

Comentario bibliográfico

El problema de la fundamentación y la metodología del derecho en Kelsen. Comentario a la obra de Stanley L. Paulson y su crítica a la Escuela de Marburgo

Alan Arias Marín*

Stanley Paulson¹ es un reputado académico estadounidense (Harvard Law School) experto en el pensamiento de Hans Kelsen, al que prácticamente ha dedicado su vida intelectual. En el desarrollo de su obra académica y con la intención de obtener una mejor comprensión de la *Teoría pura del derecho*, Paulson ha optado por leer a Kelsen desde una perspectiva neokantiana. El objetivo de este ensayo es, precisamente, profundizar en la crítica a la *Teoría pura del derecho* que hace el autor desde la perspectiva de la Escuela neokantiana de Marburgo; para lo cual, serán tomadas en cuenta las principales obras de Paulson que abordan esta perspectiva crítica.²

Las consideraciones de Paulson sobre el trabajo de Kelsen se encuentran inscritas dentro del debate filosófico sobre el desarrollo metodológico de las disciplinas concernientes a la existencia social del hombre (entre ellas la jurídica), es decir, la histórica polémica sobre el fundamento y validez de las ciencias socio-históricas que tienen como punto de partida la obra de Kant, en específico sus aportaciones sobre la razón pura (*Vernunft*). Empero, advierte Paulson, se debe tener precaución y evitar relacionar la filosofía moral o jurídica de Kant con la *Teoría pura del derecho* de Kelsen, pues los postulados del primero en este aspecto se asemejan más al derecho natural³ y chocan con la teoría de Kelsen. La propuesta de Kelsen busca dar respuesta a las insatisfacciones de la ciencia jurídica decimonónica mediante la construcción de una ciencia del derecho con rigor y precisión metodológicos, es decir, –al igual que Kant–, Kelsen no buscaba enseñar derecho sino una metodología del derecho.

Paulson desarrolla un debate sobre las diversas interpretaciones de la filosofía de la ciencia jurídica de Kelsen; advierte que la mala interpretación de los postulados de Kelsen tiene como consecuencia funesta ubicar su teoría ya sea cercana a la teoría empírico-positivista o a la teoría del derecho natural, a pesar de que ambos enfoques eran rechazados por el filósofo jurista. La primera interpretación de Kelsen –falaz para Paulson– surge del análisis de Joseph Raz,⁴ que ubica a Kelsen cercano a la teoría naturalista al contraponer el concepto de normatividad justificada *en sí misma* (*basic norm*) con la idea de normatividad social –que entiende la normatividad de la ley y la obligación de obedecerla como nociones diferentes (*as distinct notions*). De seguir estas propuestas se concluye que, juzgar la ley como normativa en sí misma –y no diferenciarla

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

¹ Humboldt Research Prize 2003.

² Stanley L. Paulson fue invitado a la primera edición de la Cátedra Ulises Schmill, patrocinada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (para honrar al ex ministro), el Instituto Autónomo de México y la Escuela Libre de Derecho. En esta ponencia, Paulson invitó a la reflexión sobre la facultad, la responsabilidad y la *Teoría pura del derecho*; este ensayo, acepta la invitación de Paulson y realiza una crítica desde la postura neokantiana de la escuela de Marburgo.

³ Debido a la profunda cercanía al cristianismo de Kant, que le impedían una completa separación de la metafísica, sobre todo en su filosofía práctica.

