2008.
80. Lindhal, Hans. “Authority and Representation,” *Law and Philosophy* 19, no. 2 (marzo 2000).
81. Losano, Mario G. “La teoría pura del derecho. Del logicismo al irracionalismo,” *Doxa*, no. 2 (1985).
82. Lucas Verdú, Pablo. “El orden normativista puro (supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen),” *Revista de estudios políticos*, no. 68 (abril-junio 1990).
83. Luf, Gerhard. “On the Transcendental Import of Kelsen’s Basic Norm.” En *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editado por Stanley Paulson y Bonnie Litschewski. Oxford: Clarendon Press, 1998.
84. Métall, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen. Vida y obra*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.
85. Miles, Thomas J., y Cass R. Sunstein. “The New Legal Realism,” *The University of Chicago Law Review* 75, no. 2 (primavera 2008).
86. Millas, Jorge. “Los determinantes epistemológicos de la teoría pura del derecho.” En *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, editado por Serra, Juan Enrique., y Jorge Millas. Valparaíso: Edeval, 1982.
87. Natorp, Paul. *El ABC de la filosofía crítica*. México: Editora Nacional, 1974.
88. Natorp, Paul. *Kant y la escuela de Marburgo*. México: Porrúa, 1975.
89. Natorp, Paul. *Propedéutica filosófica*. México: Porrúa, 1975.
90. Nino, Carlos. “Some Confusions Surrounding Kelsen’s Concept of Validity.” En *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editado por Stanley Paulson y Bonnie Litschewski. Oxford: Clarendon Press, 1998.
91. Pascher, Manfred. “Hermann Cohens Einfluss auf Kelsens reine Rechtslehre,” *Rechtstheorie* 23, heft 4 (1992).

92. Pattaro, Enrico. "Hans Kelsen's Normativist Reductionism," *Ratio Juris* 21, no. 2 (junio 2008).
93. Paulson, Stanley. "Beyond the Basic Norm." En *Filosofía jurídica. Ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, editado por Rodolfo Vázquez. México: Porrúa-ITAM, 2005.
94. Paulson, Stanley. "Dos programas radicales de 'objetivización'. La influencia de Kant y los neokantianos en Hans Kelsen." En *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica*, editado por Felipe Castañeda, Vicente Durán y Luis Eduardo Hoyos. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.
95. Paulson, Stanley. "El período posterior a 1960 de Kelsen: ¿ruptura o continuidad?," *Doxa*, no.2 (1985).
96. Paulson, Stanley. "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization," *Oxford Journal of Legal Studies* 18, no.1 (primavera 1998).
97. Paulson, Stanley. "Hans Kelsen's Doctrine of Imputation," *Ratio Juris* 14, no.1 (marzo 2001).
98. Paulson, Stanley. "Hans Kelsen's Earliest Legal Theory," *The Modern Law Review* 59, no.6 (noviembre 1996).
99. Paulson, Stanley. "Introduction." En *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editado por Stanley Paulson y Bonnie Litschewski. Oxford: Clarendon Press, 1998.
100. Paulson, Stanley. "Kelsen senza Kant," *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* IV, no. 3 (abril-junio 1992).
101. Paulson, Stanley. "La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica," *Doxa*, no. 9 (1991).
102. Paulson, Stanley. "La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano," *Doxa*, no. 26 (2003).
103. Paulson, Stanley. "La normativité dans la Théorie Pure du Droit peut-elle se prévaloir d'arguments transcendants?," *Droit et société* 7, (1987).
104. Paulson, Stanley. "On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm," *Ratio Juris* 13, no. 3 (septiembre 2000).
105. Paulson, Stanley. "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law," *Oxford Journal of Legal Studies* 12, no. 3 (otoño 1992).

106. Paulson, Stanley. "The Weak Reading of Authority in Han Kelsen's Pure Theory of Law," *Law and Philosophy* 19, no. 2 (marzo 2000).
107. Paulson, Stanley. *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*. Traducido por Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
108. Paulson, Stanley., y Bert Van Roermund. "Kelsen, Authority and Competence: An Introduction," *Law and Philosophy* 19, no. 2 (marzo 2000).
109. Perry, Stephen. "Beyond the Distinction between Positivism and Non-Positivism," *Ratio Juris* 22, no. 3 (septiembre 2009).
110. Poma, Andrea. "Autonomy of the Law." En *Yearning for Form and other Essays on Hermann Cohen's Thought*. The Netherlands: Springer, 2006.
111. Poma, Andrea. "The Existence of the Ideal in Hermann Cohen's Ethics." En *Yearning for Form and other Essays on Hermann Cohen's Thought*. The Netherlands: Springer, 2006.
112. Poma, Andrea. *The Critical Philosophy of Hermann Cohen*. Albany: State University of New York Press, 1997.
113. Quine, Willard V.O. *Word and Object*. Cambridge, Massachusetts: The M.I.T Press, 1992.
114. Raz, Joseph. "Explaining Normativity. On Rationality and the Justification of Reason." En *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*. Oxford: Oxford University Press.
115. Raz, Joseph. "Kelsen's Theory of the Basic Norm." En *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
116. Raz, Joseph. "The Purity of the Pure Theory." En *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editado por Stanley Paulson y Bonnie Litschewski. Oxford: Clarendon Press, 1998.
117. Rickert, Heinrich. *Ciencia natural y ciencia cultural*. Argentina: Espasa-Calpe, 1943.
118. Rickert, Heinrich. *Introducción a los problemas de la filosofía de la historia*. Bs As: Ed. Nova, 1971.
119. Rodríguez, Guillermo Héctor. *Ética y jurisprudencia*. México: SEP, 1947.
120. Rodríguez, Guillermo Héctor., y Antonio Caso. *Ensayos polémicos sobre la escuela filosófica de Marburgo*. México: Publicaciones de la Gaceta filosófica de los neokantianos de México, 1945.

