

La posibilidad de una ciencia jurídica trascendental

The Possibility of a Transcendental Legal Science

Mario García Berger

Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

mgberger@live.com

Resumen: En este trabajo defenderé la factibilidad de una ciencia jurídica trascendental de las críticas que Jan Sieckmann y Christoph Kletzer han hecho a su carácter constitutivo. Sieckmann argumenta que las propias premisas de la teoría pura del derecho desembocan en una disciplina sin objeto de estudio, mientras Kletzer sostiene que el acto constitutivo se da realmente en la aplicación del derecho. De mi defensa se deriva una exégesis de la relación entre filosofía del derecho, ciencia jurídica y derecho positivo conforme al modelo kantiano de la conexión entre la crítica de la razón pura, la ciencia física y los fenómenos naturales.

Palabras clave: ciencia jurídica trascendental, teoría pura del derecho, Kelsen, carácter constitutivo, categorías jurídicas a priori

Abstract: In this paper I defend the possibility of a transcendental legal science against the criticisms raised by Jan Sieckmann and Christoph Kletzer, who claim that legal science cannot have a constitutive character. For Sieckmann the pure theory of law's own premises lead to an objectless science, whereas for Kletzer the real constitutive work is carried out by the law. From my considerations it follows an explanation of the relation between the philosophy of law, the legal science and the law modelled on the Kantian connection between the critique of pure reason, the physical science and the natural phenomena.

Keywords: transcendental legal science, pure theory of law, Kelsen, constitutive character, a priori legal categories

I. Introducción

La factibilidad de construir una ciencia jurídica trascendental *à la* Kelsen ha sido puesta en duda desde diferentes flancos teóricos. En esta ocasión voy a defender el programa kelseniano de dos críticas que cuestionan que la ciencia jurídica pueda ser constitutiva,

que pueda crear el derecho conceptualmente. La primera es de Jan Sieckmann (2017), quien argumenta que las propias premisas de la teoría kelseniana conducen a la paradójica conclusión de que el intento de erigir una ciencia jurídica pura termina sin poder establecer su objeto de estudio. De ser cierto, esto sería desastroso para los propósitos de Kelsen. Sin embargo, es posible resolver esta dificultad si incorporamos al análisis las diferentes funciones que éste le asigna a la teoría pura y a la ciencia del derecho. A pesar de que tal distinción está presente en su obra, no siempre se establece de manera explícita, lo que ha dado lugar a que dichas funciones tiendan a fusionarse. La segunda crítica a la que me referiré es elaborada por Christoph Kletzer (2011), quien igualmente rechaza el carácter constitutivo de la ciencia jurídica y asume la tesis, defendida por Fritz Sander (1920, 1921), de que es en la aplicación del derecho donde se verifica un momento constitutivo.¹ Para la exposición de las ideas de Sander, en este trabajo me baso en la reconstrucción de Kletzer .

II. La distinción entre la teoría pura (filosofía) del derecho y la ciencia jurídica

En una reciente contribución a un volumen dedicado a evaluar la relevancia contemporánea de la concepción del derecho de Kelsen y su proyecto de edificar una ciencia jurídica descriptiva y valorativamente neutra, Sieckmann sostiene que dicho esfuerzo teórico es infructuoso. Dos son los problemas que afectan negativamente esta empresa. El primero tiene que ver con la cuestión de en qué grado el marco epistemológico kantiano puede aplicarse al ámbito del conocimiento del derecho. En la lectura que éste hace de Kant, la mente humana construye la realidad por medio de las categorías que aplicamos a las apariencias. Esto “presupone la existencia de una realidad externa y también que somos capaces de reconocerla” (Sieckmann, 2017, p. 262). En contraste, dice Sieckmann, en el campo del derecho no hay una tal realidad natural externa, sino un sistema de normas constituido por “juicios subjetivos”. Así, “si constituimos un sistema normativo mediante la presuposición de una norma básica, ello es un acto cognoscitivo que no entraña la presuposición de la existencia de una realidad normativa” (Sieckmann, 2017, p. 262). El segundo problema es la incertidumbre sobre la contribución de la norma básica al carácter científico de la ciencia jurídica. Citemos de nuevo las palabras de Sieckmann pues regresaré a ellas para señalar algunos errores en su lectura de Kelsen que surgen de no tomar en cuenta el marco conceptual neokantiano de la teoría pura:

Un segundo problema es que el acto cognoscitivo de presuponer una norma básica no es en sí mismo una operación intrínsecamente científica. ¿En qué contribuye este acto a que una investigación meramente empírica de actos jurídicos se convierta en una ciencia de normas? La ciencia se limita a una perspectiva esencialmente cognoscitiva. Si uno rechaza que la ciencia jurídica tenga su origen en el conocimiento de normas, aún se podrían hacer afirmaciones científicas acerca de actos jurídicos, pero estas aseveraciones tendrían que ver con qué actos, supuestamente creadores de derecho, se han llevado a cabo y con su contenido particular. Sin embargo, el paso adicional que consiste en proclamar la existencia de un orden normativo no se basa en algún tipo de conocimiento y, por ello, no tiene nada que ver con la ciencia. Por lo tanto, no se puede asumir que la ciencia del derecho, como una disciplina de normas, es posible mediante la presuposición de una norma básica (Sieckmann, 2017, p. 262).²

De acuerdo con Sieckmann hay tres formas en las que Kelsen podría intentar rescatar su proyecto de construir una ciencia jurídica: una es definirla como una teoría descriptiva y no empírica del derecho; o en términos de una disciplina basada en la presuposición real pero contingente de la norma básica; o hacerla depender de la presuposición hipotética de esta norma. Sin embargo, afirma, ninguna de estas alternativas sirve realmente de apoyo a la tesis de Kelsen.

Para este autor, la ciencia jurídica hace afirmaciones descriptivas que tienen la siguiente forma: “conforme al sistema jurídico S es válido que N”. Estas no son aseveraciones empíricas del tipo: “El órgano X ha emitido la norma N”. En las primeras se dice que una disposición ha cumplido con ciertos criterios de validez y, por lo tanto, que es jurídicamente válida. A pesar de que estas afirmaciones se refieren a normas, no son completamente normativas pues no implican que tales disposiciones deban ser obedecidas o aplicadas. Por ello, “no presuponen una norma básica que exija obediencia a las normas emitidas de acuerdo a los requerimientos de la primera constitución histórica” (Sieckmann, 2017, p. 263). Los científicos del derecho describen el orden que se forma a partir de la presuposición de la norma básica. De ahí que la ciencia jurídica tiene que ver con normas como los sentidos objetivos de ciertos actos, es decir, con contenidos de significado (*meaning-contents*).

