

BULYGIN Y EL KELSEN NEOKANTIANO*

Mario García Berger

*Universidad Autónoma de la Ciudad de México
mgberger@live.com*

RESUMEN. Según Eugenio BULYGIN, KELSEN abandonó, a veces implícitamente, las cuatro tesis de su periodo neokantiano: las normas jurídicas son entidades ideales; la validez de las normas significa que son obligatorias; la ciencia jurídica es normativa y la norma básica es una categoría trascendental. Para contraargumentar la posición de BULYGIN hago primero énfasis en el carácter normativo de los actos de creación/derogación de normas y propongo una forma trascendental de entender la noción de eficacia; después rechazo la idea de que en KELSEN hay un concepto de validez justificada; luego explico en qué sentido la tarea constitutiva de la ciencia jurídica es compatible con su labor descriptiva y, por último, argumento que la doctrina de la norma básica responde a una pregunta epistemológica que estuvo siempre presente en la obra kelseniana.

Palabras clave: normatividad, ciencia jurídica, validez, deber ser, norma básica, KELSEN, neokantismo.

BULYGIN and the Neo-Kantian KELSEN

ABSTRACT. According to Eugenio BULYGIN, KELSEN abandoned, sometimes implicitly, the four theses that shape up his Neo-Kantian phase: legal norms are ideal entities; the validity of norms means they are binding; legal science is normative and the basic norm is a transcendental category. To argue against BULYGIN's tenets I firstly emphasize the normative character of the acts of norm creation/derogation and put forward a transcendental way to understand the notion of efficacy; secondly, I reject the idea that there is in KELSEN a notion of justified validity; then I turn to clarify in what sense the science of law is prescriptive and descriptive; finally, I maintain that KELSEN did not dispose of his doctrine of the basic norm because it is intended as an answer to an epistemological question that pervades all his work.

Keywords: normativity, science of law, validity, ought, basic norm, KELSEN, Neo-Kantianism.

* Fecha de recepción: 8 de enero de 2018. Fecha de aceptación: 1 de marzo de 2018.

1. INTRODUCCIÓN

Eugenio BULYGIN ha sostenido que si bien KELSEN nunca rechazó abiertamente su legado neokantiano, este era incompatible con los elementos positivistas de su teoría, en la cual se fueron enfatizando con el tiempo dichos ingredientes a la vez que aquella impronta iba desapareciendo¹. La tradición neokantiana y la positivista habrían coexistido en el pensamiento kelseniano durante su primer periodo (1911-1940) sin que el propio KELSEN se diera cuenta de su antagonismo. Sin embargo, este abandonó gradualmente las cuatro tesis que definieron aquella fase: I) la caracterización de las normas jurídicas como entidades ideales pertenecientes al mundo del *Sollen*; II) la concepción de la validez como obligatoriedad o fuerza vinculante (*binding force*); III) la normatividad de la ciencia jurídica, y IV) su doctrina de la norma básica como una categoría trascendental. Dice BULYGIN que el rechazo de las tres primeras tesis fue implícito y que solo en el caso de la teoría de la *Grundnorm* hubo un abierto desmarque².

Por otro lado, las ideas positivistas que habrían ido ganando terreno son: V) la separación entre el ser y el deber ser; VI) la concepción no-cognitivistica de las normas y de los juicios de valor como prescripciones que carecen de valores de verdad; VII) la idea de que todo derecho es positivo, pues las normas jurídicas existen y dejar de existir como consecuencia de acciones humanas, y VIII) la distinción entre descripción y prescripción o evaluación, entre razón y volición, conocimiento y creación/aplicación del derecho, entre ciencia jurídica y política³. Salvo V) que, se afirma, puede aparecer en ambas tendencias presentes en KELSEN, las demás tesis neokantianas (I-IV) son incompatibles con las positivistas (VI-VIII)⁴.

En el presente ensayo me propongo mostrar que en realidad no hay tal incompatibilidad entre estos dos conjuntos de tesis y que, en consecuencia, KELSEN siguió siendo neokantiano aún después de su primera fase. Si bien analizaré las razones esgrimidas por BULYGIN para rechazar I), II) y IV), me centraré en la relación entre III) y VIII), dado que la incorporación en la teoría pura de la distinción entre norma y proposición jurídica es incompatible, se dice, con que la ciencia jurídica sea normativa. Como se verá, esta última tesis implica mantener I), que es el sustento de la distinción entre ciencias causales y ciencias normativas.

2. LA CARACTERIZACIÓN IDEALISTA DE LAS NORMAS

En diferentes textos, BULYGIN ha elaborado su tesis de que el pensamiento de KELSEN evolucionó desde una perspectiva en donde predominaban los elementos neokantianos hacia una en la cual aquellos casi desaparecieron y los ingredientes positivistas de su teoría fueron tomando la escena principal. Comencemos nuestro análisis con

¹ BULYGIN, 1980; 1990 y 2013.

² BULYGIN, 1990: 29-33.

³ *Op. cit.*, 31.

⁴ *Op. cit.*, 33.

la tesis I), la cual implica la distinción entre los ámbitos del ser y del deber ser. De acuerdo con Stanley PAULSON, KELSEN toma esta distinción de la interpretación que hicieron de KANT los neokantianos de la escuela de Baden. En un pasaje citado por PAULSON de los *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, KELSEN señala:

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 sociología⁵.

