

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

BIBLIOGRAFIA SOBRE HANS KELSEN (1964-1968)

A los treinta años de la publicación de su *Reine Rechtslehre* (1934) y a los cuatro de su segunda edición—reimpresa, posteriormente, en 1967—aparece un Homenaje a Hans Kelsen, editado por Salo Engel (1), con la colaboración de Rudolf A. Métall, máximo representante de los cultivadores de la bibliografía kelseniana (2). La Universidad de Tennessee y el Gobierno federal austríaco han patrocinado la edición. En él se suceden, en orden alfabético, los nombres de los colaboradores, procedentes de diversas universidades del norte y del sur de América, de Inglaterra y Australia, de Alemania, Austria y Suiza, de España, Noruega, Suecia e Israel. Todo ello transmite el eco que, en diversas latitudes y problemáticas, ha encontrado la teoría pura. Estamos más bien ante la glosa que ante la crítica. También, en alguna ocasión, frente al estudio independiente. Reseñemos ahora aquellas aportaciones más relacionadas con la teoría del Derecho y con la filosofía jurídica.

Con referencia al influjo de Kelsen, cabe referirse a un kelseniano peculiar y de última hora, al que mencionaremos también después, René Marcic (*Die Reine Staatslehre. Der Hintergrund der Kelsen-Renaissance in deutschsprachigen Raum*, págs. 197 y sigs.), quien vuelve a insistir en que Kelsen, lejos de ser un seguidor del formalismo jurídico, es un apasionado partidario del Estado de Derecho. De ahí que estén equivocados quienes, al clamar por un retorno al Derecho natural, ven en el positivismo el origen del caos nacionalsocialista. La actualidad de Kelsen radica en una doble pretensión, que goza de raigambre histórica: actualizar tanto la vinculación al Derecho de todo poder político como la participación de los súbditos en la soberanía del Derecho. Kelsen es en

(1) *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, ed. by Salo ENGEL with the cooperation of Rudolf A. MÉTALL, The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964, 365 págs.

(2) Cfr. ahora MÉTALL, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Verlag Franz Deuticke, Viena, 1969, 220 págs. (la bibliografía de Kelsen abarca las págs. 122-216).

este sentido, para Marcic, como ha afirmado repetidamente (3), el «ejecutor» de las exigencias del Derecho natural, en el sentido de quien lo integra, lo completa, no en el sentido de quien procede a su exterminio. Otros síntomas parecen dar la razón a Kelsen: el estado de eumonía que alcanza la realidad social en el momento presente, el sometimiento progresivo de los ordenamientos jurídicos internos al internacional, la misma dinámica social que exige un control neutral, la creciente primacía de lo objetivo frente a lo subjetivo en la configuración y desarrollo del orden jurídico, la desaparición constante de la distinción entre Derecho público y Derecho privado, la conciencia de una estructura *procesal* de la realidad como orden del «ser», el retorno a un actualismo, que Marcic cree tomista, que sitúa en la cúspide la forma, el acto, sobre la materia, la potencia. Es más, frente a la desintegración de la moral tradicional ocasionada por el actual pluralismo, la *forma del Derecho* cobra ahora auge, como instancia neutral. Pero, ¿los contenidos? Marcic cree encontrarlos en Kelsen: ninguna *iuris positio* que no presuponga la norma fundamental, ninguna «positividad» sin «prepositividad». Dejando para más adelante la carga equívoca que los términos «forma» y «orden» adquieren en este contexto, baste señalar aquí el irenismo a ultranza de las afirmaciones. Por ello es mayor el contraste de esas opiniones con las más comedidas de Luis Legaz, sobre otro posible ámbito de influencia kelseniana (*La influencia de Kelsen sobre el pensamiento jurídico español*, págs. 171 y sigs.) (4). Quedan, por lo demás fuera de nuestro propósito los diversos artículos que tratan de la influencia de Kelsen sobre el Derecho internacional (John H. Herz, Ervin P. Hexner, Hans J. Morgenthau, Joseph L. Starke), sobre el Derecho administrativo (Hans Klinghoffer) o sobre la jurisprudencia de constitucionalidad (Walter Antonioli).

Dos contribuciones toman pie de la teoría pura y van más allá del corolario. La primera se debe a Ulrich Klug (*Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluss vom Sein auf das Sollen*, págs. 153 y sigs). Al dualismo «ser»-«debe ser» aplica Klug los modos de exposición de la lógica mo-

(3) Aparte del libro que reseñaremos más adelante, señalemos como origen: MARCIC, René, «Reine Rechtslehre und klassische Rechtsontologie», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 11 (1961), 395-411. Cfr. también el Coloquio de Salzburgo sobre Derecho natural, de 1963, recogido en la misma revista, tomo 13, págs. 1-166.

(4) Ya anteriormente, «L'influence de la doctrine de Kelsen dans la science juridique espagnole», *Annales de l'Université de Toulouse*, 6 (1958), 159 y sigs.

derna. A él le resulta explicable la reducción del «deber ser» al «ser» desde el punto de vista psicológico, pero no desde el lógico: a partir de premisas que no contienen proposiciones de «deber ser» no puede deducirse una conclusión de tal tipo. La lógica de las proposiciones afirma en último término que toda deducción de «deber ser» a partir del «ser» se reduce a lo que la lógica clásica denomina entimema. Esto se cumple tanto en el teorema de la «naturaleza de las cosas» (las premisas carecen de fundamento lógico, pues la argumentación no nos dice nada sobre la fuente de conocimiento de tales premisas), como en el «argumento fenomenológico» (no hay método de verificación controlable de la *Wesensschau*), como en el «argumento ontológico» (se trata de un «argumento de practicabilidad» que no ha de formularse en el sentido de que el legislador, en sus proposiciones de «deber ser», no «pueda» exigir lo imposible, sino más bien no «deba» exigirlo: una premisa normativa, por tanto), como, similarmente, los argumentos «teleológico», «económico», «axiológico», «histórico», «antropológico-psicológico», «sociológico» (para cualquiera de ellos vale, según Klug, que la vinculación de los órdenes jurídicos tradicionales a determinados hechos sociales, antropológicos, valores vigentes, etc., no puede inferirse si no se admite previamente una determinación de «deber ser» en la que se considera «realidad de hecho»). A nuestro modo de ver, tal postura es comprensible si se da por buena la plena autonomía de la consideración lógica. Esta, por lo demás, se torna en dogmatismo, si no se admite otra aproximación al Derecho. Desde el punto de vista lógico, la no deducción del «deber ser» a partir del «ser» puede ser concluyente, pero no ha de ser excluyente.

El segundo estudio a citar es el de Ossip K. Flechtheim (*Recht und Gesellschaft. Einige pluralistisch-soziologische Randglossen zur Reinen Rechtslehre*, págs. 71 y sigs.), donde se intenta ir más allá de la «racionalidad formal» del «Derecho clásico», para situarse en una zona intermedia entre la consideración del Derecho como sistema coactivo y la legitimidad iusnaturalista de un ordenamiento dado. El Derecho presenta una cabeza de Jano: ni es poder coactivo, ni libertad incondicionada. En contraste con las normas éticas, técnicas o sociales, las jurídicas son medidas mínimas; en contraste con el puro poder, presenta también una medida máxima de poder coactivo. El Derecho ha de mantenerse dentro de esos límites cuantitativos, si no quiere sobrepasar cualitativamente sus conceptos límites: libertad y coacción. Hasta ahora el Derecho ha estado más al servicio del poder que de la libertad, señala Flechtheim, quien hace votos por un futuro servicio del Derecho a la libertad.

Otro par de estudios de estos *Essays* ponen de relieve una faceta que sólo en la actualidad se considera característica de Kelsen: la crítica de las ideologías. El más importante de ellos es el de Ernst Topitsch (*Hans Kelsen als Ideologiekritiker*, págs. 329 y sigs.), objeto de una ampliación posterior (5). Tal crítica se centra en el Derecho natural como ideología. El ímpetu de la crítica de Kelsen deriva de la tensión entre el progreso de las ciencias y las exigencias ideológicas promovidas por el desarrollo político y social de Europa. «Una concepción antimetafísica, científica, como el positivismo jurídico, sólo puede arraigar en épocas relativamente tranquilas, en tiempos de equilibrio social... En períodos de crisis se agudiza la contraposición entre los intereses de grupo... los cuales reclaman con necesidad justificaciones absolutas de los postulados que entran en juego en dicha lucha». Tal afirmación kelseniana data de 1928. El pequeño escrito *Was ist Gerechtigkeit?* apareció en 1953; es una tesisura *in crescendo*: los órdenes morales, con su idea central de la justicia, son producto de situaciones sociales, un imposible intento de justificación racional. Radicalmente, Kelsen no sólo muestra la manipulación política llevada a cabo mediante lo que él llama «fórmulas vacías» (*Leerformeln*) iusnaturalistas y dialécticas, sino que además señala cómo en el período precientífico todo fenómeno de la naturaleza fue explicado a partir de las formas de la realidad social, esto es, irracionalmente. Pero, ¿está la propia teoría pura al margen de un significado ideológico? Topitsch ha de admitir al menos que no es «políticamente irrelevante»: las dictaduras la repudian, las democracias la acogen. La tolerancia, sin embargo, no está exenta de carga ideológica. Kelsen llega a afirmar que «la democracia ha de defenderse con la fuerza». Una tesis que trae a la memoria la «tolerancia represiva» de H. Marcuse.

En esta misma cuestión es más comprometido, aunque más de circunstancias, Norbert Leser (*Reine Rechtslehre und Sozialismus*, páginas 184 y sigs.). La teoría pura, aunque centrada en la ciencia jurídica, genera efectos secundarios en la política jurídica. Así, en el plano de la crítica ideológica, la negación del dualismo Estado-Derecho va contra aquellos que legitiman el Estado mediante el Derecho que él mismo crea; la no distinción entre Derecho público y Derecho privado destruye las pretensiones de aquellos que, fomentando una relación de subordinación, asignan al Estado un amplio ámbito de poder; la construcción de los

(5) Cfr. su introducción a KELSEN, Hans, *Aufsätze zur Ideologiekritik*, Luchterhand, Neuwied, 1964.

derechos subjetivos sólo sirve para proteger la propiedad privada, etcétera. La ambivalencia de las afirmaciones de Leser se manifiesta cuando se atribuyen a Kelsen afinidades con un «socialismo austríaco», con un socialismo que fomenta el ideal de la libertad individual. Del mismo modo, en la crítica a la concepción «conservadora» y en su vinculación al socialismo se ven secuelas de la separación programática entre norma jurídica y norma moral. En cualquier caso, el apoyo que la teoría pura pueda suministrar al socialismo no puede ser sino indirecto. Al margen han de quedar las actitudes personales de Kelsen en el entorno austríaco.