Todo esto parece estar en línea con la caracterización que hace Kelsen de la ciencia del derecho. Sin embargo, el problema es que de esta forma el nexo metodológico entre éste y el neokantismo queda gravemente dañado, en virtud de que ya no habría bases para sostener que los objetos de esta disciplina se constituyen mediante categorías que son aplicadas a las apariencias y usadas por cualquiera que tome parte en asuntos jurídicos. En una ciencia del derecho que se encarga de describir qué normas son válidas dentro de un sistema no hay espacio para ningún andamiaje trascendental. Además,

contrario a lo admitido por Kelsen, el papel descriptivo de la ciencia jurídica no necesita la presuposición de la norma básica, pues lo único que se requiere es que algunas personas la presupongan, aquellas que crean o aplican las normas del sistema.

En segundo lugar, la ciencia del derecho podría también definirse como una disciplina constituida por la presuposición real de la norma básica. En otras palabras, siempre que quisiéramos adoptar el punto de vista jurídico tendríamos que hacer dicha presuposición. Sin embargo, este acto sería contingente ya que podríamos tomar otra decisión y adoptar una mirada diferente. Esto lo expresa Kelsen cuando afirma que al explicar el significado de ciertos hechos materiales podemos situarnos en la perspectiva del anarquista y dar cuenta de los actos jurídicos en términos de relaciones de poder. La interpretación jurídica de las acciones humanas que la norma básica hace posible no es necesaria sino sólo una de las lecturas disponibles. En consecuencia, el contenido normativo del derecho depende de la norma básica. Sin ese supuesto este contenido desaparece y no podemos explicar la validez de las normas, el hecho de que éstas deben ser obedecidas y aplicadas. Las afirmaciones jurídicas son a la vez descriptivas y normativas, pero esto último depende de la presuposición contingente de la norma básica. Sieckmann concluye que ello es incompatible con el rechazo de Kelsen del conocimiento de normas y valores, pues tal presuposición implicaría un acto intelectual, es decir, del pensamiento. Esto hace de la teoría pura una especie de iusnaturalismo, pues así como esta doctrina fundamenta el derecho positivo recurriendo a una fuente (Dios o la naturaleza humana), que simplemente tiene que darse por sentada ya que no es posible ir, en la exégesis, más allá de ella, de la misma forma la teoría pura, al negar la posibilidad del conocimiento normativo, debe asumir que el derecho positivo es válido sin poder ofrecer una justificación explícita.

La tercera opción para construir una ciencia jurídica acerca de normas consiste en hacer de la presuposición de la norma básica un acto hipotético. Así se evita adscribirle a ésta una posición normativa ya que sus afirmaciones no prescriben categóricamente qué normas deben ser obedecidas y aplicadas, sino que sólo lo hacen de forma hipotética dado que ello depende del supuesto de la norma básica. Aunque esta opción es compatible con el marco conceptual de la teoría pura, no representa ningún avance con respecto a la primera explicación alternativa de una ciencia descriptiva de normas. Para Sieckmann, la misma clase de afirmaciones que pueden hacerse conforme a la teoría pura es posible realizarlas también dentro del marco de una disciplina descriptiva. La única diferencia es que en este segundo caso no se da la exigencia de obediencia, real o hipotética, que está implicada en el primero. Se nos advierte que tal demanda es epistemológicamente sospechosa pues

los elementos normativos son incompatibles con el carácter científico de una ciencia.

Dijimos al comienzo que la crítica de Sieckmann puede enfrentarse si consideramos los distintos papeles que desempeñan, dentro del edificio teórico de Kelsen, la teoría pura del derecho y la ciencia jurídica. De acuerdo con el marco conceptual trascendental, aquella se encarga de exponer los conceptos que permiten dar cuenta de la posibilidad de esta última. En este sentido, la teoría pura es el *Analogon* de la crítica de la razón pura dentro de la filosofía de Kant. Mientras que dicha crítica pretende explicar cómo son posibles la matemática y la física, Kelsen se pregunta lo mismo con respecto a la ciencia del derecho. Así como la empresa kantiana es deducir trascendentalmente las categorías e ideas que hacen posible aquellas disciplinas, Kelsen se propone también exponer los conceptos sin los cuales no podría haber interpretación jurídica de actos humanos. De esta manera, la teoría pura provee a la ciencia del derecho de los conceptos necesarios para describir las normas de los órdenes positivos.

Aunque Kelsen no siempre establece explícitamente esta distinción, ella está presente en toda su obra y puede deducirse de su postulado de pureza. Al comienzo de la *Teoría pura del derecho* de 1960 afirma que su teoría es pura porque es acerca del derecho positivo en general y no sobre algún sistema específico de normas, al tiempo que proporciona una teoría de la interpretación. Al argumentar en contra del sincretismo metodológico de la jurisprudencia tradicional, Kelsen dice que la teoría pura “emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho” (Kelsen, 1960, p. 15). Esta labor sólo puede ser objeto de una investigación trascendental sobre los fundamentos de la ciencia jurídica ya que tal indagación se propone darnos los conceptos que hacen posible una cierta disciplina científica, delimitándola así de la esfera de otras ciencias. Es verdad que Kelsen sostiene que la teoría pura describe el derecho, pero esto no debe entenderse como si tuviera la tarea de describir las normas válidas de un sistema. Por el contexto en que se afirma es claro que esta función descriptiva tiene el objetivo de subrayar el carácter no prescriptivo del proyecto kelseniano con respecto a la ciencia jurídica. Como el propio Kelsen lo dice, la teoría pura quiere saber qué es y cómo es el derecho, no cómo debe ser. Ambas preguntas, la relacionada con la naturaleza del derecho y la que tiene que ver con su proceso de creación, pueden responderse una vez que hemos comprendido los principios básicos que permiten la interpretación jurídica de actos humanos.

Veamos ahora cómo se comportan los argumentos de Sieckmann a la luz de la anterior distinción. Un primer punto de carácter general sobre el que quiero llamar la atención es la forma en que entiende el carácter normativo de la ciencia jurídica kelseniana. Sieckmann piensa que este rasgo normativo significa que las afirmaciones jurídicas

prescriben conductas. Si esto es una descripción de la concepción de Kelsen de qué es una disciplina normativa en oposición a las ciencias naturales, es claramente equivocada. Para éste, las proposiciones jurídicas no expresan lo que debemos o no hacer, pues si así fuese sólo duplicarían lo que dicen las normas. Kelsen no deja dudas sobre el sentido en el que la ciencia del derecho es descriptiva/normativa.

[La ciencia jurídica] describe las normas jurídicas producidas por actos de conducta humana, así como las normas que mediante esos actos son aplicadas y acatadas, y al hacerlo describe las relaciones constituidas mediante esas normas jurídicas entre los hechos por ellas determinados [...] Los *enunciados* jurídicos son proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determina [...] Pero la ciencia del derecho sólo puede *describir* el derecho; no puede, a diferencia del derecho producido, en normas generales e individuales por la autoridad jurídica, *prescribir* algo [...] Pero el verbo modal “deber” del enunciado jurídico no tiene, como el “deber” de la norma jurídica, un sentido prescriptivo, sino un sentido descriptivo (Kelsen, 1960, pp. 84, 86, 88).