⁴ Para realizar su análisis, Raz toma como punto de partida la postura de la sociología normativa de H. L. A. Hart. Ver Joseph Raz, "Kelsen's Theory of the Basic Norm", *American Journal of Jurisprudence*. Notre Dame, Indiana, vol. 19, núm. 1 1974, pp. 94-111.

analíticamente— es juzgarla como justa y, por tanto, se asume la obligación de obedecerla sin más; en este sentido, la ley sería válida (normativa en sentido fuerte) *sólo si* obedecida.⁵

La segunda interpretación cuestionada por Paulson es la de Robert Walter, quien reduce el concepto de normatividad a una teoría basada en hechos fácticos positivizados (*matters of fact*). Según esta propuesta, los sistemas legales han de interpretarse *como si* fueran normativos (*as if they were normatives*); por lo que carecen de unidad teórica y juegan el papel de postulados de la racionalidad legal. La normatividad no debe ser obedecida por sí misma, sino sólo postulada como si fuera obligatoria.⁶

Contrariamente a las dos anteriores interpretaciones, Kelsen, explica Paulson, desarrolló una “tercera vía” (al estilo de la *analítica trascendental* de Kant) para escapar del dilema de apelar a la moral (naturalistas) o a los hechos (positivistas) como fundamentos para el cumplimiento de la ley. Aunque, para Paulson, la aproximación trascendental kantiana, sugerida por Kelsen, también es inadecuada debido a la imposibilidad de aplicar el argumento trascendental⁷ a cualquier disciplina, en este caso la ciencia jurídica.

Ante la imposibilidad de defender las tres aproximaciones propuestas (la teoría del derecho natural, la teoría positivista del derecho y el argumento trascendental —propuesto por el mismo Kelsen—, se presenta un callejón de dudosa salida. Para salir del aprieto, Paulson propone tomar como referencia a los neokantianos de Marburgo que partieron del mismo argumento trascendental de Kant y lo transformaron en principios regulativos. Con ello, Paulson propone entender la norma básica de Kelsen como un principio regulativo y no como un presupuesto básico. La búsqueda neokantiana de “hechos jurídicos” está dictada por el principio regulativo de encontrar leyes “aún más generales”, es decir, su búsqueda está guiada por la causalidad, por un *a priori* dado, una ley trascendental imposible de probar empíricamente; y cuya aplicabilidad y éxito tampoco pueden ser probados.⁸

La escuela de Marburgo concibe al objeto como aquello que es lógicamente válido y aduce que sólo son válidos y verdaderos los objetos construidos por la ciencia; considera que la unidad trascendental a la que aspiraba Kant no es más que la síntesis de los objetos científicos y su realidad lógica (Hermann Cohen).⁹ Además de la objetividad, la posibilidad es otra categoría de relevancia para esta escuela, pues es la posibilidad la que permite concebir la función del pensamiento científico como función del método (Paul Natorp).¹⁰ Los neokantianos de Marburgo demandan una fundamentación trascendental del derecho por medio de dos exigencias fundamentales.¹¹ Primero, la correlación con los hechos patentes e históricamente determinables de la ciencia, de la moralidad, del arte, de la religión. Segundo, demostrar para el *factum* de la razón su posibilidad, y con ello, el fundamento del derecho, es decir, obtener el fundamento nómico, la unidad del

⁵ Stanley L. Paulson, *Empowerment, Liability, and the Pure Theory of Law. Aspects of a Reconstruction in Accordance with the Marburg School of Neo-Kantianism*, conferencia impartida en el marco de la Cátedra “Ulises Schmill”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013. (mimeo).

⁶ Robert Walter, “El estado actual de la doctrina jurídica pura”, *Rechtstheorie*. Munster, Renania del Norte-Westfalia, núm. 1, 1970, pp. 69-95.

⁷ El argumento trascendental se explica como sigue:

1. P (dado),
2. P es posible sólo si Q (premisa trascendental);
3. Entonces, Q (conclusión trascendental).

La crítica de Paulson a este argumento tiene que ver con la segunda premisa, que sostiene que lo que está dado es *posible* solo si la categoría asignada como Q está, de hecho, presupuesta.

⁸ S. L. Paulson, “El periodo posterior a 1960 de Kelsen : ¿ruptura o continuidad?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, núm. 2, 1985.