Dentro de estos *Essays* son varias las confrontaciones de la teoría pura con otras distintas actitudes frente al Derecho. Significativa nos parece la llevada a cabo por Chaim Perelman (*La théorie pure du Droit et l'argumentation*, págs. 225 y sigs.). Conforme a las premisas kelsenianas, la razón guía a la voluntad, tanto en la moral como en la política. El dualismo metódico cristaliza significativamente en la crítica de la «llamada razón práctica», que ya en 1933 llevó a término Alf Ross. Pero, para Perelman, las metafísicas racionalistas que intentan fundamentar las normas se reducen a ideología. Es más, para constituir una ciencia del Derecho tal como éste es y no tal como éste debería ser, es preciso renunciar al positivismo jurídico, para consagrarse a un análisis detallado del Derecho positivo, tal como se manifiesta en la vida individual y social y particularmente en los tribunales. Un sistema jurídico no es axiomático: presenta lagunas y antinomias, que se resuelven mediante el poder decisorio de que dispone el juez. El sistema jurídico se constituye progresivamente mediante la jurisprudencia y la doctrina que justifican razonablemente cuándo se cumple el principio de igualdad patrocinado por la regla de justicia. Asimismo es crítica la postura de Charles Eisenmann (*Sur la théorie kelsenienne du domaine de validité des normes juridiques*, págs. 59 y sigs.). Para Kelsen hay cuatro dominios de validez normativa: territorial, temporal, personal, material. La validez material es la que se presta a una crítica consecuente. Pero, además, parece insostenible el mantener tal pluralidad de ámbitos. En realidad, los dos primeros se reducen al tercero: validez personal de las normas dirigidas a regular conductas humanas. Más explicativa que crítica es la aportación de Henri Thévenaz (*A propos de la coutume*, páginas 317 y sigs.). Kelsen admite la costumbre entre los procedimientos de creación de normas. Pero para ello es preciso que una norma jurídica superior atribuya a la costumbre la cualidad de hecho creador de normas. Ahora bien, para que una norma jurídica sea considerada válida es preciso, además, que sea aplicada de manera general por los órganos

competentes y observada por los súbditos. La costumbre, por tanto, no puede contribuir sino a la formación de normas generales y la última palabra sobre ella la pronuncian los órganos encargados de crear normas individuales a partir de la misma costumbre o de la ley. Un prurito típicamente kelseniano lo constituye la exclusión, dentro del proceso de formación de la costumbre, del elemento psicológico, la *opinio iuris*. ¿Pero qué es ese *Sollen*, que comporta la costumbre, sino una voluntad colectiva cuyo sentido subjetivo es, precisamente, un deber? Que aquí se establece un puente entre hechos y «deber ser» es innegable. Kelsen, en su escaso interés por el tema de la costumbre jurídica, manifiesta hasta qué punto se mantiene incólume en su teoría la complejidad del punto de partida, que obliga consecuentemente a una simplificación metodológica: «Wie ein Sollen durch ein Sein zerstört oder aus einem Sein ein Sollen wird, das... ist juristisch ein Mysterium» (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, pág. 334).

Carácter independiente tienen los tres últimos estudios de estos *Essays* a los que vamos a referirnos. El argentino Ambrosio Gioja (*El mandato obligatorio*, págs. 85 y sigs.) analiza el sentido obligatorio de tal mandato, esto es, en cuanto es objeto de la ciencia jurídica: una conducta supuestamente debida, pero concreta. Toda conducta concreta puede suponerse, asimismo, debida. El acto de suposición apunta, sin embargo, un vacío que será llenado cuando se produzca la existencia de ciertos hechos; concretamente, la percepción de la autoridad objetiva. Nos encontramos aquí ante una síntesis de instancias formalistas, fenomenológicas y existenciales, que dejan sin resolver la problemática de las proposiciones de «deber ser». Programático es, en contraste, el amplio estudio de Luis Recaséns Siches (*Lineamientos de axiología jurídica*, págs. 247 y sigs.). El autor nos emplaza ante una «concepción renovada de Derecho natural, sobre nuevos y sólidos fundamentos, los cuales empero incluyen algunas de las inspiraciones contenidas en el pensamiento de Francisco Suárez, en la filosofía objetiva de los valores, y en el racio-vitalismo» (pág. 248). De arranque, la normatividad del Derecho positivo carecería en absoluto de sentido si no estuviese referida a un juicio de valor que es precisamente su inspirador. La conducta social está regulada de determinadas maneras, porque se cree que esta manera es mejor que otras posibles regulaciones. Con esto se justifica la axiología. Pero su fundamento radical no puede ser el empirismo sensorial, en sí neutro, sino un *a priori*, sin que ello signifique que los juicios estimativos en materia jurídica excluyan otros ingredientes de origen empírico. Sin embargo, para Recaséns, los valores son objetos ideales

aprehensibles por intuiciones puras. Y también hay «experiencias metafísicas», como, por ejemplo, los postulados de la razón práctica, la voz del imperativo moral de la conciencia, la experiencia moral de Dios, la estructura teleológica de algunos seres... ¿Hay una instancia objetiva en todo ello? La afirmación es cauta: los valores son significaciones objetivas, son sentido sólo en el reino de la vida humana, en el contexto de las situaciones concretas. Superando anteriores reticencias, no se duda en denominar «Derecho natural» a tales valores. Pero se hace preciso avanzar en el camino de la concreción de los contenidos de dichos valores. A este propósito se reafirma la tesis tradicional del carácter teleológico de la realidad humana. Se trata de encontrar, por medio de la experiencia metafísica, las estructuras finalistas de tal realidad. Ello no evita, sin embargo, el reconocer la historicidad que afecta a los ideales jurídicos. ¿Cómo paliar, entonces, la tensión entre lo permanente y lo histórico? En última instancia Recaséns toma partido por el humanismo: el Derecho tan sólo tiene sentido y justificación en la medida en que represente un medio para cumplir los valores que pueden realizarse en la persona individual. De ahí, quizá, el que el profesor español no mencione ni una vez a Kelsen, aunque fuera, entre nosotros, uno de sus tempranos conocedores.

El trabajo menor del ya desaparecido Roscoe Pound (*The task of the law in the atomic age*, págs. 233 y sigs.) presenta todas las características que suelen acompañar a las afirmaciones formuladas en el tramonto de la vida. De los tres órdenes que regulan la conducta humana: religión, moral, Derecho, este último ejerce hoy el control social más efectivo en orden a garantizar la seguridad social. En la era atómica, sin embargo, aunque se observe una modificación de los modos en que hasta ahora el Derecho ha cumplido esa función, no se debe tirar por la borda «lo que la experiencia desarrolló mediante la razón y la razón atestiguó por la experiencia». Lo que no significa tener que quedarse en el estadio de la época inmediatamente anterior. Algunas insuficiencias del Derecho actual son analizadas por Pound con referencia al Derecho anglosajón.

Sigamos en la línea de los homenajes, aunque ello suponga casi llegar al final del período de bibliografía que estamos comentando. La concesión a Kelsen, junto con Adolf Merkl y Alfred Verdross, de los doctorados *honoris causa* por la recientemente reinstaurada Universidad de Salzburgo, el 1 de junio de 1967, ha motivado una publicación (6), ins-

(6) *Philosophie huldigt dem Recht. Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Ver-*

pirada por René Marcic. El patetismo de su intervención se evidencia de la primera a la última frase. Mozart—estamos a pocos pasos de la Getreidegasse—es la armonía, la forma, lo clásico: extrapolando, llegaríamos en voluta barroca a un Kelsen mozartiano. La definición de lo clásico es, en este contexto, típicamente austríaca: clásico es aquello que armoniza, aunque sólo sea formalmente, lo caótico. *Norma dat esse*, dice el jurista; el hombre es un ser *centrum petens*, afirma, a su vez, el filósofo. Evidentemente, estamos asistiendo, junto con estos tres juristas austríacos, a un *connubium philosophiae et jurisprudentiae*. Y se habla, sin más ambages y con gran ocular, de una «escuela vienesa de filosofía del Derecho», que tiene como denominador común la consideración del Derecho como un cosmos estructurado. Alfred Verdross, en su discurso de agradecimiento, aventura incluso un condicionamiento histórico de dicha escuela: en una época de corte nacionalista sólo podía surgir una teoría general del Derecho en el supranacional Imperio austro-húngaro, y precisamente en el momento de su ocaso, cuando lo formal lo era todo.

Un percance de última hora impidió a Kelsen trasladarse a Salzburgo, por lo que, en su nombre, recibió los honores su más íntimo colaborador, R. A. Métall. El patetismo inherente a la consideración de Kelsen como «ein österreichisches Schicksal» es, no obstante, tan prometedor como peligroso. Sin duda, Kelsen, nacido en Praga pero educado en la Viena imperial, aspirará, tras el caos, a la creación de un Estado neutral, ajeno a determinismos carismáticos, como modo apropiado de enfrentarse ante la realidad inexplicable. Incluso, posteriormente, ya profesor en Praga, recibe el encargo de Benes de convertir en federal la estructura centralista de la nueva Checoslovaquia. Tanto en el caso austríaco como en el checo se trata de identificar el Estado con una unidad jurídica.

Lo que de *discordia concors* significa esta reunión en Salzburgo del agnóstico Kelsen, del mantenedor de una «ética jurídica» y de un gran representante del actual iusnaturalismo, no pudo ser dilucidado por un invitado de excepción, el profesor de París, Michel Villey, en su conferencia *Der Humanismus und das Recht* (págs. 65 y sigs.). El contenido de la misma es un rizar el rizo de la austríaca *compositio oppositorum*, que preside la configuración del acto académico. Su tesis podría compendiarse lapidariamente en estos términos: «el Derecho no es un humanis-

dross, *Enhrendoktoren der Universität Salzburg*, Europa Verlag, Viena, 1968, 80 páginas.

mo». Las dos tesis del humanismo jurídico—el hombre como creador exclusivo del Derecho y el hombre como fin del Derecho—son tajantemente negadas. Tal recusación alcanza, por ello, al Derecho de la modernidad. Frente a tales tesis: el orden no está en el hombre, sino en las cosas; el Derecho está menos al servicio del hombre que al servicio del orden de las cosas. La hipérbole de las tesis y de las antítesis es flagrante. Estamos en pleno manierismo iusfilosófico.

Pasemos ya a los estudios que, durante el período por nosotros abarcado, se enfrentan, matizándolo positiva o negativamente, con el pensamiento de Kelsen. Por ser quizá el primer estudio de una cierta entidad en lengua francesa nos referiremos primeramente al del profesor de Lyon, Jacques Prévault, *La doctrine juridique de Kelsen* (7). Este autor se encuentra todavía en la necesidad de justificar su preocupación por Kelsen. Su estudio encierra además un carácter expositivo, casi propedéutico. Todo ello quizá al socaire de la propia actualidad que Kelsen ha adquirido en el ámbito francés: el 7 de noviembre de 1963 recibió el título de doctor *honoris causa* por la Universidad de París.

En dicho ámbito, sin embargo, presenta la «actualidad» de Kelsen muchas limitaciones. Las obras de los años 20—clave, por lo demás—coincidieron con el florecimiento de Duguit, de Hauriou, de Carré de Malberg. Por ello Kelsen ha sido siempre en ese contexto un contrapunto. El esquema de Prévault no puede prescindir por ello de estos moldes. Procede primeramente a un análisis de la doctrina kelseniana, en la que distingue un «aspecto negativo» y un «aspecto positivo». En lo negativo, insistiendo en la raíz kantiana, se llega, por exigencias metodológicas, al postulado de la separación entre Derecho y moral, a excluir toda metafísica y a la eliminación en la teoría del Derecho de toda consideración sociológica o ideológica.

Al abordar los aspectos «positivos» de la doctrina cree, lo que ya es un tópico, que más adelante veremos confirmado o negado según los casos, que Kelsen sufre más la influencia de los neokantianos de Marburgo que de Kant mismo. De otra parte estamos ante un kantismo objeto de discriminación: el imperativo categórico no existe en las ciencias jurídicas, en las que aquél no puede ser más que hipotético y heterónimo.