Al mismo tiempo, PAULSON afirma que esta antinomia se fundamenta en la tesis de Heinrich RICKERT acerca de la existencia del reino de la realidad empírica y el de los valores, irreductibles entre sí por el abismo conceptual que los separa⁶. La división entre las esferas del ser y del deber ser se expresa en otra tesis que KELSEN tomó de WINDELBAND, la distinción entre los puntos de vista explicativo y normativo⁷. KELSEN caracteriza así estas dos perspectivas metodológicas:

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 normativo, 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 amplio⁸.

Unos párrafos más adelante se introduce la separación entre el ser y el deber ser que está en la base de la distinción entre estos dos puntos de vista:

Solo 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 pensamiento⁹.

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. En consecuencia no es posible definir las, pues se trata de «Las más generales determinaciones» bajo las cuales concebimos nuestro mundo interno y externo¹⁰. KELSEN hace suya la idea del abismo infranqueable entre estas categorías: «la contraposición que los separa tiene un carácter lógico-formal y, mientras nos mantengamos dentro de este terreno de lógica formal,

⁵ KELSEN, 1987: XL.

⁶ PAULSON, 2003: 564 y PAULSON, 2007: 257-258.

⁷ PAULSON, 2003: 563 y PAULSON, 2007: 257.

⁸ KELSEN, 1987: 5.

⁹ *Op. cit.*, 6-7.

¹⁰ *Op. cit.*, 7. Cfr. KELSEN, 1969.

podemos estar seguros de que no se tiende ningún puente entre esos dos campos, separados entre sí por un abismo profundo»¹¹. Esta división lógica significa que no es posible deducir un ser de un deber ser, de que algo esté prescrito no se sigue que en efecto suceda, y ninguna norma puede derivarse, por pura lógica, de un hecho.

BULYGIN sostiene que, dentro del marco de la teoría pura, no puede mantenerse una separación tajante (*sharp separation*) entre el mundo del deber ser (*the world of ought*) y el mundo del ser (*the world of is*)¹². Ambas esferas, se dice, están íntimamente conectadas y el estudio de las normas requiere tomar en cuenta ciertos hechos. Tenemos en primer lugar los actos de emisión de normas que realizan las autoridades competentes, los cuales son, al menos, una condición necesaria para la existencia de aquellas. También están los actos que cancelan o derogan normas, es decir, que ponen fin a su existencia. Por último se encuentran los actos de acatamiento de normas, que KELSEN identifica con la eficacia del orden jurídico, condición necesaria de la validez (existencia) de estas. El que la existencia de las normas dependa de ciertos hechos, aunado a que el carácter positivista de su teoría constriñe a KELSEN al estudio de las normas que surgen de actos humanos de voluntad, con lo que se rechaza cualquier tesis iusnaturalista, lleva a BULYGIN a concluir que en la teoría pura nunca existió realmente una división tajante entre el ser y el deber ser, pues no puede afirmarse que una norma existe sin recurrir a una serie de hechos.

Analicemos por ahora la relación entre los actos de creación/derogación y las normas, pues el tema de la eficacia y de la validez requiere un tratamiento por separado. Los hechos que crean o derogan normas son el contenido o están estipulados en otras disposiciones que regulan el proceso de producción de aquellas. Así, el acto legislativo mediante el cual una norma es generada o derogada es un hecho jurídicamente calificado. La distinción que KELSEN estaba interesado en establecer con su dicotomía entre el *Sein* y el *Sollen* era entre los hechos naturales y las normas. Estos, cuya descripción hace la ciencia natural, no pueden producir normas, ya que entre ellos solo se establecen conexiones causales. En cambio, los actos jurídicos, como los que conforman las diferentes etapas del proceso legislativo, no son eventos naturales, sino hechos calificados jurídicamente, es decir, fijados en disposiciones constitucionales. Si alguien proporcionara una descripción en términos físicos o fisiológicos de los actos de creación legislativa, ello sería totalmente irrelevante para dar cuenta de las normas en cuestión, pues solo si adoptamos el punto de vista normativo podemos interpretar ciertos hechos como actos creadores de derecho. KELSEN apunta a esto cuando afirma que los hechos solo son relevantes para la ciencia jurídica en tanto forman parte de normas. Al establecerse, en las disposiciones constitucionales, los órganos y procedimientos del trabajo legislativo, se determina qué actos son relevantes para la creación normativa. Cualquier hecho por sí mismo, desprovisto de su interpretación jurídica, la cual es posible solo si es parte de una norma, no puede ser la fuente de otra norma. Esto es lo que significa la tesis de que la separación entre el ser y el deber ser es lógica o conceptual.

Veamos ahora el nexo entre eficacia y validez. KELSEN afirma que hay una relación material ineludible, un cierto grado de coincidencia, entre los sistemas del ser y del

¹¹ *Op. cit.*, 8.

¹² BULYGIN, 1990: 33-34.

deber ser, de la realidad y del valor, dado que un orden jurídico que no tuviera un mínimo de eficacia dejaría de existir. Esto, se afirma, colapsa la supuesta separación entre estos sistemas. Ulises SCHMILL ha propuesto una lectura de la relación entre eficacia y validez que es consistente con la tesis del abismo conceptual entre el ser y el deber ser. En esta interpretación, el postulado de la eficacia expresa el requisito de que un orden jurídico debe existir para que la ciencia del derecho pueda describirlo¹³. Así, la eficacia no introduce el mundo fáctico dentro del derecho, sino que solo asegura la existencia del objeto de estudio de la ciencia jurídica. En este sentido, se trata de una categoría lógico-trascendental que posibilita la constitución de un objeto de conocimiento y de la ciencia que lo describe.