⁹ Hermann Cohen, *Teoría kantiana de la experiencia*. F. Dümmler, 1885. <https://archive.org/details/kantstheorieder02cohegoog>

¹⁰ Paul Natorp, *Plato's Theory of Ideas: An Introduction to Idealism*. Ed. de Vasilis Politis. Sankt Augustin, Academia Verlag Richarz, 2004.

¹¹ Enzo Paci, *La filosofía contemporánea*. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1957.

logos, de la *ratio*, en cada uno de los actos culturales. Se habla de una ley que no está en contradicción con la experiencia, sino que respeta su autonomía.¹²

Paulson rescata la postura de rechazo de la escuela de Marburgo a la propuesta de Kant de la independencia de las dos esferas del conocimiento humano o cognición, a saber: la facultad receptiva o de sensibilidad y la facultad de entendimiento. En contraposición a la propuesta de Dilthey, quien parte del reconocimiento de que la historia humana se mueve bajo una lógica teleológica y busca producir explicaciones causales, empíricas, sin perder el carácter teleológico del objeto que estudian para proponer que la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias humanas (del espíritu), también debe darse en el método. Es decir, propone como solución una diferenciación epistemológica y metodológica. Concluye que las ciencias naturales producen explicaciones (causa-efecto) y las ciencias del espíritu sólo pueden producir comprensión (lógica teleológica).¹³

En su intento por reivindicar las propuestas kelsenianas, propone que el argumento trascendental habría de ser retomado en la lectura neo-kantiana (marburguiana) del programa de Kant:¹⁴ usar los postulados (indemostrables científicamente) de la razón práctica,¹⁵ necesarios para las disciplinas humanísticas y/o históricas y/o sociales (como el derecho) como ideas regulativas, vía la comprensión interpretativa (hermenéutica), para propiciar la construcción de hipótesis que sirvan como punto de partida para la fabricación de explicaciones (verificación empírica) científicas. Comprender (lógica teleológica; medios-fines) como punto de partida de las disciplinas sociales, incluido el derecho, para explicar (lógica causal; causa-efecto).¹⁶

Paulson analiza los principios regulativos de Kant y su contraparte en la filosofía kelseniana. Para este ejercicio, recuerda que Kant aduce que los principios son regulativos en dos sentidos distintos. En un primer sentido, Kant entiende las ideas metafísicas de Dios, libertad e inmortalidad como regulativas; es decir, infiere que actuamos “como si” creyésemos en estas ideas aunque intentar demostrar la veracidad de estas ideas sería un error, un uso ilegítimo de la razón.¹⁷

El segundo sentido que identifica Kant se refiere a la distinción que hace de los tres poderes o facultades cognitivas; explica que todo pensamiento inicia con la “sensibilidad”, continúa con el “entendimiento” y finaliza con la “razón”. A diferencia del sentido anterior (el metafísico, *como si*), la sistematización del pensamiento, es decir, la interconexión de las tres fases de la cognición (sensibilidad, entendimiento y razón) en un *todo* del pensamiento que precede la cognición determinada de las partes y que contiene las condiciones para determinar *a priori* la posición de cada parte y su relación con el resto. La cognición total es adquirida por el entendimiento y es un sistema interconectado en concordancia con las leyes fundamentales.

¹² Marta Moreno Luce, “Kant y la escuela de Marburgo”, *La Palabra y el Hombre*. Jalapa, núm. 1, enero-marzo de 1957, pp. 117-119.

¹³ Wilhelm Dilthey, *Introducción a las ciencias del espíritu, en la que se trata de fundamentar el estudio de la sociedad y de la historia*. Trad. de Eugenio Imaz. México, Fondo de Cultura Económica, 1944.

¹⁴ La idea kantiana de los postulados de la razón práctica (teleológica) son inservibles para un empeño de construcción de una ciencia del derecho; pues al intentar aplicar pedazos y piezas de la analítica trascendental de Kant, esgrimidas por Cohen, Kelsen malinterpreta la filosofía de los neokantianos de Marburgo. Éstos no buscan aducir argumentos trascendentales a la ciencia jurídica sino que se interesan por la búsqueda –dirigida por los principios regulativos de Kant– de los hechos “a cargo de las normas” (“*facts, borne by laws*”) o, como lo denominarían los propios marburguianos, la ley de la causalidad.