La exposición de la teoría pura (págs. 22 y sigs.) no va más allá de una consideración de los temas capitales de la misma, sin mayores profun-

(7) Fascículo 27 de los *Annales de l'Université de Lyon*, Sirey, París, 1965, 67 págs.

dizaciones ni contrastes, sin advertir equivocidad en la terminología. Estamos casi ante una escueta información, coherente con la expresión kelseniana: «La teoría pura del Derecho no es sino una geometría de las ciencias jurídicas». Pero esa «geometría» no carece de una «filosofía», de la que se describen tres rasgos esenciales: positivismo, objetivismo, monismo. El autor hace coincidir positivismo con negación del Derecho natural. El objetivismo dimana de considerar en el Derecho tan sólo su estructura normativa. Por último, frente a «todas las demás» filosofías del Derecho, que admiten el dualismo «orden ideal-orden real», en la teoría pura estamos ante la unidad irreductible del Derecho: éste es sólo positivo, creado por hombres.

Cuando Prévault procede a un examen crítico (págs. 34 y sigs.) recoge las objeciones habituales a la teoría pura. De un lado, su carácter abstracto (matizado por una afirmación tan banal como: «ce caractère abstrait est un peu le propre des philosophies allemandes»). De otro, «carencia de solidez», que proviene, ante todo, del carácter hipotético de la norma fundamental. Es indudablemente cierto que, desde este punto de vista, la teoría kelseniana no está por ello en condiciones de inferioridad respecto a los diversos iusnaturalismos: éstos no pueden justificar, a no ser condicionalmente, la obediencia a la ley. Pero aquí nos hallamos, como afirma atinadamente Prévault, en dos planos diversos: en Santo Tomás, por ejemplo, Dios es el último punto de referencia, pero su existencia, no su mera admisión como hipótesis, se demuestra racionalmente. Un segundo argumento de la crítica a la teoría kelseniana gira en torno al concepto de eficacia de la norma, que parece identificarse con el de fuerza. Como este concepto ha sido reelaborado recientemente por el mismo Kelsen, con ocasión de una polémica a la que posteriormente nos referimos, dejamos el tema para entonces. Una tercera objeción es más esotérica: el carácter irreal de la teoría. Efectivamente, cabe hablar, y hoy cada vez se deja oír más voces en este sentido, de la diferencia existente entre mentalidad científica y mentalidad jurídica. El jurista no puede vivir de espaldas a los hechos. Pero aquí nos parece ir la objeción demasiado lejos. Kelsen ha hablado—veremos en qué sentido—de la ciencia del Derecho como estudio de los comportamientos efectivos. En cualquier caso el balance es desolador, después de este excursus por las deficiencias: «La philosophie kelsénienne est pauvre» (pág. 47). Villey, en la misma área cultural, había dicho más atrevidamente, años atrás, que es fruto de rutina y de incultura.

Prévault va no obstante más allá cuando trata del ateísmo de Kelsen como condicionante de su teoría. Efectivamente, él ha adoptado en algu-

na ocasión la crítica a la religión en los mismos términos que Feuerbach. De Kelsen se afirma en este libro que no sólo ataca con violencia la idea de Dios, sino también la doctrina cristiana. Que esta postura mantiene hoy su vigencia es algo que comprobaremos al enfrentarnos con la respuesta de Kelsen a Vonlanthen. Señalemos, sin embargo, antes de concluir, el tono de «liquidación» del positivismo que adopta el libro en sus últimas páginas, en el tono de la reacción inmediata a la guerra. Hoy, tal «happy end» se ha tornado más difícil. Es de por sí significativo que el retorno del interés por Kelsen, aunque problemático, coincide con una postura crítica ante una restauración que, en ocasiones, no fue objeto de decantación.

Acabamos de referirnos líneas arriba a la réplica de Kelsen al libro de Albert Vonlanthen, *Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm* (8). Más que alinearlo en la crítica al neokantismo kelseniano, ya iniciada tempranamente por Erich Kaufmann, F. Sander o S. Marck, habría que hacerlo, aunque con mayor nivel, en la que parte de una filosofía material del Derecho (p. ej., L. M. Schaller, *Der Rechtsformalismus Kelsens und die thomistische Rechtsphilosophie*, 1949). De todas formas se centra en un punto crucial: la concepción de la norma. Tras una exposición (págs. 19 y sigs.) y una crítica (págs. 41 y sigs.) de la misma, el libro concluye con lo que realmente constituye su núcleo: el principio de no derivabilidad del «deber ser» a partir del «ser» (páginas 60 y sigs.).

El punto de partida sin embargo, es el de las «identificaciones fundamentales» que se dan en la teoría pura: la imputación en cuanto relación entre consecuencia jurídica y condición jurídica (Vonlanthen, no obstante, como hará notar Kelsen, utiliza «imputación»—*Zurechnungsfähigkeit*—, en sentido diverso a la *Zurechnung* kelseniana); la identificación de deber, Derecho subjetivo, persona jurídica con la norma, que cristaliza lógicamente en la identificación por antonomasia entre Estado y Derecho. La crítica se hace radical al considerar, como corolario de esta cadena de identificaciones, la establecida entre lo justo y lo injusto: lo injusto puede convertirse, en una teoría formal, en una mera condición de la consecuencia jurídica prevista por la norma. Derecho es así lo legal, no lo justo.

Todas estas identificaciones centradas en el eje de la norma, hacen de ésta un «monstruo sagrado». No obstante, la primera limitación en

(8) Duncker & Humblodt, Berlin, 1965 (*Schriften zur Rechtstheorie*, Heft 6), 92 págs.

el intento de comprender de Vonlanthen—si es que éste se da en el libro— se contiene ya en las primeras líneas, al identificarse, en un pasaje clave, *Rechtssatz* y *Rechtsnorm* (pág. 19). Norma, en sentido pleno, significa para Kelsen que un hombre ha de comportarse de un modo determinado. Que tal «deber ser» no puede reposar sobre sí mismo, es obvio. El evitar la aporía lleva a plantearse el tema metafísico. En Kelsen, sin embargo, desembocamos en el «deber ser» fundamental, de carácter hipotético. Con ello, nos mantenemos siempre en el plano lógico. Desde fuera de él se puede argüir que toda norma es un acto de voluntad. Vonlanthen comete sin embargo, en esta primera descripción de la norma en sentido kelseniano, el error de no tener en cuenta todas las afirmaciones al respecto. Kelsen, en aras de acentuar el carácter objetivo del «deber ser» incorporado en la norma, ha distinguido en la segunda edición de *Reine Rechtslehre* entre norma jurídica y proposición normativa; de otra parte, ha aclarado algunos puntos de su concepción en su contribución a la *Festschrift für Nipperdey*, a la que nos referiremos inmediatamente. Vonlanthen, sin embargo, minimiza esta distinción (páginas 24 y sigs.) y desconoce tal artículo. Afirmar, sin matices, que la esencia de la norma consiste en un «deber ser» vacío de contenido moral, puramente formal y emplazado únicamente en el ámbito lógico, y además hacer de ella una condición a la que se vincula un acto de coacción estatal, significa constituir a aquel «deber ser» en género de la definición de la norma, mientras que esta coacción estatal sería la diferencia específica de la misma. De ahí se deduce que la «pureza» lógica del «deber ser» desemboca en última instancia en el acto coactivo como garantía.

La validez de toda norma se remonta en la teoría pura a la norma fundamental. El análisis de Vonlanthen (págs. 30 y sigs.) va, en este punto, más allá de los puntos de vista habituales. Precisamente es en este tema donde se ponen de manifiesto las dificultades inherentes a la rigidez metodológica que supone la distinción entre «ser» y «deber ser». Consecuente con ello, se halla la distinción entre validez y eficacia de la norma, que no consiente en ser llevada hasta sus últimas consecuencias: la validez depende en última instancia de una cierta efectividad. Por lo demás, Kelsen no puede desentenderse del tema del fundamento de la obligatoriedad de las normas. No obstante, no hay que perder de vista que la norma fundamental legitima actos constitutivos de la norma, pero no su contenido. Aun con ello no se garantiza la coherencia: según Kelsen, se ha de obedecer la constitución históricamente existente y las normas efectivas promulgadas de acuerdo con dicha constitución. Vonlanthen ve aquí, y sin duda razonablemente, una relación de causalidad

entre constitución histórica y normas configuradas conforme a ella. La única modificación posible a esa consecuencia es mantenerse en el plano lógico. Pero evidentemente, al menos por lo que hace a dicha afirmación, estamos ante un ambigüedad del término «norma fundamental», que parece oscilar entre presupuesto lógico y hecho histórico. Todo ello parece que deriva, en última instancia, del peculiar concepto de «fin» en la teoría pura. Este se entiende en toda ella como «efecto»: la relación medio-fin equivale aquí, y siempre en el plano lógico, a la de causa-efecto. Fuera de él se emplaza, sin embargo, el ataque de Vonlanthen, mantenedor de la virtualidad de la teleología en la determinación de la esencia del Derecho (págs. 39 y sigs.). Precisamente, de esa actitud filosófica, que Kelsen motejaría de ideología, de teología, parte la crítica a la concepción kelseniana de la norma (págs. 40-59), que encuentra su motor en la integración del «deber ser» en el «ser» (páginas 60-92).

El primer punto objeto de crítica es, necesariamente, el relativismo. Aquí, no obstante, nos parece desatinada la actitud de Vonlanthen, puesto que no es válida una crítica del relativismo a partir de una postura iusnaturalista. El iusnaturalismo puede alcanzar a los presupuestos de aquél, pero no interpretar diversamente los propósitos del relativismo, ya que éste se halla vinculado a una «racionalidad» y a una «experiencia» diametralmente opuesta. Que el iusnaturalismo se mantiene en una línea de racionalidad y experiencia es obvio, ya que está anclado en la clásica «filosofía práctica». Pero esa es otra cuestión, a la que no se ha de hacer aquí más que una alusión: la del carácter racional de los criterios para la acción.

Más resolutivamente afirma Vonlanthen que el «deber ser no constituye la esencia de la norma» (pág. 49), en cuanto que no puede equipararse a la coacción: el «deber ser» dimana de un fin propuesto de antemano. Se insiste, pues, en la tesis tradicional de que la coacción no es elemento constitutivo del Derecho. Para ello encuentra el respaldo de Aristóteles y Santo Tomás, así como de sus comentaristas modernos, como Gredt, Cathrein, Rommen, Manser, Utz. El mismo aparato bibliográfico es aducido al adoptar una posición equidistante del intelectualismo y del voluntarismo (cfr. cita de Suárez, en pág. 55, nota), así como al utilizar las categorías trascendentales de creación y voluntad divina. Pero precisamente a este flanco acudirá Kelsen en su crítica, por considerarlo el más vulnerable.

No en vano concluye el libro con el tema de la no derivabilidad del «deber ser» a partir del «ser»: Para el crítico de tal principio no será

este sino una consecuencia de la separación positivista entre Derecho y moral, así como la característica prevalente del formalismo jurídico. Todas estas imputaciones se ponen de manifiesto en el análisis del contenido de tal «deber ser»: hipótesis a la que se vincula una determinada consecuencia. Frente a esto ha de afirmarse que las instituciones jurídicas no son creaciones del ordenamiento positivo, sino que poseen existencia previa, encierran en sí un contenido normativo. Se admite, pues, una concepción ontológica de la «naturaleza de las cosas» (página 73). Todo ello tiene como presupuesto la teoría tomista del conocimiento moral (págs. 77 y sigs.): el «deber ser» encuentra un fundamento más sólido en el espíritu humano que en el imperativo categórico kantiano o en el Derecho legal kelseniano, puesto que hunde sus raíces en la voluntad e inteligencia humanas, y no es exterior a ellas. Estamos, pues, en las antípodas de la concepción criticada.