La ciencia del derecho describe relaciones jurídicas entre los hechos que son contenidos de las normas. El principio que une los hechos que aparecen en una norma es el de imputación y no el de causalidad. Si la forma metodológica de las proposiciones jurídicas (deber ser) es diferente a la de las afirmaciones de las ciencias naturales (ser), es posible deslindar las disciplinas normativas de aquellas que estudian los fenómenos físicos, químicos, biológicos, etcétera. Así,

En cuanto se determina el derecho como norma (o, más precisamente, como un sistema de normas, como un orden normativo), y se limita la ciencia del derecho al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de las relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinados, se acota el derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia del derecho, como ciencia normativa, frente a todas las demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos fácticos. Así se logra por fin un criterio seguro, para separar unívocamente la sociedad de la naturaleza y la ciencia social de la ciencia natural [...] Si existe una ciencia social diferente de la ciencia natural, necesita describir su objeto según un principio que se diferencie del de causalidad. En cuanto objeto de una ciencia tal, diferente de la ciencia natural, la sociedad es un orden normativo del comportamiento humano (Kelsen, 1960, p. 89).

Como veremos, esta confusión sobre el significado real del carácter normativo de la ciencia jurídica está presente a lo largo de la crítica de Sieckmann. Examinemos ahora su argumentación en contra de la posibilidad de erigir una ciencia jurídica kelseniana. El primer problema que afecta este proyecto es la dificultad de trasplantar el marco conceptual epistemológico kantiano al conocimiento del derecho. No me detendré en este

punto porque la idea sobre la que construye su objeción, que la filosofía de Kant implica la existencia de una realidad externa que podemos reconocer, es en sí misma altamente controvertida. Sin entrar en la discusión de si es una adecuada interpretación de Kant, vale la pena mencionar que el propio Kelsen reconoció que el marco epistemológico kantiano podría ser aplicado por analogía al conocimiento del derecho, sin especificar hasta qué grado ésta podía ser extendida.

La segunda dificultad que señala tiene que ver con la aparente incertidumbre sobre el papel que la norma básica desempeña con respecto al carácter científico de la ciencia del derecho. Se dice que esta presuposición epistemológica no es un acto científico. Esto es acertado si significa que tal presupuesto es lo que hace posible el conocimiento del derecho. Sin él no podríamos dejar la esfera de los hechos y adentrarnos en la del deber ser. Sin embargo, Sieckmann piensa que la norma básica no tiene utilidad alguna en la transformación de una “investigación empírica de actos jurídicos” en una ciencia de normas. Aquí se pierde de vista que incluso esta investigación asume tal presupuesto, pues sin él no hay interpretación jurídica de actos humanos. Sieckmann malinterpreta la naturaleza del hecho de la presuposición de la norma básica cuando afirma que no obstante la negativa de Kelsen a fundamentar la ciencia del derecho en un conocimiento de normas, aún existe espacio para hacer afirmaciones científicas sobre los actos jurídicos, las cuales establecerían que se han realizado ciertos eventos de creación normativa. Este acto de presuposición no es un proceso cognoscitivo ya que sólo conocemos normas positivas. Cuando la ciencia jurídica describe las disposiciones de un orden podemos decir que las conocemos. Por otro lado, la presuposición de la norma básica no implica la descripción de las relaciones que se dan entre los hechos de una norma. No se trata de un acto de conocimiento sino de uno trascendental. La conclusión de Sieckmann es que no tenemos bases cognoscitivas para sostener la existencia de un orden positivo. De esta manera el carácter normativo de la ciencia del derecho se entiende equivocadamente en términos prescriptivos. Esto es claro también cuando dice que proclamar la existencia de un orden positivo no tiene nada que ver con el conocimiento y, por lo tanto, con la ciencia.

¿Cómo puede Kelsen rescatar su proyecto de construir una ciencia jurídica? Como hicimos notar con anterioridad, Sieckmann considera tres posibles salidas. La primera es definirla en términos de una teoría descriptiva no empírica del derecho. En esta alternativa no se requiere una presuposición trascendental pues sus afirmaciones describen el orden constituido por la norma básica. El problema con esta opción es que se pierde el nexo metodológico con el neokantismo que Kelsen mantuvo a lo largo de su larga

carrera.³ Así, para afirmar que conforme a un sistema S la norma N es válida no necesitamos aparato trascendental alguno. La consecuencia es que los objetos de la ciencia del derecho no se constituirían mediante categorías *a priori* como sostenían los neokantianos de Marburgo. Todo lo que se requiere es que quienes crean o aplican las disposiciones jurídicas presupongan la norma básica. Pero todo esto suena un poco extraño. Las descripciones de la ciencia del derecho asumen implícitamente la norma básica porque si no lo hicieran no se podría simplemente hablar de normas. Esta presuposición no es un acto psicológico que los individuos lleven a cabo, sino que se trata de uno de tipo trascendental que realiza la teoría pura.

La segunda alternativa es definir la ciencia del derecho como una disciplina constituida por la presuposición real pero contingente de la *Grundnorm*. De esta forma la validez o el carácter normativo de las reglas, el que éstas deban ser obedecidas y aplicadas, dependería de un acto que resulta incompatible con el rechazo de Kelsen de la posibilidad del conocimiento de normas y valores. De nuevo se malinterpreta la normatividad de la ciencia del derecho y se concibe erróneamente la presuposición de la norma básica como un hecho cognoscitivo.

Por último, se puede concebir la ciencia jurídica como una disciplina acerca de normas que hipotéticamente presupone la norma básica. Así, las afirmaciones jurídicas no serían normativas porque sólo prescriben qué disposiciones deben ser obedecidas y aplicadas bajo la hipótesis de este supuesto. Se dice que en esta lectura la única diferencia entre las aseveraciones de la teoría pura y las de una ciencia jurídica descriptiva es que estas últimas no implican una exigencia hipotética de obediencia. Veámos que la única razón para rechazar tal demanda es que resulta epistemológicamente sospechosa ya que el carácter científico de una disciplina excluye cualquier elemento normativo. Pero tampoco esta opción funciona. Como hemos enfatizado, para Kelsen una ciencia es normativa si establece una conexión de imputación entre hechos y no si prescribe comportamientos. De esta manera, no hay nada sospechoso acerca de tales “elementos”. Tenemos entonces que lo que está en juego es si la presuposición de la norma básica es necesaria, categórica o hipotéticamente, para que la ciencia del derecho describa las disposiciones de un orden jurídico positivo. Sieckmann no elabora ninguna razón para rechazar el marco trascendental de la teoría pura. Podemos hallar la respuesta a esta pregunta en la noción kantiana del empleo hipotético de la razón, que consiste en unificar nuestros conocimientos (Kant, 1996, B675). Por ello, dado que el supuesto de la norma básica tiene el propósito de presentar la pluralidad de normas creadas por la actividad de los órganos productores de derecho como un todo significativo y sistemático, puede

sostenerse que dicho acto posee un carácter hipotético necesario.