Dice el profesor SCHMILL que el propio KELSEN hubiera podido resolver las dificultades que para su teoría entrañaba la relación de la eficacia con la validez si hubiese extraído todas las consecuencias de la identificación que hace entre aquella y la positivización o individualización de un orden jurídico. En la *Teoría general del estado* KELSEN señala que:

Si se considera el orden jurídico como un sistema de complejos normativos jerárquicamente superpuestos; por 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) (la cursiva es mía)¹⁴.

En este pasaje, continúa SCHMILL, KELSEN llega a la conclusión de que el vínculo entre los hechos de creación o de aplicación normativa y las normas que los regulan, es una relación jurídica mediante la cual el orden se individualiza o positiviza. De ahí que el problema de la eficacia como condición de la validez del derecho no es otro que el de su positivización, pues solo en la medida en que las normas se crean conforme a lo dispuesto en las disposiciones superiores que regulan este proceso (acto por el cual dichas normas supra-ordenadas son aplicadas), es posible afirmar que tal orden existe, que es válido. Eficacia significa positivización, ya que si las normas de un orden no fueran por lo general eficaces, si no se individualizaran, quedándose, por ejemplo, al nivel constitucional, no podríamos decir que ese derecho existe y que regula la conducta de los hombres sujetos a él.

De esta manera, señala SCHMILL, KELSEN habría resuelto las dificultades que para su doctrina representaba 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 significa que para explicar el derecho sea necesario recurrir al mundo fáctico. Los actos de creación y aplicación normativa, e incluso el mismo acatamiento de normas, no son eventos naturales, sino que al estar estipulados en disposiciones, como dice KELSEN, se constituyen en «problemas jurídicos». ¿Qué otra cosa sería la obediencia de una norma si no el comportamiento que evita la sanción?

¹³ SCHMILL, 2010. Hay que subrayar que el mismo KELSEN, aunque no desarrolló la idea, habla de la eficacia como un principio normativo (KELSEN, 1971: 262-263 y KELSEN, 2002: 219-225).

¹⁴ KELSEN, 1965: 327.

Esta explicación encuadra muy bien con la idea que he propuesto de que la eficacia es una categoría lógico-trascendental que desempeña la función de presuponer la existencia del objeto de estudio de la ciencia del derecho, dado que solo en la medida en que un orden jurídico es eficaz, es decir, se positiviza, se puede decir que existe o que es válido. Sin embargo, como el propio profesor SCHMILL reconoce, inmediatamente a continuación del pasaje citado KELSEN tropieza y vuelve a confundir los hechos constitutivos de la eficacia, la individualización de las normas, 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 inmanente del sistema jurídico. Por el contrario, en cada grada 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 naturaleza¹⁵.

KELSEN plantea de nuevo aquí 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.

Mi conclusión es que la caracterización de las normas jurídicas como entidades ideales pertenecientes al mundo del *Sollen* no queda anulada porque para dar cuenta de la existencia de las normas sea necesario referirse a los hechos de creación y derogación, así como a la efectividad del orden jurídico. Debe subrayarse que, para BULYGIN, la tesis V) [versión débil de la I)], es perfectamente compatible con cualquier positivismo y puede también adscribirse consistentemente a la fase trascendental de la teoría pura¹⁶. Esta lectura semántica, como con precaución la llama BULYGIN, de la separación entre el *Sollen* y el *Sein*, solo significa que no es posible inferir, sin más, prescripciones con base en descripciones ni descripciones a partir de prescripciones. Sin embargo, como argumentamos en esta sección, la correcta caracterización de los hechos productores de normas apunta la versión ontológica (fuerte) de la tesis I), la cual, a partir de la separación de los mundos del ser y del deber ser, sostiene que las normas son entidades ideales pues es posible conceptualizarlas sin recurrir a hechos.

3. LA CONCEPCIÓN DE LA VALIDEZ NORMATIVA O JUSTIFICADA

BULYGIN ha sostenido que la idea kelseniana de la validez como obligatoriedad o fuerza vinculante es incompatible con la concepción positivista de la ciencia jurídica que hay en la teoría pura¹⁷. Los esfuerzos de KELSEN para hacerlas compatibles mediante su doctrina de la norma básica son, se afirma, infructuosos. Por ello, dice BULYGIN, a fin de restaurar la consistencia hay que elegir entre mantener la validez como obligatoriedad aceptando algún tipo de derecho natural (principios o normas verdaderos), lo que es contrario al positivismo de la teoría, o preservar este rasgo a costa

¹⁵ *Op. cit.*, 244.

¹⁶ BULYGIN, 1990: 33.

¹⁷ *Op. cit.*, 43-44. Esta idea se encuentra también en Alf Ross. Cfr. Ross, 1998.

de dicha noción de validez. BULYGIN señala que solo la segunda opción es consistente con la dicotomía entre el conocimiento/descripción del derecho (ciencia jurídica), y la creación/evaluación de normas (políticas jurídicas). ¿Cuál es el camino que conduce a este dilema?