El lenguaje del libro que acabamos de comentar es muy propenso a la ironía e incluso a la mordacidad. De ahí, tal vez, la contundencia de la respuesta de Kelsen (9). Por supuesto que no debe rechazarse sin más la teoría pura por el hecho de no hallarse en la tradición de la *philosophia perennis*. Lo que resulta más problemático es reducir, como hace Kelsen, tal filosofía a cuestión de fe (pág. 233). Es cierto que él admite un valor jurídico (cfr. *Keine Rechtslehre*, 2.^a ed., pág. 67), distinto del valor moral, pero, por ello, de contenido enigmático: estamos, al menos, ante una ambigüedad terminológica.

Significativa es la reacción ante su pretendida equiparación de lo justo y lo injusto. Lo injusto (delito) es la condición de una consecuencia, pero no una norma, esto es, lo que propiamente constituye Derecho—lo justo—para Kelsen. La puntualización es oportuna, pero no inválida, ni mucho menos, la necesidad de ir más allá de la estructura lógica de la norma y preguntarse legítimamente por su contenido. Pero el terror al iusnaturalismo en este punto se hace otra vez patente: la teoría pura del Derecho «ignora «el» Derecho natural y se limita a ser una teoría del Derecho positivo» (pág. 239).

Drástica es la repulsa de las afirmaciones de Vonlanthen sobre la norma fundamental (págs. 241 y sigs.). En primer término niega ser el creador de la misma, ya que antes que él fue formulada por Walter Jellinek. La norma fundamental es el supuesto que determina el sentido del acto de voluntad que impone una constitución. Su contenido es tan

(9) «Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie? Antwort auf: Dr. Albert Vonlanthen, Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 16 (1966), 233-255.

sólo: «Debe uno comportarse como prescribe la constitución». Se trata del sentido de un acto de voluntad. De esta forma Kelsen no hace sino insistir en un punto de divergencia con lo asentado en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* respecto del carácter puramente *mental* de dicha norma. Tal divergencia está muy desarrollada en su artículo *Zum Begriff der Norm* (10): ningún deber ser puede darse al margen de un querer, aunque éste sea, como en el caso de la norma fundamental, fingido. De otra parte, aunque se admita este querer, no ha de confundirse con uno concreto, de origen divino (paralelismo sarcásticamente propuesto por Vonlanthen). La norma fundamental no tiene nada que ver con una teología del Derecho (pág. 243). Se trata simplemente de una *transzendentallogische Bedingung*.

Encierra asimismo especial interés la matización de Kelsen sobre la relación entre validez y efectividad. No se trata de que la norma adquiera validez en cuanto es efectiva, sino de que «puede perder» tal validez si no es efectiva: la validez es anterior a la efectividad (pág. 245). Precisiones terminológicas sobre el deber jurídico (págs. 246 y sigs.) y el

(10) *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Hrg von Rolf DIETZ und Heinz HÜBNER, tomo I, Beck Verlag, Munich-Berlín, 1965 págs. 57-70. En este artículo señala Kelsen que la ciencia del Derecho se limita a describir normas que ella no crea, sino que le vienen dadas (pág. 58), de ahí que el tema clave de tal ciencia sea el de la relación entre *Soll-Geltung* y *Seins-Wirksamkeit*. En cualquier caso, el *Sollen* que constituye el objeto de la ciencia jurídica es sólo el sentido de un hecho, de un *querer*. Por ello, como realidad de hecho, puede formularse el siguiente principio: «Keine Norm ohne einen normsetzenden Willensakt» (pág. 59). La norma dada no es un concepto (pág. 65, n. 10). Para redondear su pensamiento y presuponer, incluso en la norma fundamental, una voluntad, aunque fingida, concluye: «Normen, als der Sinn von Willensakten, können der Gegenstand unseres Denkens, unserer Erkenntnis, der Gegenstand einer Wissenschaft —wie Ethik und Rechtswissenschaft— sein. Man kann Normen als Sinngehalte zum Gegenstand der Erkenntnis machen, ohne dabei die Willensakte, deren Sinn sie sind, in Betracht zu ziehen» (pág. 66, n. 11).

Por lo demás, la rectificación de su pensamiento en este punto había ya sido puesta de manifiesto en el Coloquio de Salzburgo de 1963. (Cfr. *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 13 (1964), págs. 119 y sig.: «Ich habe in meinen früheren Schriften von Normen gesprochen, die nicht der Sinn von Willensakten sind. Meine ganze Lehre von der Grundnorm habe ich dargestellt als eine Norm, die nicht der Sinn eines Willensaktes ist, sondern die im Denken vorausgesetzt ist. Nun muss ich Ihnen leider gestehen, meine Herren, dass ich diese Lehre nicht mehr aufrechterhalten kann, dass ich diese Lehre aufgeben musste... in der Erkenntnis, dass ein Sollen das Korrelat eines Wollens sein muss. Meine Grundnorm ist eine *fiktive* Norm, die einen *fiktiven* Willensakt voraussetzt, der diese Norm setzt».)

Derecho subjetivo (págs. 257 y sigs.) ponen sin duda de manifiesto las extrapolaciones de Vonlanthen, pero no las limitaciones inherentes al proceso identificador de categorías fundamentales del Derecho en Kelsen. En cambio, son de aceptar las afinidades que sobre el «deber ser» como contenido específico de la norma se encuentran tanto en Vonlanthen como en Kelsen. Falta, sin embargo, delimitar el alcance de tal «deber ser»; lo que aquél no ha hecho, al remitirse, sin precisión, a la moral, a la *sittliche Nötigung* (cfr. pág. 52).

Distinto carácter presenta la obra de Karl Leiminger, *Die Problematik der Reinen Rechtslehre* (11). Se trata del punto de vista de un jurista práctico, quien se pregunta, sin embargo, por el significado profundo de la teoría pura, a fin de encontrar en ella una mayor vinculación con la praxis. El estudio es de tanto mayor interés cuanto que precisamente se le ha negado a Kelsen el influjo que, contemporáneamente a sus formulaciones, ejercían sobre los tribunales de justicia de algunas latitudes las sugerencias de la «escuela del Derecho libre». El estudio, que ahora comentamos, consta de tres partes. Una primera, bajo el epígrafe «Los padres de la teoría pura», aborda el tema de los influjos detectables en Kelsen. La segunda se ocupa de los diversos significados del «deber ser». Se concluye con una trilogía, en la que se evidencia una peculiar finura exegética: «proposición normativa, norma e interpretación».

El *status quaestionis* de la bibliografía sobre Kelsen queda diáfana-mente recensionado en páginas 3-8. No obstante, con afán de claridad, quiere distinguir lo que hay de positivismo y lo que hay de neokantismo en Kelsen. Positivismo jurídico significa aquí teoría del Derecho. El positivismo como método exige limitar la ciencia a lo constatable por los sentidos, es decir, a lo individual: en él toda definición es nominal. Tal es el caso de la definición del Derecho como «sistema de normas». No estamos ante una definición real, sino ante la descripción de un proceso creativo de normas. De otra parte, las normas son lo «dado», de las que no cabe más que «descripción». Consecuentemente, el «deber ser» encierra sólo carácter descriptivo. Pero, además, no se trata de describir «éste» o «aquel» Derecho, sino «todo» Derecho. He aquí la problemática que lo «dado» ostenta en la teoría pura, ya que está determinado paradójicamente por una obsoleta relación de causalidad, si bien de carácter hipotético; las normas regulan comportamientos humanos a los que aquéllas vinculan, conforme a la «categoría de la causalidad», determinados

(11) Springer Verlag, Viena-Nueva York, 1967 (*Forschungen aus Staat und Recht*, Band 3), 102 págs.

efectos. En ese sentido se puede decir que, implícitamente, el pensamiento kelseniano está regido por la idea de la causalidad mecánica. De hecho Kelsen señala que los hombres se comportan «como determinados por sus instintos» y que, incluso, no puede negarse la «determinabilidad objetiva de la voluntad conforme a las leyes de la causalidad» (*Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., págs. 410 y 99). El «deber ser» es, pues, en tal contexto, cópula que enlaza inexorablemente hecho y sanción.

El balance del neokantismo kelseniano es más problemático. Sin duda, la dirección de Marburgo, con su preocupación por el carácter ejemplar del método de las ciencias naturales, se aproxima a veces a posturas positivistas. Kelsen ha reconocido el influjo que sobre él ejerció la *Ética de la voluntad pura*, de Hermann Cohen, quien a su vez, como apunta Leiminger (págs. 23 y sigs.) se remite a Johan Friedrich Herbart, sucesor de Kant en Königsberg, y protagonista de la impronta radical que, desde entonces, acompaña a la distinción metodológica entre «ser» y «deber ser». Para Kant es, todavía, el «deber ser» una «norma moral»—de ahí su validez—, mientras que para Kelsen es sólo norma legal, cuyo cumplimiento efectivo se ubica en el mundo del «ser».

Pero, además, el tema de la «validez» no deja de encerrar, en Kelsen, una contradicción. Si ésta es la existencia específica de la norma, no puede ser, en cuanto tal, un «deber ser», sino un «ser». La norma exige un «ser», es siempre, dentro de las coordenadas de Kelsen, «positiva». Precisamente esta confusión entre dogmática jurídica y realidad de hecho explica las perplejidades que crea la norma hipotética fundamental. En conclusión, el «deber ser» kelseniano no es el kantiano, no es «deber ser» algo—moral, por tanto—, es simple forma mental, cópula lógica. Leiminger es tajante: Kelsen, con los de Marburgo, olvida el *homo noumenon*, haciendo desaparecer con ello la ética. Los conceptos de Kant se conservan en Kelsen como simples nombres (pág. 33).

Un último ejemplo evidencia el alcance de esta afirmación: el sentido de lo «hipotético». Para Kant un imperativo es categórico cuando ordena una acción en función de sí misma, siendo por el contrario hipotético cuando lo hace en cuanto que es medio para un fin. En este sentido, el imperativo jurídico es sólo hipotético. Pero en Kelsen el término «hipotético» alcanza un sentido diverso: que en un ordenamiento jurídico objeto de conocimiento jurídico, bajo determinadas condiciones en él previstas, se producen determinados efectos igualmente previstos. La proposición normativa es, así, *doblemente* hipotética: *bajo la condición* del hecho contemplado se sigue la sanción, *bajo la condición* de que ésta se imponga.

La segunda parte del libro se ocupa de la equivocidad que embarga al «deber ser» kelseniano (págs. 49 y sigs.). «Deber ser», norma, deber jurídico e imputación son nombres intercambiables. Pero ante tal intercambiabilidad se pregunta uno lógicamente si en la «proposición normativa» el «deber ser» actúa ya como sujeto, ya como cópula o ya como predicado. Parece que estamos ante la tercera actitud, si bien con una matización muy concreta: al final del proceso, la conducta imperada por una norma no es la debida; debida es tan sólo la sanción (cfr. *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., pág. 26). Sin embargo, la dinámica del «deber ser» kelseniano va más allá. Consecuentemente con lo anterior, la infracción sería la condición del Derecho, en cuanto que pone en marcha la sanción. Y esta sanción no es, en última instancia, sino un acto coactivo que «debe ser». Leiminger apura el análisis, quizá incluso con exceso, hasta encontrar dieciocho significados diversos del «deber ser» en la teoría pura. Su equivocidad es, en cualquier caso, evidente.