Tenemos entonces que la crítica de Sieckmann de que el proyecto de Kelsen de erigir una ciencia del derecho pura conforme a sus premisas neokantianas termina en una disciplina sin objeto se basa en un malentendido de este marco conceptual. Dentro de esta perspectiva teórica, el carácter científico de una disciplina lo establece la deducción trascendental de las categorías que constituyen su objeto de investigación. Así, la teoría pura juega, en relación con la ciencia jurídica, un papel similar al que desempeña la crítica kantiana de la razón pura con respecto a la matemática y a la física newtoniana. Por lo tanto, la pregunta acerca de la función de la norma básica no la responde la ciencia del derecho sino la teoría pura, dado que ésta cumple una tarea trascendental. ¿Quién presupone entonces la norma básica? En virtud de que esta presuposición no es un acto psicológico, la única forma de responder esta interrogante es decir que la reflexión filosófica encuentra necesario hacerlo, pues de otra manera no habría interpretación jurídica de actos humanos. Pero entonces la afirmación de Sieckmann de que la ciencia jurídica kelseniana carece de objeto no tiene fundamento pues se basa en una confusión de las distintas funciones que Kelsen le adscribe a la teoría pura y a la ciencia del derecho. Una vez que tenemos en mente esta diferenciación, así como la idea de Kelsen sobre la normatividad del derecho, es claro en qué sentido puede afirmarse que la ciencia jurídica es descriptiva y normativa.

III. El carácter constitutivo de la ciencia jurídica

En una contribución para una edición especial del *German Law Journal* dedicada a indagar las razones de por qué la discusión sobre el positivismo jurídico no está ya en el centro de las preocupaciones académicas, Christoph Kletzer (2011) rechaza la tesis de Kelsen acerca del carácter constitutivo de la ciencia jurídica y asume, en su lugar, la idea, sostenida en su momento por Fritz Sander (1920, 1921), de que es en la aplicación del derecho donde se verifica un proceso constitutivo. Esto conduce a la cuestión de cómo se relacionan la filosofía del derecho, la ciencia jurídica y el derecho positivo. Kletzer analiza las explicaciones de Kelsen y de Sander sobre esta relación y defiende la segunda con base en el hecho de que se acopla mejor a la naturaleza constitutiva del derecho.

Desde la perspectiva de una investigación trascendental de inspiración kantiana resulta de la mayor importancia, por un lado, distinguir entre filosofía del derecho, ciencia jurídica y derecho positivo y, por el otro, clarificar las relaciones entre estos campos. El punto de vista metodológico neokantiano asumido por Kelsen requiere que la indagación de los fundamentos conceptuales de cualquier ciencia parta del hecho de

la existencia de ésta. Paul Natorp (1975a, 1975b) expresó esta exigencia demandando que todo empeño filosófico por proporcionar las categorías (*deductio juris*), que hacen posible un ámbito de conocimiento tiene que estar dirigido hacia un *factum* cultural: la ciencia, el derecho, el arte, etcétera. De esta manera, para Kelsen la filosofía del derecho toma como objeto de estudio a la ciencia jurídica, la cual a su vez se propone darnos una explicación sistemática del derecho como un todo significativo. Decíamos ya que Kelsen, quien concibe su propia investigación como un esfuerzo para extender a la ciencia jurídica el método trascendental inaugurado por Kant, no siempre tuvo cuidado en hacer esta diferencia de un modo explícito, aunque ella está presente a lo largo de su obra y, además, resulta vital para cualquier intento de evaluar la relevancia contemporánea de su proyecto teórico. En esta sección no intentaré hacer tal evaluación, pues mi objetivo es mucho más modesto. Me interesa principalmente reformular la manera en que Kelsen entendió la mencionada relación de forma tal que se puedan salvar las dificultades que enfrenta y que han sido señaladas recientemente por Kletzer y con anterioridad por Eugenio Bulygin (1980). Esto nos llevará a argumentar en contra de la posición de éste y de Sander acerca del carácter constitutivo del derecho y a defender la idea de Kelsen de que es la ciencia jurídica la que desempeña una labor constitutiva.

A. El modelo de Kelsen

Kletzer inicia recordándonos el debate que Kelsen y Sander sostuvieron sobre el tema de cuál es el objeto propio de la ciencia jurídica (*Gegenstandsproblem*). No entraré en los detalles de esta discusión o de la tesis de Kletzer acerca de que Kelsen al final adoptó la posición de Sander, porque mi propósito es evaluar ambas explicaciones en sus propios méritos. De acuerdo con el esquema clásico de Kelsen, según Kletzer (2011, p. 791), la teoría pura (filosofía) del derecho, la ciencia jurídica y el derecho positivo se encuentran en una relación similar a la que se da entre la filosofía, la ciencia natural y la naturaleza. Así, este modelo puede representarse de la siguiente forma:

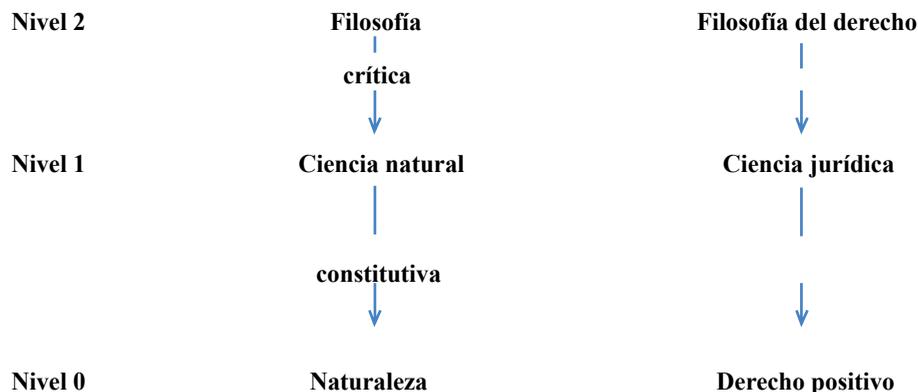


Diagrama 1: Modelo clásico 1 (Kletzer, 2011, p. 791)

Como es claro, este diagrama captura la concepción de Kant sobre el papel trascendental de la filosofía respecto a la ciencia natural. La primera explica cómo es posible el conocimiento de la naturaleza mediante las categorías del entendimiento y los principios de la razón. La ciencia natural tiene un carácter constitutivo porque construye la naturaleza como un sistema unificado. Más allá del conjunto de juicios científicos *a priori*, mediante los cuales la ciencia expresa las conexiones causales entre los fenómenos, no existe realidad en sí que esté a la espera de ser descubierta. De la misma forma, la filosofía del derecho produce aquellos conceptos necesarios para interpretar jurídicamente actos humanos y describir las normas de los órdenes positivos. Tal descripción es tarea de la ciencia jurídica, la cual constituye el derecho como un todo significativo, es decir, como un sistema. Por ello, la teoría pura es el *Analogon* de la crítica de la razón pura dentro de la filosofía de Kant. Mientras que esta última aspira a explicar cómo son posibles las matemáticas y la física, Kelsen se hace la misma pregunta en relación con la ciencia jurídica.