BULYGIN inicia recordándonos que, para Carlos NINO, el concepto de validez como fuerza vinculante es normativo en el sentido de que decir que una norma es válida no es afirmar un hecho sino prescribir la obligación de obedecerla, por lo que los juicios de validez son normativos¹⁸. De acuerdo con NINO, la obligatoriedad no implica solamente que debamos hacer lo que la norma estipula, sino también que ella está justificada. Esta noción de validez justificada, cuyo fundamento es la norma básica, la comparte KELSEN, dice NINO, con los teóricos del derecho natural. Sin embargo, para que la constitución derive su validez de la norma básica, esta requiere ser válida en términos absolutos, o sea, que su validez no dependa de ninguna otra. El problema es que, continúa NINO, KELSEN rechaza la existencia de normas absolutamente válidas, es decir, autoevidentes, obligatorias por su contenido.

La norma básica está imposibilitada para esa tarea porque no es autoevidente y su validez es tan solo presupuesta, por lo que no puede justificar ningún orden. Pero si la norma básica de un orden no es absolutamente válida tampoco lo son ni la primera constitución histórica ni las normas creadas a partir de ella. La consecuencia, afirma BULYGIN, es que no tiene sentido hablar de la justificabilidad u obligatoriedad de los sistemas jurídicos. De acuerdo a KELSEN, el jurista que afirma la validez de una norma no dice que ella esté justificada en virtud de que la norma básica es categóricamente obligatoria y que, por tanto, deba ser obedecida. Lo que sí dice es que si suponemos la norma básica debemos hacer lo que esta ordena. Se concluye que si la norma básica no puede fundar la obligatoriedad de un orden, se debe renunciar a la noción de validez normativa, lo que es congruente con los elementos positivistas de la teoría pura.

En lo que sigue rechazaré la idea de NINO de que en KELSEN hay una noción de validez justificada y expondré la interpretación que Ulises SCHMILL hace de la norma básica como el supuesto fundamental de la jurisprudencia, lo que resuelve las dificultades de esta doctrina señaladas por BULYGIN.

¿De dónde proviene la idea de que KELSEN sostiene una noción de validez justificada? Esta tesis tiene su origen en una de las formulaciones que este hace de la norma básica: obedécese lo que establezca el primer legislador. Junto a esta forma de expresar su contenido, KELSEN afirma que dicha norma es el facultamiento original que da lugar al orden jurídico al fijar que la coacción ha de aplicarse conforme a las disposiciones de este legislador, a quien se faculta para dictar nuevas normas.

La primera formulación es el fundamento de la obligatoriedad del derecho, pues impone el deber de obedecer sus normas. Por su parte, la segunda es la base de la concepción dinámica del derecho. Sin embargo, la teoría pura solo necesita la lectura dinámica de la norma básica para construir su explicación del derecho. Con la presuposición de una primera atribución de facultades es posible erigir el orden jurídico como una cadena de normas que facultan a ciertos órganos a aplicarlas creando así

¹⁸ *Op. cit.*, 37-38 y 41-43.

nuevas normas. En esta construcción no se requiere la noción de un mandato original de obediencia, pues ello deriva en una justificación material del derecho inconsistente con el relativismo moral de KELSEN, con su rechazo de la existencia de normas válidas por su contenido y con su tesis de que el derecho está dirigido a los órganos del Estado encargados de aplicarlo y solo indirectamente a los individuos sujetos a él. 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, en este punto, el mismo KELSEN fue incongruente con sus premisas metodológicas. Por esta razón debemos prescindir de esta formulación y quedarnos solo con la expresión dinámica de la norma básica, con lo cual la teoría no pierde capacidad explicativa y se libra de un elemento extraño que no encaja con algunos de sus rasgos más importantes. Además, la idea de que la norma básica es un mandato de obedecer el derecho solo puede tener lugar en una concepción estática del orden jurídico, cuyas disposiciones poseen validez categórica por provenir de una fuente justa, buena o racional, la cual genera un deber moral de acatamiento. Tenemos entonces que la idea de que en KELSEN hay una normatividad justificada, como sostienen, por ejemplo, NINO, RAZ y PAULSON¹⁹, es insostenible dado el marco general de la teoría pura.

Por lo anterior, el señalamiento de BULYGIN de que una deficiencia de la norma básica es que no valida categóricamente la primera constitución histórica del orden jurídico de que se trate, pierde sentido si la concebimos ya no como una norma más del sistema, sino en términos de un principio trascendental de acuerdo a la sugerencia de Ulises SCHMILL. Si la norma básica se entiende como el primer facultamiento tendríamos un ejercicio de poder, una delegación de atribuciones sin la respectiva disposición facultativa, es decir, una norma no positiva, solo pensada o supuesta, lo que es incongruente con la idea de KELSEN de que todas las normas son resultado de actos de voluntad. Para salir de este callejón sin salida, SCHMILL propone concebir la *Grundnorm* como una regla del derecho, o supuesto fundamental de la jurisprudencia, que dice: 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 ella²⁰.

El problema con la presentación kelseniana de la norma fundamental es que implica una hipostatización, pues lo que es realmente la hipótesis o proposición jurídica básica del orden legal se transforma en un elemento de este. La consecuencia de esto es que se deja sin resolver la cuestión del origen de la normatividad y solo se le desplaza un nivel arriba, ya que una norma no puede ser la fuente de su propia validez²¹. En cambio, esta reformulación de la norma básica resuelve las objeciones que se le han hecho, porque el fundamento dinámico del derecho ya no es una disposición del propio sistema, sino un principio trascendental que hace posible la interpretación jurídica de los primeros actos de creación normativa, lo que es congruente con el espíritu neokantiano de la teoría pura. Dice SCHMILL que «la [norma fundante básica] 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

¹⁹ Cfr. NINO, 1998; RAZ, 2009 y PAULSON, 2000a.