La conexión entre la teoría pura y la praxis jurídica ocupa, como hemos dicho, la última parte del libro que comentamos (págs. 67 y siguientes). Se parte de la descripción ya conocida entre «norma» y «proposición normativa». Puede objetarse, sin embargo, que si la «descripción» de la norma no encierra una valoración, es difícil dar un contenido a los términos de la distinción kelseniana. Efectivamente, Kelsen, que se formula a sí mismo esta objeción, no puede ir más allá de constatar que la «proposición normativa» describe la *estructura* de la norma. Mas la estructura de la «proposición normativa» y de la «norma» son idénticas, coinciden. Precisamente esta coincidencia es la que lleva, incluso en el orden lógico, a equiparar toda interpretación de un principio normativo con su aplicación, no con la determinación de su contenido: en sentido estricto no hay para Kelsen jurisprudencia, ya que ésta es siempre creadora. Kelsen excluye la posibilidad de este conocimiento jurídico. No obstante creemos que en este punto va Leiminger demasiado lejos cuando interpreta que la aplicación del Derecho en Kelsen se reduce a mero acto de voluntad. Paralelamente a lo que ocurre con la norma general a aplicar, ésta se mantiene en el plano del «sentido» de un acto de voluntad, sin quedar reducida por ello a mera facticidad. Falta, no obstante, por resolver, el tema de los contenidos. Kelsen habla, a este respecto, de un «cuadro», como ámbito predeterminado de posibilidades de aplicación, pero al excluir toda posible determinación de contenidos de la norma, el sentido de tal acto individual se torna problemático. Se desconoce aquí la dialéctica—fundamental en el pensamiento jurídico—entre lo abstracto y lo concreto, entre lo general y lo individual. Un nomina-

lismo previo lleva a negar que en la norma se da, ante todo, un concepto, con un *contenido* a determinar: en esto consiste propiamente la tarea interpretativa.

Kelsen, sin embargo, se erige, en relación con este libro, en celoso exegeta de su propia obra, con la que no permite experiencias como la de Leiminger. Su larga y minuciosa crítica a este autor (12) pone todo ello de manifiesto, incluso en exceso. Por eso debemos aquí referirnos tan sólo a algunos de los 78 (!) puntos de controversia, por él constatados.

Parece débil la defensa que hace de la acusación de ser determinista (págs. 146 y sigs., 158 y sig.). En página 95 de *Reine Rechtslehre* (segunda edición) se afirma que «el hombre, en cuanto parte de la naturaleza, no es libre». Que en página 102 se lea que «el hombre es libre, porque... su comportamiento es el punto final de imputación», apenas amortigua el cariz de lo dicho anteriormente, que nosotros estimamos formulado en un contexto de realidad, mientras que la segunda afirmación encierra carácter lógico, propio de la proposición normativa (13). Tampoco es muy concluyente, una vez más, el paso que se produce del «ser» al «deber ser» desde el momento en que la efectividad se convierte en condición de la validez de la norma (pág. 150). El mismo defecto parece encontrarse en la cuestión de la presencia de un contenido valorativo en la sanción (págs. 162 y sigs.). Para Kelsen una norma objetiva válida que establece un determinado comportamiento, constituye un valor positivo o negativo. El juicio según el cual un comportamiento es tal como viene determinado por una norma válida es un juicio positivo de valor, y, en el caso contrario, es un juicio negativo de valor. A su vez, la conducta correspondiente a una norma es «buena» y la contraria es «mala». El entrecomillado, que utiliza el mismo Kelsen, señala en qué determinado sentido se habla aquí de valor: valor o disvalor que encierra la conformidad o disconformidad entre hipótesis normativa y sanción. Leiminger señala con razón que, de acuerdo con ese nominalismo de base, se equiparan, en su contenido, bien y mal, entendidos éstos—creemos por nuestra parte—en sentido ontológico. Es significativo, sin embargo, que Kelsen mantenga una y otra vez, y con razón, que él no ha tratado nunca de definir el «deber ser», ya que lo estima indefinible.

El tono airado de las puntualizaciones de Kelsen (cfr., por ejemplo,

(12) «Die Problematik der Reinen Rechtslehre», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 18 (1968), 143-184.

(13) El mismo parece dar pábulo a nuestra afirmación: «Ich leugne in der Tat nicht die *Existenz* eines menschlichen Willens, sondern anerkenne nur—in einer bestimmten Hinsicht—seine kausale Gebundenheit» (pág. 147).

páginas 174 y 184) se torna cerril en el tema de la aplicación del Derecho (págs. 180 y sigs.), ya que no atiende, en ningún momento, a las razones del contrario, sino que sólo protege celosamente la integridad y coherencia de su teoría. Cuando Leiminger pretende distinguir entre interpretación y jurisprudencia está aludiendo en definitiva, aunque no de una manera clara, a concepciones actuales de la jurisprudencia continental, que se aproximan a soluciones de *common sense*. Para Kelsen, sin embargo, no puede haber más jurisprudencia que la interpretativa. Lo que, entre otras cosas, se halla en disconformidad con la misma praxis jurídica. La jurisprudencia es algo más que simple descripción.

En la misma colección, pero un año más tarde, ha aparecido el libro de Raimund Hauser, *Norm, Recht und Staat. Ueberlegungen zu Hans Kelsens Theorie der Reinen Rechtslehre* (14). El propósito parece acertado: encontrar la alternativa dentro del mismo sistema. De ahí que se mantenga siempre en la línea de la teoría del Derecho, no en la de la filosofía jurídica. El nervio del análisis lo constituye la distinción entre estática y dinámica jurídicas. Dos cuestiones previas abren paso a tal consideración central: el concepto de «pureza metodológica» y el de «norma».

Por lo que respecta a la norma, yendo más allá de lo meramente expositivo, nos parece especialmente atinado señalar que entre el imperativo y la sanción existe una relación no estrictamente formal, sino más bien funcional. En Kelsen, incluso sanción es equivalente a deber ser, en sentido último. Hauser señala, sin embargo (págs. 10 y sigs.), que en Kelsen la relación funcional entre normas queda relegada al ámbito de un cuadro de delegaciones, mientras que no acomete la cuestión de los distintos contenidos funcionales de las normas, ya que no todas establecen una sanción, pues unas crean conceptos jurídicos o señalan puntos de imputación, mientras que otras distribuyen competencias. Esta relación horizontal de las normas no ha sido considerada por la teoría pura. Pero además se señala el no consecuente paralelismo entre «norma» y «proposición normativa»: ésta, en realidad, describe un concepto de sanción que no corresponde en todo al presupuesto por aquélla. Por lo demás, al hacer caso omiso de los contenidos, no puede explicarse un fenómeno tan trivial en la vida jurídica como la derogación de normas.

Los aspectos estático y dinámico del Derecho se complementan, de manera que no puede darse un tipo de Derecho exclusivamente estático

(14) Springer Verlag, Viena-Nueva York (*Forschungen aus Staat und Recht*, Band 6), 1968, VIII-168 págs.

(derivación silogística a partir de un axioma fundamental, de cuyo contenido puede haber conocimiento inmediato), ni solamente dinámico (constituido por normas de competencia). En Kelsen el núcleo fundamental de la dimensión estática queda reflejado en la teoría de la persona. La «persona» no es sino la imputación de consecuencias reguladas por normas a una unidad personificada. En cuanto creación únicamente normativa, no cabe en tal teoría jurídica el dualismo entre persona física y persona jurídica. El concepto de persona no va más allá de la metáfora. Tal afirmación, sin embargo, encuentra su piedra de escándalo en el tema de la representación. Kelsen admite que, conforme a sus presupuestos, sólo el representante, y no el representado, es punto de imputación. No obstante se ha de tener en cuenta el caso, por lo demás no trivial, de que la representación sea sólo parcial. Otra vez nos encontramos ante la necesidad de diferenciar contenidos, de distinguir, con terminología de Heuser, entre personas primarias y secundarias (págs. 35 y sigs.).

Dentro de la estática del Derecho ocupa un lugar relevante la negación del dualismo conceptual entre Derecho subjetivo y Derecho objetivo. En su discrepancia, señala acertadamente Hauser que el Derecho positivo que estatuye ámbitos de libertad es igualmente norma en sentido propio y no meramente reflejo, como quiere Kelsen (pág. 54). No se puede mantener que el órgano estatal respete la esfera de libertad que garantiza unos derechos, en cuanto que su violación está ligada a una consecuencia de tipo disciplinar. Más bien habrá que señalar que la consecuencia primaria de la norma, que fundamenta tal ámbito de libertad, es precisamente la limitación de la competencia del órgano estatal. La actividad de tipo disciplinar es, ante todo, resultado de una consecuencia jurídica previa determinada por el Derecho positivo.

La configuración dinámica del Derecho en la teoría pura se reduce a la concepción escalonada del orden jurídico. El análisis de Hauser (páginas 59 y sigs.) parte, a este respecto, de la constatación de que no se da en Kelsen una diferenciación material entre las normas: ésta es formal. Las únicas relaciones existentes entre normas se reducen a las de superioridad o inferioridad. De ahí el interés evidente de cuestiones tan básicas en una teoría del Derecho, como conflictos entre normas y derogación, que no son explicadas suficientemente sobre la base de dichos presupuestos. Cuando se trata de normas del mismo rango, vale para Kelsen el principio *lex posterior derogat priori*, independientemente de los contenidos respectivos de las normas derogante y derogada. Si se trata de normas de distinto rango, la cuestión queda reducida a admitir que en ese caso se ha producido un acto defectuoso de creación de normas.

Pero el problema que Kelsen debiera haber abordado, y que es el peliagudo en esta cuestión, podría formularse en estos términos: determinar si el rango de una norma fundamenta su fuerza derogatoria o, por el contrario, la fuerza derogatoria inherente a una norma confiere a ésta su rango. En cualquier caso, lo que no ha de perderse de vista es que un sistema jurídico no puede constar tan sólo de normas de procedimiento, al margen de determinación de contenidos. Precisamente la consideración de éstos es imprescindible para resolver auténticos conflictos de normas, que no derivan tan sólo de procedimiento defectuoso en su creación.

Se ha de resaltar, por lo demás, el énfasis con que Hauser caracteriza la norma fundamental como proposición normativa hipotéticamente formulada, y no como norma (pág. 85). La norma fundamental genera la validez, no la positividad del ordenamiento jurídico. Además, si se considera sólo como un supuesto, es preciso preguntarse por la razón de ser de tal supuesto: de esta forma abocamos al tema de las relaciones entre validez y efectividad. Si se rechaza, como quiere Kelsen, la derivabilidad de valores a partir de la naturaleza, y se ubica el Derecho exclusivamente en el ámbito del «deber ser» lógico, la validez de la norma se torna indefinible. En efecto, se supone un Derecho inviolable, independientemente de si cristaliza en conductas efectivas: estaríamos, paradójicamente, ante un «Derecho natural abstracto». De ahí que Kelsen busque en la efectividad una *condición* de la validez, no su fundamento, ni su factividad. La efectividad consiste, para Kelsen, en el cumplimiento de los deberes estatuidos por las normas. Una vez más tropezamos con la concepción kelseniana de la norma. Hauser aboga, por ello, por un concepto más comprensivo de efectividad: obediencia al Derecho (pág. 96). Pero, además, mientras el fundamento de la validez de una norma se encuentra en la inmediatamente superior, y en última instancia en un supuesto, el fundamento de la efectividad se encuentra en la norma inmediatamente inferior; en última instancia, en la ejecución de lo ordenado. Se puede, pues, contraponer al orden escalonado de los fundamentos de la validez el orden escalonado de la efectividad.