La analogía entre el derecho y la naturaleza ha sido puesta en duda por Eugenio Bulygin. El pasaje en donde Kelsen propone tal paralelismo es el siguiente:

Así como el caos de las percepciones sensoriales sólo se convierte en un cosmos, es decir, en naturaleza como un sistema unitario, mediante el conocimiento ordenador de las ciencias, también la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos, que constituye el material dado a la ciencia del derecho, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica. Pero esta “producción” tiene un carácter puramente epistemológico (Kelsen, 1960, p. 85).

En este texto se establecen una serie de conexiones que es posible diagramar con el siguiente esquema que adiciona niveles inferiores al modelo clásico:

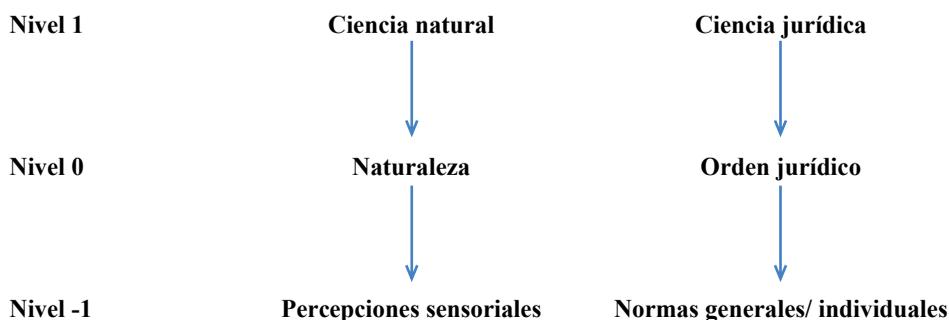


Diagrama 2: Modelo clásico 2

En esta reformulación tenemos un nuevo nivel abajo del de la naturaleza y del orden jurídico que corresponde a los dos conjuntos de elementos caóticos a partir de los cuales la ciencia natural y la jurídica producen aquellas unidades sistemáticas. Bulygin argumenta que el paralelismo entre nuestras percepciones sensoriales y los productos de las actividades de los órganos legislativos es muy débil. Estos últimos no pueden ser lo dado a la ciencia del derecho porque no son un material caótico sino el resultado de procesos racionales y conscientes. Por lo tanto, el siguiente paralelismo entre las leyes naturales y las positivas tampoco se sostiene, ya que si las normas jurídicas son el objeto de estudio de la ciencia del derecho no pueden ser los equivalentes de las leyes naturales, que describen el comportamiento regular de la naturaleza. En su lugar, este papel le corresponde a las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*).

B. El modelo de Sander

En la reconstrucción que Kletzer (2011, p. 793) hace de la propuesta de Sander (1920, 1921), éste introduce tres cambios cruciales al modelo clásico: la ciencia jurídica asume el papel de la filosofía del derecho; el derecho positivo, y no la ciencia del derecho, desempeña una función cognoscitiva; y los hechos jurídicos no están dados sino que tienen que ser constituidos.

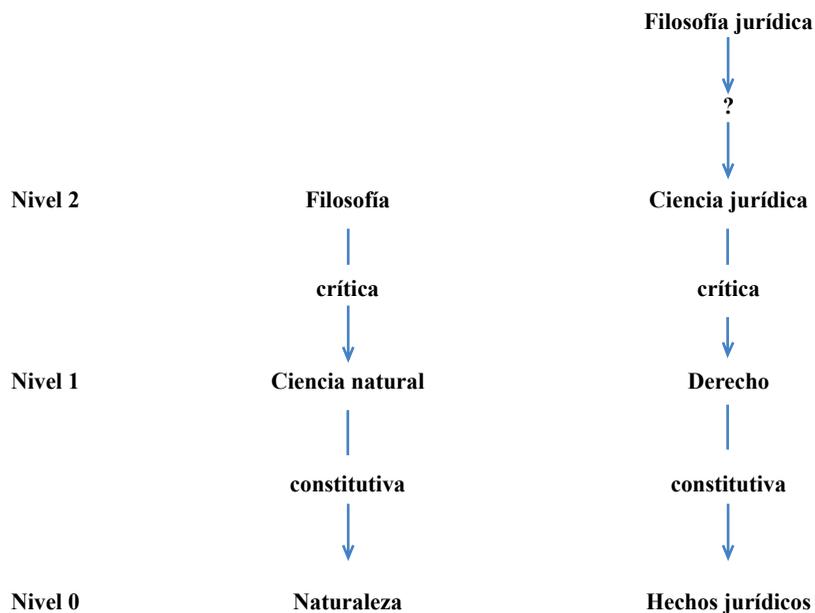


Diagrama 3: Modelo de Sander (Kletzer, 2011, p. 793)

Kletzer se concentra en la tesis de Sander de que el derecho positivo desempeña una labor cognoscitiva pues éste se compone de juicios, producidos en el proceso legal, que sintetizan hechos y normas. Estos juicios determinan los hechos jurídicamente relevantes. En otras palabras, es el derecho, no su ciencia, el que establece qué hechos tienen significado para él. Así, “la *verdad* sobre el derecho se produce en el proceso jurídico” (Kletzer, 2011, p. 798); es en éste donde se fija si ciertos eventos caen bajo el alcance de una norma. Los jueces emplean las normas para determinar qué hechos son relevantes para un caso. A primera vista esto parece ser un cambio radical con respecto a la forma en que Kelsen entiende el papel trascendental de la ciencia jurídica. La consecuencia de este giro es que:

En esta medida Sander ha corregido, sin lugar a dudas, la esquiva analogía entre la ciencia natural y la jurídica: mientras la naturaleza como un todo ordenado es inconcebible sin una experiencia que ordene el material dado, el derecho positivo como un todo ordenado es perfectamente concebible sin la existencia de la ciencia jurídica; en consecuencia el conjunto ordenado de los hechos jurídicamente relevantes sería inconcebible sin el derecho positivo (Kletzer, 2011, p. 794).

Para Kletzer, la idea de Kelsen de que las proposiciones cognoscitivas/constitutivas de la ciencia jurídica están determinadas por el material ordenado que le es dado a esta

disciplina (decretos, actos administrativos, sentencias, estatutos, etcétera), refleja una concepción humeana del conocimiento, para la cual los juicios científicos tienen que reflejar las relaciones reales que se dan en el mundo jurídico. Si este material está ya ordenado no es posible una ciencia del derecho de corte trascendental pues la ciencia, para Kant, se propone precisamente producir tal orden.

Hay que decir que Kletzer enfatiza acertadamente que el papel constitutivo del derecho está íntimamente conectado con su naturaleza como esquema de interpretación. Es precisamente este rasgo de las normas el que permite interpretar una asamblea de personas como una sesión del Parlamento, o la firma de un documento como la celebración de un contrato. Sobre este punto regresaremos más adelante.