²⁰ SCHMILL, 2010.

²¹ *Ibid.*

diversos contenidos de las normas jurídicas»²². Lo contrario, decíamos, equivale a una hipóstasis porque se convierte en 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 objeto²³. Y agrega, «el SFJ es el concepto del derecho, la ley teórica del mismo, la noción *a priori* o el pensamiento puro de toda normatividad»²⁴.

Veamos brevemente otro aspecto de la crítica que hace BULYGIN a la doctrina de la norma básica, que tiene que ver con su definición del concepto de orden jurídico y su solución al «problema de la membresía», es decir, de saber cuándo una norma pertenece o no a un sistema²⁵. Es posible proporcionar, nos dice, una adecuada caracterización de un orden jurídico mediante una definición recursiva de membresía al sistema de acuerdo a las siguientes reglas:

1. El conjunto de normas C pertenece a (es un miembro de) α .
2. Si hay una norma p , que autoriza (confiere poder o competencia), a una autoridad x para emitir una norma q , y p pertenece a α , y x emite q , entonces q es un miembro de α , al menos que sea derogada por una autoridad competente.
3. Todas las normas que son consecuencias lógicas de normas pertenecientes a α , son miembros de α .

Estas tres reglas definen el sistema jurídico α y ofrecen un criterio para identificar las normas que son parte de este. Desde esta perspectiva, la pregunta de si la constitución es un miembro del sistema simplemente no se plantea, pues no tiene sentido, ya que este se define en términos de ella. No se necesita ir más allá de la constitución dado que ahí inicia la cadena de derivación dinámica y lógica de normas. La constitución es, por definición, el primer miembro de este proceso. Por tanto, se concluye, el «problema de la membresía» y de la identidad de un sistema jurídico puede resolverse sin recurrir a la norma básica kelseniana.

Esta ingeniosa estrategia para deshacerse de la *Grundnorm* adolece, sin embargo, de un problema fundamental: definir los órdenes jurídicos como sistemas deductivos que incluyen procedimientos para la derivación dinámica y lógica de normas no resuelve la pregunta trascendental de cómo es posible la interpretación jurídica del material producto de la actividad de las autoridades, o sea, cómo es posible interpretar el sentido subjetivo de ciertos actos de voluntad como su sentido objetivo. Establecer que el conjunto de normas C pertenece a α no es una respuesta a esta pregunta, la cual tiene un carácter epistemológico. De manera que aún con esta estipulación podemos cuestionarnos por qué las normas constitucionales son válidas o existen y no son meramente la expresión de una voluntad de poder. El problema que llevó a KELSEN a postular la norma básica es epistemológico, y en tanto aceptemos la necesidad de diferenciar las normas de los meros actos de voluntad (o entre los sentidos objetivo y subjetivo de tales actos), requerimos una respuesta del mismo tipo. La norma básica es la salida de KELSEN a este problema. Decíamos ya que si esta se reformula en términos

²² SCHMILL, 2007: 104.

²³ *Op. cit.*, 109-111.

²⁴ *Op. cit.*, 113.

²⁵ BULYGIN, 1990: 40-41.

de una categoría trascendental de la ciencia del derecho, se pueden librar las críticas enderezadas en su contra por BULYGIN y otros autores²⁶.

Quisiera, por último, referirme a la distinción que hace el filósofo del derecho argentino entre el problema de la validez de una norma y el de su pertenencia a un sistema jurídico. Esta separación es pertinente si por validez se entendiera obligatoriedad en un sentido categórico o moral, pero este tipo de validez solo es predicable, como lo reconoce BULYGIN, de normas autoevidentes. Sin embargo, dado que la imputación en KELSEN designa la específica forma metodológica de las normas, o sea, el nexo entre ilícitos y sanciones, validez y existencia expresan lo mismo. Una norma es válida si existe, si ha sido creada conforme al procedimiento establecido para ello en otras disposiciones. Por esto, el establecimiento de un primer acto de creación normativa requiere de un principio que le otorgue al primer constituyente la competencia de crear normas. Este primer facultamiento hace posible la interpretación jurídica de los actos de dicho órgano y los distingue, por ejemplo, de las exigencias de una banda de asaltantes. De esta manera, una norma pertenece a un orden si su cadena de validez termina en el supuesto fundamental de ese sistema, por lo que membresía y validez son nociones vinculadas conceptualmente.

4. LA NORMATIVIDAD DE LA CIENCIA JURÍDICA

Afirmábamos al inicio que BULYGIN examina en al menos tres textos, con algunas variaciones menores, la forma en que KELSEN se habría alejado de una de sus tesis más significativas del periodo neokantiano: que la ciencia del derecho crea epistemológicamente las normas jurídicas²⁷. Hay, nos dice, por lo menos dos ideas importantes de KANT que es posible encontrar en la teoría pura: una es que en toda experiencia existen elementos conceptuales que constituyen su objeto. Ello significa, y esto sería la otra idea, que tenemos una serie de categorías del entendimiento «específicamente jurídicas» mediante las cuales la ciencia jurídica conforma su objeto de conocimiento y, por tanto, el mismo derecho²⁸.