Ante estas consideraciones resulta problemática la solución entrevistada por la teoría pura: si se opera con la efectividad, aunque sea a título de condición, ha de contarse con su relación a una norma *positiva*, lo que pone en entredicho la necesidad de la norma fundamental, que, como sabemos, no reviste ese carácter. Si la efectividad es condición, se trata entonces de una concreción de la norma fundamental, que ya no será entonces una norma necesaria, sino tan sólo posible: la que encierra tal contenido frente a otro igualmente posible. De ahí que Hauser se

incline a considerar la efectividad como la consecuencia necesaria de la validez (pág. 102). Todo lo válido es efectivo, dentro de ciertos límites; pero no todo lo efectivo es válido.

La consideración dinámica del Derecho alcanza su cúspide en la equiparación del Derecho y del Estado (cfr. págs. 106 y sigs.). Habría que puntualizar, sin embargo, la posición kelseniana: Estado y ordenamiento jurídico no son sinónimos, antes bien, aquél es un ordenamiento cualificado. Pero, más allá de esta precisión, habrá que preguntarse por la fundamentación jurídica del origen lógico del ordenamiento. En Kelsen se obvia el tema en cuanto que realmente no se formula sino una «teoría del Estado al margen del hombre» (pág. 114). Pero no ha de tomarse la calificación al pie de la letra. Después de considerar matizadamente los ámbitos temporal y personal de validez de las normas, Hauser se plantea la cuestión clave de la finalidad de lo jurídico en Kelsen (páginas 130 y sigs.). Para éste, el ámbito objetivo regulable por el Estado es la conducta humana, en cualquier dimensión que la consideremos (confróntese *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., págs. 14 y sigs.), pero, al mismo tiempo, «el hombre no está sometido, en la totalidad de su existencia espiritual y corporal, al Estado, ya que el orden estatal alcanza sólo a determinadas zonas de su comportamiento» (*Allgemeine Staatslehre*, 1925, pág. 151). Kelsen no determina, sin embargo, de una parte, los contenidos y límites que especifiquen esas afirmaciones; de otra, es conocida su enemiga a la teoría del «espacio desprovisto de Derecho», del «no-Derecho»: todo comportamiento no prohibido por el Derecho está permitido por él. Con ello, y por el prurito de admitir el carácter lógicamente cerrado del ordenamiento jurídico, se evade Kelsen de la dificultad inherente a este problema; hoy actualizado en la confrontación, un tanto artificial, entre «ordenamientos axiomáticos» y «ordenamientos retóricos» (recuérdese la terminología de Josef Esser).

Tras una consideración detallada de la relación existente entre Derecho estatal y Derecho internacional (págs. 143 y sigs.), concluye Hauser admitiendo, a pesar de sus limitaciones, la importancia de la teoría pura, siempre que no se la tome por una filosofía del Derecho. Al margen queda la crítica del dualismo neokantiano, que Hauser estima fructífero en relación al estudio del Derecho positivo. Personalmente, sin embargo, creemos que este punto de vista metodológico no puede arrogarse el carácter de exclusivo al tratar científicamente de tal Derecho. Por supuesto que no se ha de poner en boca de Kelsen lo que éste no ha dicho: el libro que comentamos nos parece, en este sentido, ejemplar. Conocemos asimismo el talón de Aquiles de la teoría kelseniana: ésta no valora,

sino que analiza la validez de una norma en un contexto lógico. De ahí que no conozca lo «injusto», sino tan sólo aquello que es condición para que se produzca o no una consecuencia jurídica. «La teoría pura del Derecho conoce sólo la relación existente entre un «ser» condicionante y un «deber ser» condicionado» (pág. 160). Pero nosotros afirmamos que es posible, además, una teoría del Derecho que tenga en cuenta los contenidos normativos. Ello no supone, sin más, introducirse en el campo minado de las ideologías.

Aunque las ideas expresadas por su autor, René Marcic, en *Verfassungsgerichtbarkeit und Reine Rechtslehre* (15) se retrotraen a años anteriores, adquieren aquí sin embargo una concreción y síntesis, a las que acompaña la brillantez; una brillantez que, a veces, se prefiere a la exactitud. Se trata, pues, de afirmar el paralelismo presunto entre teoría pura del Derecho y Derecho natural tomista. Equiparación, por lo demás, que ha sido aceptada con reservas por el mismo Kelsen (16). Un cosmos lógico y un cosmos ontológico se dan la mano.

Arranca Marcic de la consideración del «sentido» de la teoría pura, utilizando así un término caro a Kelsen. El le da un significado clásico: el contenido espiritual, tanto objetivo como subjetivo, y el fin al que se dirige la teoría. El sentido subjetivo de la teoría pura reside en abordar lo «jurídico del Derecho» (pág. 16). El Derecho es, en este caso, el Derecho positivo, el Derecho que encontramos en la experiencia; lo jurídico es la luz a la que se contempla aquél, lo presupuesto: la norma fundamental. Si ambos términos se ponen en relación, respectivamente, con los que la escolástica clásica denomina objetos formales *quod* y *quo*, nos encontramos con el primer paralelismo. Pero ni el Derecho que contemplan Aristóteles y Tomás de Aquino es exclusivamente el Derecho positivo, ni el método significa en ellos partir de la distinción radical entre «ser» y deber «ser». Creemos que el que Kelsen se aferre, por pru-

(15) Verlag Franz Deuticke, Viena, 1966, 99 págs. La primera formulación de esas ideas en gran formato se contiene en *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat* (1957).

(16) Cfr. KELSEN, Hans, «Professor Marcics Theorie der Verfassungsgerichtbarkeit», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 15 (1965), 270-273. Se trata de un comentario al libro de R. MARCIC, *Verfassung und Verfassungsgericht* (1963), que él alaba «weil es zeigt, dass man —wie Professor Marcic— von einem katholisch-naturrechtlichen Standpunkt aus zu rechtstheoretischen Einsichten gelangen kann, die mit denen von mir vertretenen, von metaphysischen und insbesondere naturrechtlichen Voraussetzungen völlig unabhängigen Reinen Rechtslehre zwar keineswegs gleich, aber doch in wesentlichen Beziehungen nicht sehr verschieden sind und sie in mancher Hinsicht trefflich ergänzen» (pág. 270).

rito científico, a lo normativo, en una época en que se niega carácter científico a la aproximación normativa a la realidad, no es motivo para incluirlo sin paliativos en el campo de los clásicos. Marcic, sin embargo, intenta hacernos convencer de lo contrario: la teoría clásica parte de la experiencia; además, la norma básica no es sólo sentido subjetivo que da razón de ser de toda norma, sino que es, asimismo, su sentido objetivo: aquí estaría su semejanza, recalcada por Kelsen, con el Derecho natural. Siguiendo con el paralelismo, que como tal hace imposible el encuentro de las realidades paralelas: la norma fundamental es un *primum* lógico-trascendental que, en cuanto tal, parece excluir la posibilidad de un *primum* ontológico-trascendental. Sin embargo, el carácter excluyente de la norma fundamental es aparente, ya que en ella se detecta un contenido: «se debe uno comportar de acuerdo con lo que la constitución prescribe». Para Marcic tal contenido es equivalente al del principio moral tomista *bonum est faciendum, malum vitandum* (pág. 25). Con ello nos parece que lejos de ser convincente parece más bien dar la razón a quienes ven en éste y otros principios de la ética clásica no otra cosa sino *Leerformeln* (principios puramente formales). Nuestro autor, sin embargo, considera tan preñada de contenido la norma fundamental como el primer principio de la razón práctica. Estamos ante una desfiguración de Kelsen.

Pero aún se va más lejos en la confrontación. La norma fundamental no sólo no carece de contenido, sino que incluye criterios valorativos: mantener la primacía de la forma es, en sí, algo valioso, ya que, en última instancia, el *cómo* garantiza el *qué*. Rizando el rizo: un buen contenido en una mala forma es peor que un mal contenido en una buena forma. La cuestión jurídica por excelencia es la de forma, no la de los contenidos (pág. 28). De esta forma Marcic se pasa con armas y bagajes al enemigo, puesto que entiende en este contexto—no así en otros pasajes del libro—el concepto de «forma» en sentido kelseniano, no exento de cierta raigambre kantiana, y no como constitutivo ontológico del ser.

Marcic ve la intención de la teoría pura precisamente en la criticada identificación entre Derecho y Estado. Precisamente en esta identificación se contiene una premisa valorativa de primera magnitud: el carácter obvio del pleonasma «Estado de Derecho» (pág. 31). El Estado de Derecho, en su aspecto formal, es el sentido de la teoría pura.

Pero hasta ahora nos hemos movido en paralelismos ubicados en el llamado «sentido subjetivo» de la teoría pura. Más puntos de contacto se aducen con relación al «sentido objetivo» de la misma. Concreta-

mente, así como el fundamento de la validez de la norma no es la voluntad subjetiva, sino la norma objetiva por ella creada y, en último término, la norma fundamental, así también la ontología clásica exige una unidad trascendental, de carácter objetivo, que hace de toda *potentia* una *potentia ordinata* (pág. 40). Con carácter básico se afirma que todos los actos del Estado se realizan en razón del Derecho y por medio del Derecho y derivan su validez a partir de una norma superior. Una vez válidos reclaman obediencia, en cuanto no hay defecto formal en su constitución y, en sentido material, están en consonancia con dicha norma superior. En razón de la estructura escalonada del orden jurídico, constituye un efecto de esta consecuencia la posibilidad de impugnar la validez de una norma determinada por medio del destinatario de la misma. Sin embargo, en razón de la seguridad jurídica y de la efectividad se hace precisa, para resolver tal impugnación, institucionalizar la *iusrisdictio*, y concretamente, por lo que hace a la norma fundamental o a la constitución, la jurisdicción cuyo ámbito de competencia es determinar la constitucionalidad de las normas inferiores (tribunal constitucional) (págs. 53 y sigs.). Sólo así se garantizan los límites de jurisdicción de todo ejercicio de poder. En este terreno, incluso, el entusiasmo de Marcic, ya expresado en publicaciones anteriores, no conoce barreras. Podría decirse de él que es un jurista ecuménico. Su estudio tiene a veces un aire proselitista, en orden a conseguir adeptos en favor de una jurisdicción internacional de carácter obligatorio, que tenga por base un orbe unificado esta vez no a la manera medieval por el poder imperial o el papal, sino por la instancia objetiva del Derecho. De esta forma, según Marcic, se lograría transformar todos los conflictos de fuerza en conflictos jurídicos, superables mediante criterios razonables. Estado universal, jurisdicción universal, paz universal, como consecuencia de todo ello, parecen ser más bien utopías. A ello arguye nuestro autor (páginas 82 y sigs.) que es innegable el hecho de que los tribunales constitucionales van adquiriendo carta de naturaleza en diversas latitudes, habiéndose impuesto incluso dentro de un sistema comunista de Derecho, como es el caso de Yugoslavia. Todo ello, pues, apunta a un ideal, que es, por otra parte, el del Derecho. Ideal fomentado y fundamentable tanto por la teoría pura del Derecho como por una concepción iusnaturalista del mismo.

En las antípodas de este irenismo se situaría el estudio de Rupert Hofmann *Logisches und metaphysisches Rechtsverständnis. Zum Rechts-*

begriff Hans Kelsens (17). Nos encontramos, como fondo, ante una reconsideración de la filosofía práctica clásica, como posibilidad de una filosofía del Derecho que vaya más allá del racionalismo patente de muchas concepciones, de corte naturalista y positivista, así como, de modo más o menos latente, en algunas concepciones iusnaturalistas. Para que quede aún más patente ese alejamiento del racionalismo hierático, se aduce como contraste la confrontación con la teoría pura. Como resultado, es diáfano el esquema del libro: se describe el concepto «lógico» del Derecho en la teoría pura; posteriormente, el «metafísico» de la teoría clásica; se concluye con una comparación de ambos.