C. Un tercer modelo

Concentrémonos primero en la inviabilidad de la explicación de Kletzer. Luis Duarte d'Almeida señala, en el mismo volumen especial del *German Law Review*, que es equivocado decir que el derecho positivo se compone de juicios porque los resultados de los procesos jurídicos son normas. Los juicios surgen de actividades cognoscitivas, pero el proceso mediante el cual un conjunto de normas se aplica a una serie de hechos, no es una tarea cognoscitiva sino una función de la voluntad. La sentencia de un juez que le impone diez años de cárcel a un individuo no es el producto de un acto de conocimiento, aunque el juez debe conocer el derecho para poder emitirla, sino un resultado de su voluntad. Coincido en este punto con la crítica de d'Almeida; sin embargo, es posible preguntarnos en qué sentido el derecho posee un carácter constitutivo. Kletzer tiene razón al decir que las normas determinan qué hechos son jurídicamente relevantes, por lo que hay algo de cierto en la tesis de que el derecho es constitutivo. No obstante, este rasgo de las normas es, por decirlo así, derivado. El derecho constituye estos hechos en tanto que es un esquema de interpretación que permite leer, por ejemplo, la muerte de una persona como la ejecución de una pena capital. Pero esto sólo es posible si, previo a esta lectura, la ciencia del derecho nos ha proporcionado ya los conceptos gracias a los cuales describimos los sistemas de normas. Así, su carácter constitutivo es previo, y por lo tanto jerárquicamente superior desde una perspectiva epistemológica, al del derecho. ¿Cuál es entonces el lugar de la teoría pura (filosofía) del derecho en este escenario? Para Kelsen, como ya hemos visto, ésta desempeña el papel trascendental de deducir las nociones fundamentales necesarias para la interpretación jurídica de actos humanos. En este sentido, la investigación de las categorías *a priori* de la ciencia del derecho es “originalmente” constitutiva, pues produce los conceptos mediante los cuales esta disciplina describe el derecho, el cual a su vez

constituye, de forma derivada o mediada, los hechos jurídicos.

Para Kletzer, el rechazo del carácter constitutivo de la ciencia jurídica implica que la analogía de Kelsen entre ésta y la ciencia natural se queda sin soporte. La razón es que contrario a lo que ocurre con la naturaleza, la cual como un todo sistemático es inconcebible sin una experiencia científica que ordene la multiplicidad del material caótico dado, el derecho positivo es ya un sistema organizado antes de la intervención de su ciencia. Por lo tanto, lo que a primera vista parecería una aplicación del modelo kantiano del conocimiento en donde la ciencia del derecho constituye las normas, resulta ser en realidad una concepción de corte humeano pues esta disciplina debe reproducir las relaciones normativas que se expresan en el derecho positivo. Si el material de la ciencia jurídica ya está ordenado no hay espacio para una empresa trascendental ya que esta investigación tiene el objetivo de producir tal sistema.

La respuesta a esta crítica debe buscarse en la noción de lo que es dado a la ciencia del derecho. Aquí yace el malentendido básico de la adopción que hace Kletzer de la reformulación de Sander de la posición de Kelsen sobre la analogía entre la ciencia natural y la jurídica. Si asumimos que los materiales de esta última son decretos, actos administrativos, sentencias, estatutos, etcétera, entonces su materia prima está, en efecto, ordenada antes de que dicha disciplina entre en acción. Sin duda, hablar de tales productos presupone ya nociones y definiciones, de modo que éstos no pueden ser lo dado al conocimiento. Para sostener una concepción kantiana de la ciencia del derecho los materiales sobre los cuales ésta ejerce su acción sólo pueden ser fenómenos que necesiten ordenación, y el único candidato para este papel son las acciones humanas *sans phase*. Antes de cualquier interpretación jurídica, social o moral, estas son eventos naturales describibles en términos de relaciones causales. Es en el momento en que las leemos a través de los lentes de una norma cuando se tornan jurídicamente relevantes o irrelevantes. De esta forma el matar a una persona se convierte en un homicidio o la firma de un papel en la celebración de un contrato. Esta interpretación presupone los conceptos básicos proporcionados por la teoría pura (filosofía) del derecho, la cual le permite así a la ciencia jurídica describir las normas de un sistema. En otras palabras, tenemos que descender un nivel para encontrar el *Analogon* propio del material caótico de las percepciones sensoriales dado a la ciencia natural. Por esta razón, a pesar de que no existe un paralelismo exacto entre las normas generales e individuales de un orden y las percepciones sensoriales, no es menos cierto que en el primer caso hay algo dado a la ciencia del derecho que se localiza más abajo en el modelo. Estas consideraciones sirven también para enfrenar la crítica de Bulygin de la analogía de Kelsen entre la ciencia

natural y la jurídica, pues su objeción tiene el mismo origen que la de Sander.⁴

Es verdad que para Kelsen (1960, p. 17), como recuerda Kletzer, los actos humanos pueden traer consigo su propia interpretación. Así, las autoridades pueden adscribirle un cierto significado a sus propios actos: una asamblea de personas puede proclamar que ha emitido una norma. Sin embargo, esto sólo significa que el sentido subjetivo adscrito por la asamblea a sus propios actos es el de la promulgación de una norma. Pero este sentido subjetivo no coincide necesariamente con el sentido objetivo de tal acto, el cual sólo puede ser determinado por una norma de nivel superior que faculta a este órgano para crear derecho. Para Kelsen, la cadena de normas que otorgan facultades termina en la norma básica: el último principio constitutivo que hace posible la lectura jurídica de actos humanos.

Los diferentes roles constitutivos que desempeñan la filosofía del derecho, la ciencia jurídica y el derecho positivo, además del carácter auto-interpretativo de algunos actos humanos, ayudan a comprender adecuadamente un pasaje de Kelsen en donde Kletzer ve una renuncia a la perspectiva epistemológica neokantiana y la adopción, en su lugar, de un marco conceptual humeano.⁵

Los juicios sintéticos de la ciencia natural están, aunque son “producidos” por la ciencia natural, no obstante tan determinados por el “material” que ha de unificarse en ellos (esta es la razón por la que se trata de juicios “acerca” de la naturaleza), como lo están los juicios sintéticos de la ciencia jurídica, las *Rechtssätze*. En este caso el material dado a la ciencia (estatutos, decretos, sentencias, actos administrativos, etcétera.) es transformado en *Rechtssätze*, así como el material de la sensación es convertido en los juicios sintéticos de las ciencias naturales. Estos juicios sintéticos de la ciencia jurídica, las *Rechtssätze*, están tan determinados por el material que les es dado como lo están los juicios de la ciencia natural. En las *Rechtssätze*, las cuales son juicios y, por tanto, una función del conocimiento, es decir, de una conciencia científica, sólo el material que les es dado y asignado puede ser procesado, de la misma manera que en los juicios de la ciencia natural sólo el material proporcionado por la sensación puede ser procesado. Sólo esto significa la exigencia de que la ciencia del derecho no debe ser una fuente jurídica. Sin embargo, la ciencia del derecho aún puede, o mejor dicho, debe “producir” las *Rechtssätze* como juicios. Por lo que sólo puede haber juicios de la ciencia jurídica y no juicios del derecho. De la misma forma sería absurdo declarar que los juicios sintéticos en los que la naturaleza se convierte en objeto de conocimiento, en la naturaleza de la ciencia natural, son juicios de la naturaleza misma (Kletzer, 2011, pp. 798-799).