¹⁵ En un primer sentido, estos postulados se dicen indemostrables porque, de acuerdo con Kant, intentar demostrar su veracidad sería un error; un atentado contra la razón, un uso ilegítimo de la razón al traspasar los límites de la experiencia posible (por ejemplo, procurar comprobar la existencia de ideas metafísicas como la inmortalidad, la existencia de Dios, la libertad).

¹⁶ Pietro Rossi, “Introducción”, en Weber, Max, *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Editorial Amorrortu, 1973, pp. 9-37.

¹⁷ S. L., Paulson, “La Interpretación débil de la autoridad en la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen (The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen’s Pure Theory of Law)”, *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, núm. 29, julio-diciembre de 2012.

En consecuencia, Paulson propone concebir las normas fundamentales de Kelsen como principios regulativos que se adscriban a tal sistematización.¹⁸

Paulson acota que el concepto de facultad (*empowerment*) de la teoría legal de Kelsen, ha recibido poca atención a pesar de que la facultad y las normas facultativas son fundamentales. Paulson considera prioritaria la “forma lingüística *ideal* de la norma legal”; en este sentido, la “norma-sancionadora hipotéticamente formulada”, dirigida al oficial jurídico constituye una norma primaria. En tanto que, la orden impuesta al sujeto de derecho constituye una norma secundaria. Paulson cuestiona esta clasificación entre norma primaria y secundaria, pues considera que no hay diferencia entre las implicaciones de una y otra.¹⁹

En cuanto a las implicaciones de las “normas-sancionadoras hipotéticamente formuladas” cuando están dirigidas al agente con autoridad jurídica, Paulson explica que en el trabajo temprano de Kelsen, pareciera que estas normas instan al oficial jurídico a imponer una sanción. En su trabajo posterior, Kelsen explicaría que la obligación legal de un individuo a comportarse de determinada forma es reconocida como tal sólo si, en la posibilidad de un comportamiento contrario, otro individuo tiene la facultad –otorgada por el sistema legal– de imponer una sanción. Por ende, la obligación legal de un individuo, es una norma secundaria, dispensable y superflua. Desde el pensamiento maduro de Kelsen se desprende que la facultad representa la forma lingüística ideal de la norma, y que las normas jurídicas, reconstruidas, constituyen facultades.²⁰

Empero, surgen discrepancias respecto del momento en que la norma constituye una facultad y cuándo constituye una obligación. Es decir, no queda claro, en un primer momento, cuándo un agente con autoridad jurídica tiene la facultad (discrecionalidad) de imponer una sanción y cuándo está obligado. Es el “deber” (*ought*) el que indica que, bajo ciertas condiciones, una determinada sanción *puede* ser impuesta (por una autoridad), pero, a su vez el deber también establece la situación en la que la autoridad cuenta con la obligación de sancionar. Para resolver esta cuestión, se introduce el concepto de responsabilidad. Existen supuestos, la comisión de determinados actos, como los delitos, que implican una responsabilidad (de sancionar) inherente al acto en sí mismo.²¹ Es decir, se conforma un supuesto absoluto que implica la obligatoriedad de vincular un efecto a determinada causa. Establecer una relación de responsabilidad a la comisión de determinado acto es un imperativo. Interpretar la norma básica como un principio regulativo, sirve para sistematizar la ley.²² En este proceso de sistematización, responsabilidad y facultad son conceptos básicos.