El autor parte de la confrontación entre positivismo jurídico y iusnaturalismo, por lo que hace a su opuesto concepto del Derecho. Ante tal dualismo caben dos posibilidades: determinar el concepto del Derecho, bien formalmente, bien materialmente. En el primer caso, se le considera forma mental, concepto; en el segundo, se le da un contenido, aunque sea general, enraizado en el ser (págs. 15 y sig.).

La teoría pura, sin embargo, no ha de confundirse sin más con la postura típica por excelencia, mantenedora de la primera alternativa: el positivismo jurídico. Para ella se trata de dar con la «esencia» del Derecho positivo, de analizar su estructura. Se trata, en definitiva, de distinguir entre un Derecho que es ley positiva y un Derecho que es objeto de la ciencia jurídica. La teoría pura no contempla un Derecho concreto. Nuestra postura ante ella no puede ser la que se adopta ante la dogmática jurídica, propia del positivismo. En ella se aborda, más bien, la «posibilidad del Derecho positivo». Posibilidad, por supuesto, en sentido kantiano, por lo que se ha calificado a la teoría pura de «filosofía trascendental del Derecho» (William Ebenstein), e incluso se ha visto en ella la implicación de una metafísica (Pier Luigi Zampetti). De acuerdo con estos presupuestos, el Derecho es tanto como «la unidad del orden jurídico total, considerado como un sistema de normas coactivas». Esta definición presupone: *a)* que el Derecho se identifica con la norma; *b)* que el Derecho es un aparato coactivo, y *c)* que el Derecho es un orden.

Ya sabemos que la norma es en Kelsen el sentido de un imperativo en términos de «deber ser»; un «deber ser» como forma lógica de todo contenido posible. Toda conducta humana manifiesta inevitablemente la estructura de «deber ser»: la norma imputa una determinada consecuen-

(17) (*Epimeteia. Beiträge zur Philosophie*, Hrg. Helmut KUHN, Bd. 6), Munich-Salzburg, Verlag Anton Pustet, 1967, 134 págs.

cia a la conducta de un sujeto, cuya realidad concreta no interesa. Lo decisivo es que, si la conducta debida no es conducta efectiva, la misma norma impone, como consecuencia, una sanción. Al preguntar por la legitimidad de tal «deber ser» surge como respuesta, puramente especulativa, la concepción del Derecho como orden escalonado, que remata en la norma hipotética fundamental.

La exposición del concepto metafísico del Derecho (págs. 43 y siguientes) encierra alguna de las sugerencias que los profesores de Munich, Helmut Kuhn y, particularmente, Eric Voegelin, han dado a conocer estos últimos años a través de sus libros y sus explicaciones de cátedra: se trata de repristinar, en cuanto se aborda el estudio de la conducta social humana, el concepto aristotélico de *phrónesis*. En esta corriente, sin embargo, fue Joachim Ritter el que más decididamente puso comillas al Derecho natural aristotélico. Hofmann, sin embargo, no pasa de ser un mero eco de esta actitud. Describámosla.

Como propósito inicial no se procede a una exposición «desinteresada», ya que nunca se pierde de vista la comparación con Kant y el kantismo. Se estudia incluso el intento hegeliano de restaurar la unidad perdida. Como consecuencia de todo ello se analizan los mismos textos de Tomás de Aquino, Kant y Hegel.

En la metafísica clásica el Derecho es *genus proximum*, cuyas determinaciones atributivas (natural-positivo) designan la *differentia specifica*. No se trata, pues, como pretende el positivismo, de una contraposición. Concretamente, Derecho natural es algo (*aliquid*), que deviene justo (*fit iustum*) a partir de la naturaleza de las cosas (*ex natura rei*). Se entiende aquí naturaleza de las cosas no como mera mutabilidad de las circunstancias, tal como hoy se considera por muchos dicho lugar común, dentro de la filosofía jurídica. El Derecho positivo es, también, *aliquid iustum*, pero *ex quodam conducto inter homines*. Ambos—Derecho natural y Derecho positivo—coinciden en ser *aliquid* (densidad ontológica) de carácter justo.

Para Kant, sin embargo, existe ya entre ambos Derechos una incompatibilidad. El Derecho por antonomasia es ahora el positivo, el que se aplica en los tribunales, el que asegura lo tuyo y lo mío, el que se contiene en el Código. Juzgar sobre lo justo y lo injusto según conceptos propios es tarea que sólo corresponde al «profesor de Derecho natural», al filósofo. La ley es para Kant «el acto de una voluntad pública, de la que en definitiva parte todo Derecho». Se afirma, pues, una distinción radical entre voluntad y razón, que lleva consigo la disgregación del Derecho en positivo y natural. Se elimina el conflicto entre estos

dos órdenes, en cuanto que al Derecho natural no acompaña validez incondicional alguna.

El dualismo entre lo que es «derecho» y lo que es «justo», entre Derecho filosófico y Derecho de los juristas, pretende ser eliminado por Hegel mediante su inserción en la unidad del concepto de Derecho y su realización. Dinámicamente se da una dialéctica de lo general (Derecho natural) y lo particular (Derecho positivo). Lo general, no obstante, no queda en un plano trascendental. En la dialéctica hegeliana lo general plasma en la facticidad de una determinada cultura o visión concreta del Derecho. Con lo que aquella pretendida unidad cede a favor del Derecho positivo.

De ahí que, movido por el intento fracasado, quiera Hofmann remozar la filosofía clásica del Derecho, tomando como punto de partida al hombre concreto (págs. 63 y sigs.). Asistimos a la exposición de una antropología de base metafísica, haciendo hincapié en la naturaleza social del hombre, emplazada en el horizonte del bien común.

Pero conviene no perderse y volver a la confrontación con el concepto kelseniano del Derecho. En realidad, y como ya pusieron de manifiesto los primeros críticos del neokantismo iusfilosófico, la teoría pura mantiene que el Derecho no ha de ser abordado a partir de la naturaleza del hombre, sino a partir de la naturaleza del mismo Derecho (Erich Kaufmann). El Derecho no parte de la idea de libertad, sino del «deber ser» lógico, que no reposa en el «ser». Hofmann hace, a este respecto, oportunas observaciones sobre la imposibilidad de afirmar la evidencia del dualismo entre «ser» y «deber ser», a no ser que se ponga en relación con la experiencia (pág. 29), punto sobre el que, veremos, va a insistir Kelsen en la crítica a este libro. Aunque el concepto de experiencia aquí citado es el propio de un filósofo realista, no el de un científico actual, ello no es obvio para todos. Cuando Hofmann se refiere a la antropología kelseniana (págs. 104 y sigs.) o a la relación entre poder y Derecho (págs. 108 y sigs.) o, finalmente, a la escisión entre política y ciencia (págs. 115 y sigs.), lleva en realidad a Kelsen a un terreno que no es el suyo, que él no niega, pero al que no concede ninguna beligerancia científica: estamos, según Kelsen, en el ámbito de las convicciones personales. Y en este punto la crítica de Hofmann es muy externa, ni siquiera tangente a la problemática de la «teoría pura».

De ahí que sea algo puntillista la actitud de Kelsen de exigir precisiones, de deshacer los equívocos en los que, según él, incurre el libro en

cuestión. En su contestación (18), por demás prolija, insiste en algunos puntos ya reseñados. Nos limitaremos, pues, a anotar algún matiz que complete lo dicho. Llama la atención el afán de Kelsen por no querer distinguirse de los que algunos comentaristas de su obra denominan «positivismo vulgar», como diverso del «positivismo científico», que según esos mismos autores sería el propio Kelsen. El mismo se considera un representante del positivismo jurídico a secas, cuya rectificación, en uno u otro sentido, nunca ha intentado (19). Es más, la concepción del Derecho como orden coactivo es la propia de todo positivismo jurídico. El no admite que proceda a una sublimación del Derecho positivo en categorías mentales: el carácter hipotético de la norma fundamental ha de tomarse *per analogiam* respecto del concepto lógico-trascendental de Kant. Nuestra opinión sin embargo es que Kelsen, al aferrarse a esta postura, pretende ser menos de lo que en realidad es. El mantiene que es diverso el proceso de la *autoridad* jurídica del de la *ciencia* jurídica, pero que ambos procesos llevan al *mismo término*: el Derecho. Creemos sinceramente que, al expresarse así, Kelsen se desconoce: las condiciones metodológicas de su teoría no aseguran que se alcance una *realidad real* y no más bien una *realidad metodológica*. Ese es el riesgo de todo prurito metodológico. Ello se pone de manifiesto muy claramente, por ejemplo, en relación con la afirmación de Hofmann de que no puede haber más que imputación a la persona, no a una hipótesis normativa, ni a un tipo legal. Kelsen, aun admitiendo una diferenciación, que no concluye, entre «imputar» y «asignar», recuerda que ha señalado repetidamente que el punto último de imputación es la conducta humana. Pero, si se siguen consecuentemente los presupuestos kelsenianos, tal conducta será sólo la tipificada, la cristalizada en el sujeto, o en el predicado, en la hipótesis o en la consecuencia de la proposición normativa (cfr. págs. 12 y sigs.). Es cierto que no puede sostenerse, con Hofmann, que Kelsen aborrezca, por ejemplo, la aproximación a los hechos que supone la sociología como ciencia. Pero también parece obvio que habría que tener en cuenta la defensa propia que aquí emprende Kelsen (págs. 22 y sigs.): si no ha abordado la sociología es para mostrar que sus categorías están al margen de una ciencia normativa del Dere-

(18) «Logisches und metaphysisches Rechtsverständnis. Eine Erwiderung», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 18 (1968), 1-35.

(19) «... dass ich mich einfach auf den Boden des Rechtspositivismus gestellt habe...» (págs. 2 y sig.). «... ich habe niemals eine den Rechtspositivismus entgegengesetzte Theorie vertreten. Ich bin einfach ein Vertreter des Rechtspositivismus» (pág. 4).

cho, como pretende serlo la teoría pura. Se trata, pues, más bien, de fortificar el muro de la propia posición.

Frente a la atribución inexacta de que tome como modelo la ciencia moderna, no carece de interés una puntualización de Kelsen (pág. 29). Sin duda que no la ha tomado como modelo, sino más bien como punto de referencia, ya que las proposiciones de las ciencias de la naturaleza vinculan elementos mediante relaciones de causalidad, mientras que la ciencia del Derecho lo hace en términos de imputación. Sin embargo, no habría que perder de vista las conexiones existentes entre la distinción metodológica entre «ser» y «deber ser», y los comienzos de la moderna mentalidad científica.

Por último, aunque se proteste con vehemencia que se ha distinguido el Derecho de otros órdenes de conducta en razón de su contenido (20), y aunque se afirme la existencia real del Derecho contemplado por la teoría pura (21), en verdad, ni la distinción entre Derecho y moral va más allá de acentuar la total exterioridad de uno y otro orden, ni la existencia del Derecho va más allá de la posibilidad de aplicación de la sanción. El mecanismo de la sanción coactiva, no los contenidos de justicia, determinan qué es Derecho (22).