Veamos con detalle cómo plantea BULYGIN en su texto de 2013 el supuesto giro kelseniano. Ahí se afirma que en la fase kantiana del pensamiento de KELSEN²⁹, situada entre 1940 y 1960, una norma jurídica no es simplemente una disposición emitida por una autoridad (legislaturas o jueces), sino un producto que la ciencia del derecho reformula o reconstruye. Las órdenes y prohibiciones emanadas de estos órganos a través de estatutos o decisiones judiciales, constituyen tan solo la materia prima a partir de la cual la ciencia del derecho construye las normas. La idea de que esta disciplina crea su propio objeto se expresa en muchas de las obras de KELSEN pertenecientes a este periodo. Un ejemplo muy claro que cita BULYGIN es un texto de la *Teoría pura del derecho* de 1953:

²⁶ Por ejemplo: CELANO, 2000; PAULSON, 2000b; GUASTINI, 2010; RAZ, 2009; HAMMER, 1998 y DELACROIX, 2004.

²⁷ BULYGIN, 1980; 1990 y 2013.

²⁸ BULYGIN, 1980: 372-373.

²⁹ Otras periodizaciones del pensamiento de KELSEN se pueden consultar en PAULSON, 1998; HEIDEMANN, 2005 y LOSANO, 1985.

We can thus state simultaneously that the rules of law (règles de droit) are judgements formulated by legal science and that the object of such science is constituted by legal norms. Here there is no contradiction. Without a doubt, one can consider that the norms created and applied within the framework of a legal system have the character of legal norms only if it is ascribed to them by legal science. It is the role of this science to attribute to certain acts the objective meaning of legal norms. But this does not prevent us from stating that legal norms form the object of legal science or, what is the same, that law is a system of norms. This definition is in full accord with Kant's theory according to which knowledge constitutes or creates its object, for what is in question here is an epistemological creation and not something created by man's work in the sense in which the law-maker creates a law. In the same way, natural phenomena which are the object of causal science are only created by it in a purely epistemological sense³⁰.

Con estas palabras, dice BULYGIN, se expresa la tesis de que la ciencia jurídica es normativa no solo porque se ocupa de normas, sino porque sus proposiciones son normativas, es decir, son normas «*legal science is normative not merely in the sense that it is concerned with norms, but also, and above all, because its propositions are normative; its propositions are norms*»³¹. Esta ciencia, se afirma, también crea el orden jurídico como un sistema consistente y unitario, idea que se plasma con claridad en el siguiente pasaje de la *Teoría pura* de 1960:

Just as the chaos of sensual perceptions becomes a cosmos, that is, «nature» as a unified system, through the cognition of natural science, so the multitude of general and individual legal norms, created by the legal organs, becomes a unitary legal system, a legal «order», through the science of law. But this «creation» has a purely epistemological character³².

Que las normas son creadas por la ciencia del derecho quiere decir que solo esta puede conferirle a los actos prescriptivos de las autoridades (emisión de órdenes y prohibiciones), un significado normativo objetivo, ya que dichos actos en sí mismos solo tienen el significado subjetivo de normas. Sin embargo, durante el mismo periodo neokantiano de su obra, KELSEN insiste, contradictoriamente según BULYGIN, en que las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*) no deben ser confundidas con las normas producidas por las autoridades, porque mientras la función de la ciencia del derecho es descriptiva, tales órganos hacen una tarea prescriptiva. Lo anterior, concluye el autor, llevó a KELSEN a rechazar la tesis de que las normas son juicios, no imperativos, y de que estas son creadas epistemológicamente por dicha ciencia. BULYGIN cita varios pasajes para sustentar este giro en el pensamiento de KELSEN, pero entre ellos él destaca el siguiente por su claridad, al cual califica de «extrañamente kantiano»:

The science of law describes the legal norms created by acts of human behaviour and to be applied and obeyed by such acts; and thereby describes the norm-constituted relations between the facts determined by the norms. The sentences by which the science of law describes these norms and relationships must be distinguished as «rules of law» from the legal norms that are created by the legal authorities [...]. Rules of law (in a descriptive sense) [...] are hypothetical judgements stating that according to a national or international legal order, under the condi-

³⁰ BULYGIN, 2013: 227-228.

³¹ *Op. cit.*, 228.

³² *Op. cit.*, 228. Para BULYGIN, es esta idea de la «creación» epistemológica de las normas jurídicas la que explica por qué KELSEN pensó que los sistemas jurídicos debían ser necesariamente consistentes. Si las normas son «creadas», o en algún sentido «reconstruidas», por la ciencia del derecho, entonces no debe sorprender que deban ser consistentes, pues sería inusual, por decir lo menos, que una ciencia formulara enunciados contradictorios.

*tions determined by this order, certain consequences determined by the order ought to take place. Legal norms are not judgements, that is, they are not statements about an object of cognition*³³.

Sin embargo, hay dos elementos que BULYGIN reconoce aunque minimiza, que no encajan con el rechazo de KELSEN a la función creativa de la ciencia jurídica: uno es el mismo pasaje de la *Teoría Pura* de 1960 citado antes en el cual, como él lo expresa, resuena el eco de la idea neokantiana de que la ciencia del derecho crea en un sentido epistemológico su objeto de conocimiento de forma similar a como la ciencia natural crea el cosmos a partir de las percepciones sensibles³⁴. El otro elemento discordante es que a pesar de que KELSEN debió haber renunciado al carácter normativo de las proposiciones jurídicas dado que ahora las concibe de manera más modesta como descripciones de normas positivas, este no reconoce explícitamente el cambio y sigue usando la misma terminología.