Paulson logra esclarecer los vacíos en las diferentes lecturas del trabajo de Kelsen. Consigue, además, sustentar elocuentemente sus proposiciones (interpretar las normas fundamentales de Kelsen como principios regulativos) gracias a la perspectiva neo-kantiana de la escuela de Marburgo, al concluir que la sistematización debe ser diferenciada del punto doctrinal donde la obligación es un concepto derivativo, en tanto que la facultad es primaria y fundamental. De ser correcto el argumento, estos puntos de vista teóricos *son* el caso, justo como la validez de las normas jurídicas es el caso, la normatividad del derecho es el caso, etcétera. Más allá de estos puntos de vista teóricos, los cuales no son abordados por la norma fundamental *qua* principio regulativo, está el objetivo de la sistematización, entendida como un ideal.²³

Los neo-kantianos de Marburgo ubican el trabajo de Kant como un “método de filosofar” más que como una filosofía *per se*; por lo que, si se aplica esta visión a la perspectiva kelseniana, la *Teoría pura del derecho*

¹⁸ S. L. Paulson y Bonnie Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford, Clarendon Press, 1998.

¹⁹ S. L. Paulson, *op. cit.*, *supra* nota 5.

²⁰ S. L. Paulson, “La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26 2003, pp. 547-582.

²¹ *Idem*.

²² S. L. Paulson, *op. cit.*, *supra* nota 5.

²³ *Ibidem*.

deberá verse como un método de la ciencia legal, como un método jurisprudencial, más que cualquier otra cosa. Es decir, el énfasis deberá hacerse ya no en la norma, sino en el proceso en el que ésta se conforma, en la facultad de la autoridad jurídica para sancionar. La salida de Paulson consiste en proponer la idea de que Kelsen no se afana por resolver el clásico problema de cómo justificar la obligatoriedad de la ley, más bien su afán consiste en proveer una fundamentación o método de la ciencia jurídica. Con ello, señala el autor, Kelsen sería, más que un jurista, un filósofo de la ciencia, por supuesto, de la ciencia jurídica.

Bibliografía

- COHEN, Hermann, *Teoría kantiana de la experiencia*. F. Dümmmler, 1885. <https://archive.org/details/kantstheorie-rieder02cohegoog>
- DILTHEY, Wilhelm, *Introducción a las ciencias del espíritu, en la que se trata de fundamentar el estudio de la sociedad y de la historia*. Trad. de Eugenio Imaz. México, Fondo de Cultura Económica, 1944, 427 pp.
- MARÍAS, Julián y Pedro Lain Entralgo, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1964, pp. 559-565.
- MORENO Luce, Marta, "Kant y la escuela de Marburgo", *La Palabra y el Hombre*. Jalapa, núm. 1, enero-marzo de 1957, pp. 117-119.
- NATORP, Paul, *Plato's Theory of Ideas: An Introduction to Idealism*. Ed. de Vasilis Politis. Sankt Augustin, Academia Verlag Richarz, 2004, 484 pp.
- PACI, Enzo, *La filosofía contemporánea*. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1957.
- PAULSON, Stanley L., "El periodo posterior a 1960 de Kelsen: ¿ruptura o continuidad?", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, núm. 2, 1985, pp. 153-158.
- PAULSON, Stanley L., "La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, núm. 9, 1991, pp. 173-188.
- PAULSON, Stanley L., "La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, núm. 26, 2003, pp. 547-582.
- PAULSON, Stanley L., "La interpretación débil de la autoridad en la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen (The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law)", *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, núm. 29, julio-diciembre de 2012, pp. 5-50.
- PAULSON, Stanley L., *Empowerment, Liability, and the Pure Theory of Law. Aspects of a Reconstruction in Accordance with the Marburg School of Neo-Kantianism*, conferencia impartida en el marco de la Cátedra "Ulises Schmill", Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, (mimeo).
- PAULSON, Stanley L. y Bonnie Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford, Clarendon Press, 1998, 684 pp.
- ROSSI, Pietro, "Introducción", en Max Weber, *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Editorial Amorrortu, 1973, pp. 9-37.
- WALTER, Robert, "El estado actual de la doctrina jurídica pura", *Rechtstheorie*. Munster, Renania del Norte-Westfalia, núm. 1, 1970, pp. 69-95.