Enlazando precisamente con esta temática, nos ha parecido de interés para concluir nuestro trabajo—una vez que no tratamos aquí de los propios escritos de Kelsen en este período (23)—hacer referencia a una polémica sostenida a nivel de artículo científico, sobre el tema de la relación entre Derecho y moral, al socaire del radicalismo de la teoría

(20) «Ganz abgesehen davon, dass für mich die Frage, ob eine Ordnung eine Rechtsordnung ist, nicht «logisch» gesehen wird, sondern von dem *Inhalt* der Ordnung abhängt» (pág. 33).

(21) «... dass ich, wie aus meinen Schriften hervorgeht, im Begriff des Rechts alles eher als einen «fiktiven Denkbefehl» sehe, da ich das Recht als eine *existente* Zwangsordnung menschlichen Verhaltens begreife» (pág. 35).

(22) «Dass ein Verhalten erlaubt ist, bedeutet meist nur, dass es nicht strafbar ist, und dass ein Verhalten nicht strafbar ist, bedeutet nicht notwendig, dass es gerecht ist, dieses Verhalten nicht zu bestrafen» (pág. 34).

(23) Reseñamos aquí los principales artículos de Kelsen durante este período: «Wie funktioniert die Verfassung?», *Forum*, 11 (1964), 583-586; «Was ist juristischer Positivismus», *Juristenzeitung*, 1965, 465-469; «Eine phänomenologische Rechtstheorie», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 15 (1965), 352-409; «Professor Stone and the Pure Theory of Law», *Stanford Law Review*, 17 (1965), 1128-1157; «Recht und Logik», *Forum*, 12 (1965), 421-425, 495-500. También los artículos citados ya a lo largo de estas páginas.

pura (24). El inicio de la polémica presentaba, no obstante, unos términos más amplios de los aquí indicados, ya que se trató, en general, de la separación positivista entre Derecho y moral. Tal inicio lo constituye el estudio de Martin Kriele, *Rechtspflicht und die positivistische Trennung von Recht und Moral* (25). El autor se mantiene en una vía media entre lo que denomina «reduccionismo», pérdida de la realidad a la que aboca el positivismo jurídico, y lo que de dogmático pueda haber en un iusnaturalismo demasiado seguro de sí mismo. Se trata de alcanzar otra vez la realidad. Lo cual supone una cuestión previa: reconquistar el carácter científico del tratamiento de preguntas que, conforme a las premisas del positivismo, quedan relegadas al campo de las convicciones, propio, según este mismo punto de vista, de la filosofía moral. La piedra de toque que muestra la inconsistencia de esta actitud la tenemos en la cuestión clave de la resistencia a la norma, en virtud de un deber moral. Tal tema es planteable, en determinado contexto, en términos de teoría del Derecho, no de simple consideración moral. Es más, se constituye en un tema jurídico, que exige una respuesta. De otra forma, se daría la anómala situación de que siempre que el jurista se viera ante problemas prácticos de carácter jurídico, que el positivista considera de «filosofía moral», no encontraría, al solicitar una instancia, sino el silencio del filósofo del Derecho; éste sólo podría hacer objeto de su consideración cuestiones sobre las cuales ya ha recaído una decisión del jurista, ya que sólo este hecho haría de estas cuestiones, hasta entonces no contempladas, cuestión jurídica (pág. 420). El reduccionismo, por tanto, tiene carácter retrospectivo: para el positivismo sólo es jurídico lo que hasta la fecha se ha considerado jurídico.

La consecuencia de la división del trabajo propugnada por el positivismo es, además, grave, puesto que niega la posibilidad de que la filosofía del Derecho puede aportar algo al Derecho, al ser toda su temática producto de mero emocionalismo.

¿Cómo reivindicar el carácter racional de una filosofía jurídica, vinculada a los problemas concretos, que están sometidos a pública discusión? En este tema hay que evitar, en principio, todo maximalismo: se trata de dar con lo justo concreto. En el tema del deber jurídico, por ejemplo, Kelsen arremete contra un iusnaturalismo que podríamos llamar inexistente, fantasmal. A la afirmación de Hans Welzel de que el deber jurídico sólo puede abordarse desde el punto de vista del deber moral,

(24) Renunciamos, en todo caso, a hacer referencia a todos los artículos sobre Kelsen publicados en el período 1964-1968.

(25) *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 16 (1966), 413-429.

opone Kelsen el argumento de que, en tal caso, todo aquel que está sometido al Derecho podría eximirse de obedecerlo en cuanto creyera que el deber que el Derecho le impone no es moral. Actitud ésta que supondría, precisamente, el fin del positivismo jurídico. Lo importante aquí, como señala Kriele (pág. 426), es que Kelsen se mueve en el terreno de los argumentos razonables: ¿a qué fin práctico conducen, respectivamente, el iusnaturalismo y el positivismo? En razón de ello, la pregunta que por nuestra parte hemos de plantearnos se podría formular en estos términos: ¿qué interés guía a Kelsen en su afirmación de que el sujeto no puede negar nunca la obligatoriedad jurídica? Aventuremos una respuesta: porque en tal caso no sería obedecido el Derecho. Welzel afirma que, en casos excepcionales, ocurre realmente eso. Kelsen, por el contrario, podría temer que se ampliara la cualidad excepcional de ciertos casos de manera abusiva; por ello, según su lógica, lo mejor es no permitir excepción alguna. A ello podría responderse que, en determinados casos, el interés de la excepción puede ser más fundamental que el del orden. Cabe, no obstante, un nuevo contraargumento: incluso la realización de lo más justo en cada caso depende del cumplimiento, por todos, de todas las leyes, es decir, que el orden es un interés más fundamental que el orden justo, en cuanto que aquél es el presupuesto de éste. Tras este quiebro, lo que ahora urge es considerar bajo qué circunstancias constituye un interés más fundamental la obediencia o la desobediencia. A este respecto podrían encontrarse respuestas ciertas e inequívocas en los casos en que están en juego intereses fundamentalísimos, como la vida, la salud, el orden jurídico. En cualquier situación, sin embargo, habría que sopesar argumentos racionales que apoyen o rechacen determinadas valoraciones. En estos términos han de plantearse las cuestiones iusfilosóficas si se quiere ejercer la función de una crítica racional. Averiguar si en un caso concreto estamos, o no, ante un deber jurídico, es cuestión que ni se resuelve sólo mediante consideraciones exclusivamente morales, ni tampoco mediante una consideración retrospectiva de anteriores decisiones legales o judiciales; se trata de adoptar decisiones críticamente interpretadas.

Sin que este proceso haya supuesto otra cosa que llevar al positivismo jurídico—y, con él, a Kelsen—a la palestra de la finalidad práctica del propio método adoptado, la reacción ha sido excesiva por parte de un epígono de Kelsen, Robert Walter (26), en su artículo *Die Tren-*

(26) Es autor de una moderna teoría del Derecho, de corte kelseniano: *Die Aufbau der Rechtsordnung* (1964). WALTER, por lo demás, reclama un papel de árbitro en la exposición de las interpretaciones de que ha sido objeto Kelsen:

nung von Recht und Moral im System der Reinen Rechtslehre (27). Walter distingue «esencialmente» positivismo jurídico y teoría pura, lo que, como hemos visto, no es admitido de buen grado por el mismo Kelsen. Pero, además, se mantiene en una actitud irreal cuando, frente a la opinión de Kriele, según la cual la teoría pura contiene un propósito político-moral—la conservación del orden—, insiste en que afirmar tal significaría introducir en la teoría pura elementos extraños, ajenos a su propósito. He aquí el abismo que separa una teoría científica de una ideología política. La ciencia sólo está obligada a la verdad, por lo que le es indiferente saber a dónde conduce, prácticamente, tal verdad (página 124). Mas la réplica, aunque atinada, no deja de producir perplejidad: no es la primacía del orden la que da contenido al deber jurídico, sino que, más bien, dentro de las coordenadas de la teoría pura, aquellos que están sujetos al ordenamiento pueden negar fuerza obligatoria a la proposición normativa, si no aceptan la norma fundamental o la derivabilidad concreta a partir de ella (pág. 125). Pero aquí Walter comete, a nuestro parecer, el error de pasar del orden lógico de la proposición normativa al real de la norma como imperativo existencial. Por querer probar demasiado, apenas prueba nada.

De otra parte, encierra indudable enjundia la distinción que propone Kriele, frente a la aparente indiferenciación que se observa en Walter, entre deber jurídico y deber moral, al menos desde el punto de vista de la gnoseología jurídica. Aunque se refiera a otros puntos, se centra, sin embargo, en éste la réplica de Martin Kriele (28). Lo que él critica exactamente en su artículo, reitera ahora, es el *modo* cómo Kelsen separa Derecho y moral, pero no la distinción, como tal, de dichos ámbitos normativos. La línea de separación es, en aquel caso, un trazo que excluye, por carecer de carácter científico, las consideraciones de tipo «moral». Y esto es, precisamente, lo inadmisibles. La ciencia, es evidente, responde a cuestiones, pero si en sus *respuestas* está obligada a la verdad, en sus *preguntas* lo está a la razón. Por eso es legítimo, en el campo de las ciencias sociales, el interés que acompaña a todo conocimiento (pág. 383).

«Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Oesterreich», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 18 (1968), 331-352.

(27) «Bemerkungen zu Kriele: Rechtspflicht und die positivistische Trennung von Recht und Moral», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 17 (1967), 123-127.

(28) «Recht und Moral und die Problematik der Reinen Rechtslehre. Erwiderung auf Walter: Die Trennung von Recht und Moral im System der Reinen Rechtslehre», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 17 (1967), 82-384.

Afirmar lo contrario es pretender ser más kelsenianos que Kelsen, ya que él se pregunta sin duda por el contexto en que son relevantes los planteamientos de la teoría pura (29). De esta forma, sus afirmaciones podrían ser exactas, pero inútiles. De hecho Kelsen, sin traicionar sus propios planteamientos metodológicos, ha emplazado su teoría pura en el ámbito de la tolerancia, de la democracia, de la seguridad jurídica.

Las verdades de la teoría pura siguen siendo tales, pero su marco histórico-científico, e incluso social y político, han variado. Reiterarla hoy es casi un manierismo baldío. Ha de haber conciencia de la mutación de problemas planteados y de la relevancia actual de los mismos. Hoy parece oportuno que una crítica de la teoría pura se fije más en su *por qué*; no en su *qué*. Se inicia una fructífera discusión allí donde se problematiza aquello que la teoría pura considera obvio. La experiencia acumulada en la lectura de estos estudios sobre Kelsen nos reafirman al menos en esta actitud.

JUAN JOSÉ GIL CREMADES.

(29) Consideramos de indudable interés las observaciones que sobre el tema Derecho-moral en Kelsen hace Enrique LALAGUNA, «Bemerkungen zum II. Kapitel der "Reinen Rechtslehre" Hans Kelsens», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 54 (1968), 379-387. Aquí se hace observar que, al rechazarse de plano la radicación del Derecho en el orden moral, ya que ello supondría—al hacer participar a la moral de los caracteres del Derecho en sentido kelseniano—la admisión de una moral absoluta, Kelsen evidencia una *fe*, que no prueba, de que así se iría a la legitimación del orden moral coactivo de una comunidad. Pero esta *fe*, además, no conjura los peligros que acechan a la garantía del carácter científico del Derecho. LALAGUNA habla de la «problematicidad de su actitud en el panorama actual del pensamiento jurídico» (pág. 386), ya que no hay que recabar sólo una ciencia estricta, sino además saber a qué conduce tal ideal metodológico. De otro lado, una moral absoluta no tiene por qué ser una moral coactiva; antes bien, significa el punto de referencia de toda crítica al orden estatal coactivo. Un relativismo moral tiende, por el contrario, a la fijación coactiva de una de las alternativas posibles.