No obstante lo anterior, para BULYGIN es claro que después de 1960, KELSEN rechaza su tesis neokantiana. No abandonarla sería auto-contradictorio, pues si las *Rechtssätze* son descriptivas no pueden ser normativas y viceversa. Además, se sostiene, el infructuoso intento de KELSEN de preservar algo de su doctrina original distinguiendo un *Sollen* descriptivo y otro prescriptivo solo añade confusión. Tenemos entonces que las tendencias neokantiana y positivista en la teoría pura son incompatibles. Esta última incluye la distinción entre descripción/conocimiento y prescripción/creación del derecho³⁵. Para BULYGIN ello muestra la debilidad de las analogías trazadas por KELSEN entre, por una parte, el «caos de las percepciones sensoriales» y los productos de los órganos legislativos, y por la otra, entre las leyes de la naturaleza, surgidas de la observación y descripción de ciertas regularidades, y las leyes positivas creadas por acciones humanas³⁶.

Con la renuncia a la creación epistemológica del derecho también se deshecha el otro elemento kantiano presente en la obra de KELSEN, a saber, que en toda experiencia existen elementos conceptuales que constituyen su objeto, pues ya no tiene sentido hablar de categorías del entendimiento que son condiciones de posibilidad del derecho. Nuestro autor concluye que la teoría pura, desprovista de su ropaje kantiano más o menos superficial, es, a pesar de ello, una valiosa contribución al análisis de los conceptos jurídicos³⁷.

Analicemos ahora la fuerza de las razones esgrimidas por BULYGIN a favor de la idea de que KELSEN abandonó su tesis del carácter normativo de la ciencia del derecho. Aunque parezca evidente, se debe subrayar que esta tesis tiene un sentido trascendental y no material. Lo que se afirma es que dicha disciplina proporciona los conceptos sin los cuales ciertos actos no podrían ser interpretados como normas o como productores de estas, pero no que los órdenes jurídicos concretos sean generados por la ciencia del derecho. No obstante esto, BULYGIN afirma que, en su fase realista, KELSEN dejó la idea de la creación epistemológica para sostener que las normas son producidas

³³ *Op. cit.*, 231.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Op. cit.*, 232

³⁶ *Ibid.*

³⁷ BULYGIN, 1980: 378.

por legisladores y jueces, lo que representa un tácito rechazo a la tesis neokantiana³⁸. Sin embargo, es claro que la creación conceptual y la material se sitúan en planos distintos, por lo que el hecho de que las normas sean producto de la actividad de ciertos órganos no se contrapone al papel trascendental asignado a la ciencia jurídica. Por ello, las *Rechtssätze* sí pueden ser descriptivas y normativas (constitutivas), pues estas describen, correcta o incorrectamente, que ciertas normas existen o son válidas³⁹ dentro de un determinado orden, empleando en esta tarea el andamiaje conceptual de dicha disciplina. Así, el conjunto de proposiciones jurídicas verdaderas constituye lo que es el derecho, de ahí su carácter normativo. Es claro que este rasgo debe entenderse no en el sentido de que dichas proposiciones son prescriptivas, sino en el de que estas conforman el conjunto de normas válidas. Dice BULYGIN que la tesis neokantiana de KELSEN implica que las proposiciones jurídicas no solo versan sobre normas sino que ellas mismas son normas. Esto es cierto porque las *Rechtssätze* crean epistemológicamente el derecho; pero, desde otra perspectiva, proposiciones y normas son distintas porque aquellas describen a estas. En otras palabras, la ciencia del derecho crea las normas al describirlas.

En este punto vale la pena recordar que ya desde el prólogo a la segunda edición de los *Problemas capitales* KELSEN señala que la norma jurídica reconstruida (*Rechtssatz*), expresa la autonomía del derecho frente al mundo natural, o sea, el nexo que se da en las normas entre el ilícito y la sanción, mediante la categoría de imputación. Esta noción no es descriptiva sino constitutiva, ya que sin ella no habría normas. Recientemente Stanley PAULSON ha expresado esta idea afirmando que dicha categoría es la «forma metodológica» de la ciencia jurídica al dotarla de su especificidad, de la misma manera que la causalidad es la «forma metodológica» de las ciencias naturales⁴⁰.

Ahora bien, qué decir de la crítica a la doble analogía trazada por KELSEN entre, por un lado, las caóticas percepciones sensoriales y los mandatos emitidos por las autoridades, y, por el otro, entre las leyes naturales y las normas jurídicas. Coincido con BULYGIN en que estos paralelismos son endeble. En cuanto al primero, afirma que dichos mandatos no son un material informe sino productos de elaboraciones conscientes y racionales. Además, podríamos añadir que se formulan en un lenguaje normativo, por lo que suponen ya un marco conceptual. En todo caso, lo «dado» al conocimiento jurídico serían las conductas humanas que, mediante la aplicación de las categorías de la ciencia del derecho, interpretamos como actos jurídicos creadores de normas. De esta manera, los trazos de unas líneas sobre un papel se convierten en la firma de un contrato, 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. Si la primera de las analogías no se sostiene, entonces tampoco la segunda, pues si el objeto de la ciencia del derecho son las normas jurídicas, el equivalente de las leyes naturales no son estas sino las *Rechtssätze*. Con estas modificaciones es posible mantener los paralelismos trazados por KELSEN, y lo que es más importante,

³⁸ BULYGIN, 2013: 232.