Kletzer afirma que este pasaje, en el que Kelsen clarifica su posición *vis-à-vis* la de Sander, expresa una teoría pictórica del conocimiento porque las “verdaderas relaciones” que las proposiciones jurídicas deben describir están dadas a la ciencia del derecho y no son producidas por ella (Kletzer, 2011, 799). Los materiales dados a esta disci-

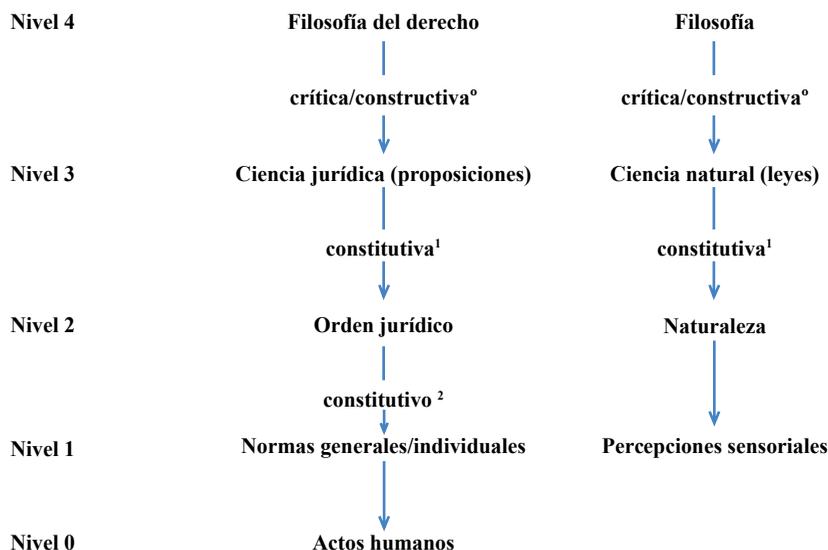
plina: estatutos, decretos, sentencias, actos administrativos, etcétera, constituyen ya conjuntos ordenados y significativos. Las proposiciones jurídicas son verdaderas si los describen adecuadamente, de manera que su papel constitutivo parece evaporarse. Sin embargo, si tenemos en mente que estos materiales son en sí mismos el resultado de interpretaciones, estos no pueden ser lo último dado al conocimiento, sino sólo, por decirlo así, un material dado de carácter mediato. Los únicos candidatos para este papel son las acciones humanas *sans phase*, o mejor, las acciones explicables en términos de relaciones causales. Se entiende que puede pensarse que las *Rechtssätze* reproducen el verdadero significado de los productos de las actividades de los órganos legislativos. Esto es así porque, como ya hicimos notar, algunas acciones humanas pueden traer consigo una auto-interpretación. Sin embargo, este sentido subjetivo no es aún su significado objetivo. A fin de adscribirle a un conjunto de actos humanos un sentido objetivo es indispensable poseer de antemano algunos conceptos básicos proporcionados por la filosofía del derecho y aplicados por la ciencia jurídica.

Otro lugar en donde Kletzer confunde de nuevo los diferentes niveles en los cuales se lleva a cabo la labor constitutiva es donde dice que:

El problema yace en la incómoda alternativa que enfrenta la ciencia jurídica: esta puede relacionarse con el derecho como un *mero* hecho o como un hecho *jurídico*. Si lo hace como un *mero* hecho, entonces no se enlaza con el derecho *como* derecho; si, no obstante, se relaciona con él como derecho, se tiene que vincular con este como un hecho *jurídico*. Sin embargo, si algo es o no un hecho jurídico depende enteramente del derecho (Kletzer, 2011, p. 798).

Conforme al modelo que estoy proponiendo es posible evitar esta crítica. La ciencia jurídica se vincula con el derecho como tal, pero no tiene como objeto de estudio los hechos jurídicos. Estos se determinan en el proceso de aplicación del orden positivo. Las normas de un orden nos permiten interpretar actos humanos como jurídicamente relevantes o irrelevantes y, al hacerlo, se refieren a actos describibles en términos naturalistas. De manera que puede afirmarse que la ciencia jurídica se relaciona de forma mediata con *meros* hechos pero en una forma inmediata con el derecho. Por ello la “incómoda alternativa” que enfrentaría la ciencia jurídica es falsa.

Propongo la siguiente reformulación del modelo clásico kelseniano que evita la crítica de Sander:



En este modelo reformulado se preservan las relaciones del lado derecho del diagrama con la aclaración de que la filosofía es constitutiva con respecto a la ciencia natural ya que aquella proporciona las categorías y principios necesarios para construir epistemológicamente a ésta. De modo que lo dado al conocimiento aquí es la pluralidad de percepciones sensoriales que es transformada o constituida en una totalidad ordenada (naturaleza), mediante las leyes formuladas por la ciencia. En contraste, en el lado izquierdo del diagrama el trabajo constitutivo se lleva a cabo en los niveles 4, 3 y 2. De esta manera podemos hablar de cuatro clases de lo dado, pues la ciencia del derecho, los órdenes jurídicos, las normas individuales y generales, y los actos humanos son, en sus respectivos niveles, objetos de conocimiento. Cada uno de ellos está epistemológicamente constituido salvo los actos humanos *qua* fenómenos naturales. La pluralidad dada más básica que es transformada, mediante la interpretación en un orden jurídico, es un conjunto de actos humanos describibles en términos naturalistas. Los actos que para Kletzer son jurídicamente relevantes no están incorporados porque este esquema refleja las relaciones epistemológicas en la esfera jurídica, mientras que aquellos emergen cuando se aplica el derecho. Esta aplicación es un fenómeno que pertenece a la dinámica jurídica, pero en este caso lo que se debate es la respuesta a la pregunta sobre el objeto propio de la ciencia del derecho (*Gegenstandsproblem*), una investigación que tiene que ver con la nomoestática. Kletzer ha mezclado así erróneamente, en un sólo esquema, dos problemas diferentes que requieren un tratamiento separado.