121. Rojas Amandi, Víctor. “El concepto de derecho de Ronald Dworkin.” *Instituto de Investigaciones Jurídicas* (citado el 10 de octubre de 2012, 394-415): disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/246/art/art16.pdf>
122. Ross, Alf. “Notas al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?.” En *El concepto de validez y otros ensayos*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vázquez. México: Fontamara, 2001.
123. Ross, Alf. “Tû-Tû”. Bs. As.: Abeledo-Perrot.
124. Ross, Alf. “Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law.” En *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editado por Stanley Paulson y Bonnie Litschewski. Oxford: Clarendon Press, 1998.
125. Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 2006.
126. Sandkühler, Hans Jörg. *Mundos posibles. El nacimiento de una nueva mentalidad científica*. Madrid: Ediciones Akal, 1999.
127. Schaper, Eva. “¿Son imposibles las deducciones trascendentales?” En *Argumentos trascendentales*, editado por Isabel Cabrera. México: IIF-UNAM, 2007.
128. Schild, Wolfgang. *La teoría pura del derecho*. Bogotá: Termia Librería, 1983.
129. Schmill Ordóñez, Ulises. “Algunas influencias de Hermann Cohen en Hans Kelsen,” *Isonomia*, no. 21 (octubre 2004).
130. Schmill Ordóñez, Ulises. “Diálogo en Marburgo entre Hermann Cohen y Hans Kelsen,” *Doxa*, no. 26 (2003).
131. Schmill Ordóñez, Ulises. “El modelo del mandato, el orden jurídico y las normas de competencia,” *Doxa* no. 25 (2002).
132. Schmill Ordóñez, Ulises. “La ética y la moralidad en la teoría de Hans Kelsen,” *Criterio y conducta*, no. 1 (enero-junio 2007).
133. Schmill Ordóñez, Ulises. “La norma fundante básica y el origen conceptual de la normatividad,” *Analisi e diritto* (2007).
134. Schmill Ordóñez, Ulises. “Presentación.” En *Ensayos sobre jurisprudencia y teología*, Hans Kelsen. México: Fontamara, 2003.
135. Schmill Ordóñez, Ulises. “Reconstrucción pragmática del concepto de deber (Sollen).” En *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, editado por Tamayo y Salmorán, Rolando., y Enrique Cáceres Nieto. México: UNAM, 1987.

136. Schmill Ordóñez, Ulises. "The Dynamic Order of Norms, Empowerment, and Related Concepts," *Law and Philosophy* 19, no. 2 (marzo 2000).
137. Schmill Ordóñez, Ulises. "The Grundnorm and the Conceptual Origin of the Normativity of Law" (conferencia, Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra, septiembre, 2010).
138. Serra Jiménez, Francisco. "Kelsen en Kakania (cultura y política en el joven Kelsen)," *Boletín de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, no. 1 (1992).
139. Simmonds, Nigel E. "Normativity and Norms," *Ratio Juris* 13, no. 2 (junio 2000).
140. Spaak, Torben. "Legal Positivism, Law's Normativity and the Normative Force of Legal Justification," *Ratio Juris* 16, no. 4 (diciembre 2003).
141. Stepanenko, Pedro. *Categorías y autoconciencia en Kant. Antecedentes y objetivos de la deducción trascendental de las categorías*. México: IIF-UNAM, 2000.
142. Van Roermund, Bert. "Authority and Authorisation," *Law and Philosophy* 19, no. 2 (marzo 2000).
143. Van Roermund, Bert. "Instituting Authority. Some Kelsenian Notes," *Ratio Juris* 15, no. 2 (junio 2002).
144. Vicén González, Felipe. "Sobre el neokantismo lógico-jurídico," *Doxa* no. 2 (1985).
145. Villa, Vittorio. "Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation and Value-Judgments," *Ratio Juris* 22, no. 1 (marzo 2009).
146. Vinx, Lars. *Hans Kelsen's Pure Theory of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
147. Von Wright, Georg Henrik. "Is and Ought." En *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editado por Stanley Paulson y Bonnie Litschewski. Oxford: Clarendon Press, 1998.
148. Walker, Ralph. "Argumentos trascendentales y escepticismo." En *Argumentos trascendentales*, editado por Isabel Cabrera. México: IIF-UNAM, 2007.
149. Walter, Robert. "El estado actual de la teoría pura del derecho," *Revista de ciencias sociales*, no.6 (diciembre 1974).
150. Welzel, Hans. "Positivismo y neokantismo," *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, no. 2 (1962).
151. Wilson, Alida. "Joseph Raz on Kelsen's Basic Norm," *The American Journal of Jurisprudence* 27, (1982).
152. Windelband, Wilhelm. *La filosofía de la historia*. México: UNAM, 1958.

153. Windelband, Wilhelm. *Preludios filosóficos. Figuras y problemas de la filosofía y de su historia*. Bs As: Santiago Rueda, 1949.
154. Wittgenstein, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Oxford: Basil Blackwell, 1989.
155. Wróblewski, Jerzy. "Normativity of Legal Science," *Logique et Analyse* año 9, no. 33 (abril 1966).