³⁹ Lo que para KELSEN significaba varias cosas, entre ellas que pertenecen a un determinado orden jurídico y que su creación puede rastrearse a través de una cadena de facultamientos que termina en la norma básica de ese orden.

⁴⁰ PAULSON, 2012: 109.

su idea central de que los órdenes jurídicos, al igual que la naturaleza como un sistema unificado, son el resultado de elaboraciones científicas.

Hay un punto adicional al que quiero referirme, que es la afirmación de BULYGIN de que el cambio que tuvo la categoría de imputación en KELSEN, al dejar su sentido originario de esquema de la estructura de la norma jurídica, para designar las funciones normativas de obligación, autorización y permisión, prueba que KELSEN renunció a la concepción de la creación epistemológica del derecho. Me parece que el desarrollo que tuvo este concepto refleja un cambio de énfasis en la doctrina kelseniana, cuya atención pasa de la estática a la dinámica en el estudio del derecho, lo que desembocó en la idea de que la categoría jurídica más básica es la de facultamiento. Sin embargo, la imputación siguió jugando un papel central en la teoría pura a pesar de que KELSEN haya reconocido que esta tiene una variedad de funciones. El *Sollen* no se difumina en las nociones de facultamiento, permisión y prohibición, sino que ellas tienen su fundamento en la categoría de deber, sin la cual simplemente no se podría concebir la normatividad del derecho ni distinguirla de la causalidad. De esta manera, la imputación se convierte en una expresión variable cuyo lugar puede ser ocupado por cualquiera de las modalidades deónticas.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo he defendido la idea de que KELSEN no renunció a la distinción entre los enfoques metodológicos descriptivo y normativo, ni a la tesis de la creación epistemológica del objeto de estudio de la ciencia jurídica. La estrategia que seguí fue mostrar que las tesis sostenidas por KELSEN en su periodo neokantiano no son incompatibles con aquellas que dan forma al carácter positivista de su teoría. Argumenté que KELSEN se mantuvo fiel a la idea de que las normas son entidades ideales pertenecientes al mundo del *Sollen*, el cual está separado del ámbito del ser; que es un error adscribirle una concepción de validez justificada; que la norma básica cumple, dado el empeño epistemológico de KELSEN, un papel trascendental imprescindible en su teoría, y que la ciencia del derecho conservó su carácter constitutivo a pesar de que, en algún momento, este haya enfatizado el aspecto descriptivo de las proposiciones jurídicas en lugar del normativo. Si tengo razón en lo anterior, se puede concluir que KELSEN siguió siendo neokantiano aun después de su primera fase cuyo término BULYGIN ubica en 1940.

BIBLIOGRAFÍA

- BULYGIN, E., 1980: «Kant y la filosofía del derecho contemporánea», *Archivos latinoamericanos de metodología y filosofía del derecho*, (1): 59-68.
- 1990: «An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law», *Ratio Juris*, 1 (3): 29-45.
- 2013: «Kelsen on Completeness and Consistency», *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, 225-243.
- CELANO, B., 2000: «Kelsen's Concept of the Authority of Law», *Law and Philosophy*, 2 (19): 173-199.

- DELACROIX, S., 2004: «Hart's and Kelsen's Concepts of Normativity Contrasted», *Ratio Juris*, 4 (17): 501-520.
- GUASTINI, R., 2010: «The Basic Norm Revisited» (Conferencia en la Universidad de Oxford, Inglaterra).
- HAMMER, S., 1998: «A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen's Pure Theory of Law», *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, 177-194.
- HEIDEMANN, C., 2005: «Die Reine Rechtslehre im Lichte des kritischen Rationalismus», *Ratio Juris*, 1 (18): 124-127.
- KELSEN, H., 1965: *Teoría general del estado*.
- 1969: «Sobre los límites entre el método sociológico y jurídico», *Revista de la facultad de derecho de México*, 75: 561-593.
- 1971: «Why should Law be Obeyed», *What is Justice: Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, 257-265.
- 1987: *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*.
- 2002: *Teoría pura del derecho*.
- LOSANO, M., 1985: «La teoría pura del derecho. Del logicismo al irracionalismo», *Doxa*, 2: 55-85.
- NINO, S., 1998: «Some Confusions Surrounding Kelsen's Concept of Validity», *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, 253-261.
- PAULSON, S., 1998: «Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1 (18): 153-166.
- 2000a: «The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law», *Law and Philosophy*, 2 (19): 223-246.
- 2000b: «On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm», *Ratio Juris*, 3 (13): 279-293.
- 2003: «La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano», *Doxa*, 26: 547-582.
- 2007: «Dos programas radicales de "objetivización". La influencia de Kant y los neokantianos en Hans Kelsen», *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica*, 243-278.
- 2012: «A Justified Normativity Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz», *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, 61-112.
- RAZ, J., 2009: «Kelsen's Theory of the Basic Norm», *The Authority of Law*, 122-145.
- ROSS, A., 1998: «Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law», *Norm and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, 147-163.
- SCHMILL, U., 2007: «La norma fundante básica y el origen conceptual de la normatividad», *Analisi e diritto*, 91-122.
- 2010: «The Grundnorm and the Conceptual Origin of the Normativity of Law» (Conferencia en la Universidad de Oxford, Inglaterra).