El modelo alternativo que propongo explicita lo que está implícitamente contenido en el esquema de Kelsen. Al considerar, por un lado, que la teoría pura es una explicación del derecho positivo en general y no de un orden en específico y, del otro, que ésta proporciona los conceptos básicos que permiten la interpretación jurídica de actos humanos y la descripción de las normas de un orden, Kelsen abraza una explicación neokantiana del conocimiento jurídico y no una perspectiva humeana como Kletzer cree. Lo dado a la conciencia científica es, en última instancia, una pluralidad de acciones humanas que adquiere sentido objetivo cuando forma el contenido de normas, las cuales son caracterizadas mediante los conceptos producidos por la filosofía del derecho y descritas por la ciencia jurídica. En cada uno de los niveles del modelo, excepto en el 0, tiene lugar un proceso constitutivo que presupone una serie de conceptos situados en el nivel superior de la jerarquía. Simultáneamente, los productos epistemológicos de cada fase, sean las normas individuales y generales, el orden positivo o la ciencia del derecho, constituyen un material mediato dado al conocimiento, excepto por la filosofía del derecho y las acciones humanas que se localizan respectivamente en los puntos más alto y más bajo del esquema. La tarea de la primera es la exégesis trascendental/filosófica de todos los fenómenos jurídicos. Se trata del punto de inicio de toda reflexión sobre el derecho. Por su parte, las acciones humanas son los datos básicos que entran en las normas jurídicas y constituyen sus contenidos. Contrario a lo que ocurre en la esfera natural, en el ámbito jurídico lo último dado son estos hechos que *prima facie* no poseen sentido objetivo pero pueden reclamarlo.

Quienes han señalado que la analogía kelseniana entre la construcción científica del mundo natural y del jurídico no se sostiene en cada una de sus fases están parcialmente en lo cierto, pues las normas que constituyen un sistema son construcciones teóricas, mientras que la colección de percepciones sensoriales ordenadas mediante leyes causales a fin de formar la idea de naturaleza como un todo interconectado, es una pluralidad caótica. No obstante, sigue siendo verdad que, como sostiene Kelsen, la ciencia del derecho crea epistemológicamente el orden jurídico como un sistema unitario de la misma forma en que la ciencia natural produce la naturaleza como una totalidad sistémica.⁶

IV. Conclusiones

En este trabajo me propuse rechazar dos críticas a la posibilidad de construir una ciencia jurídica de corte trascendental. Para salvaguardar el carácter epistemológicamente

constitutivo de la filosofía del derecho fue necesario establecer de forma explícita la distinción entre ésta, la ciencia jurídica y los órdenes positivos. Ello sirvió para mostrar que la labor constitutiva se lleva a cabo en varios niveles, por lo que con los conceptos proporcionados por la teoría pura la ciencia del derecho constituye los sistemas positivos y estos, a su vez, al incorporar ciertas conductas humanas bajo nociones jurídicas constituyen sus normas generales e individuales.

Referencias bibliográficas

- Bulygin, Eugenio, 1980: "Kant y la filosofía del derecho contemporánea". *Archivos latinoamericanos de metodología y filosofía del derecho*, vol. 1, pp. 371-382.
- _____, 1990: "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law". *Ratio Juris*, vol. 1, núm. 3, pp. 29-45.
- _____, 2013: "Kelsen on Completeness and Consistency", en D'Almeida, Luis, Gardner, John y Green, Leslie (eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford, Hart Publishing, pp. 225-243.
- Duarte d'Almeida, Luis, 2011: "Comment on Kletzer – Positive Law and the 'Cognitivity Thesis'". *German Law Review*, vol. 12, nom 2, pp. 811-826.
- García Berger, Mario, 2014: *La teoría kelseniana de la normatividad. Orígenes y actualidad*. México, Fontamara.
- _____, 2018: "Bulygin y el Kelsen neokantiano". *Doxa*, núm. 41, pp. 339-353.
- Hammer, Stephen, 1998: "A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen's Pure Theory of Law", en Paulson, Stanley y Litschewski, Bonnie (eds.), *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford, Clarendon Press, pp.177-194.
- Hume, David, 2015: *Investigación sobre el conocimiento humano*. Madrid, Alianza.
- Kant, Immanuel, 1996: *Crítica de la razón pura*. Madrid, Alfaguara.
- Kelsen, Hans, 1922: "Rechtswissenschaft und Recht: Erledigung eines Versuches zur Überwindung der Rechtdogmatik". *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 3, pp. 27-52.
- _____, 1960: *Reine Rechtslehre.*, 2a ed. Deuticke, Vienna. Citado por la traducción española, por Vernengo, Roberto, *Teoría pura del derecho*. México, Por-

rúa, 1991.

Kletzer, Christoph, 2011: “Kelsen, Sander and the Gegenstandsproblem of Legal Science”. *German Law Review*, 12, pp. 785-810.

Natorp, Paul, 1975a: *Propedéutica filosófica*. México, Porrúa.

_____, 1975b: *Kant y la escuela de Marburgo*. México, Porrúa.

Paulson, Stanley, 1998: “Four Phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, pp. 153-166.

_____, 2003: “La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano”. *Doxa*, núm. 26, pp. 547-582.

_____, 2007: “Dos programas radicales de “objetivización”. La influencia de Kant y los neokantianos en Hans Kelsen”, en Castañeda, Felipe, Durán, Vicente y Hoyos, Luis Eduardo (eds.), *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, pp. 243-278.

_____, 2012: “A Justified Normativity Thesis in Hans Kelsen’s Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz”, en Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, Oxford University Press, pp. 61-112.

Sander, Fritz, 1920: “Die Transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff der Rechtserfahrung”. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, pp. 460-488.

_____, 1921: “Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens”. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 2, pp. 511-670.

Sieckmann, Jan, 2017: “Kelsen on Natural Law and Legal Science”, en Langford, Peter, Bryan, Ian y McGary, John (eds.), *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*. Heidelberg/New York, Springer, pp. 257-273.

Notas

1 Para la respuesta de Kelsen a Sander véase Kelsen, 1922.

2 Las traducciones de los textos citados tanto de Sieckmann como de Kletzer y D’Almeida

son más.

- 3 Aunque sea de paso, es importante mencionar que la idea de la persistencia del influjo neokantiano en toda la obra de Kelsen es rechazada por autores como Stanley Paulson (1998, 2003, 2007 y 2012) o Eugenio Bulygin (1980, 1990 y 2013), quienes sostienen que después de su período trascendental Kelsen se alejó de las posturas del neokantismo de Marburgo para adoptar una posición más de corte positivista o realista con referencia a la explicación del derecho. En otra parte (García Berger, 2014) he proporcionado razones para sostener la continuidad del marco categórico trascendental en la teoría kelseniana aún dentro de las propuestas de periodización que se pueden hacer.
- 4 En García Berger, 2018, analizo también esta crítica de Bulygin y su idea de que la norma básica kelseniana es un supuesto del cual se puede prescindir para explicar la validez de las normas de un orden jurídico. Una tesis similar a la expuesta aquí es la de Stephen Hammer (1998), quien argumenta que las normas jurídicas no están dadas de la misma forma que lo están los hechos que percibimos por los sentidos.
- 5 Véase Hume, 2015.
- 6 Luis Duarte d'Almeida (2011, p. 821) llega a la misma conclusión, en su crítica al texto de Kletzer, cuando afirma que “sobre el presupuesto de que el conocimiento jurídico, como cualquier otro, busca comprender su objeto como un todo significativo y describirlo en afirmaciones no contradictorias, parece correcta la analogía entre la ciencia natural y la jurídica”.

Recepción: 8 septiembre 2020
Revisión: 28 diciembre 2021
Aceptación: 19 enero 2021