

LA TEORIA ESCALONADA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO DE HANS KELSEN COMO HIPOTESIS CULTURAL, COMPARADA CON LA TESIS DE PAUL SCHRECKER SOBRE «LA ESTRUCTURA DE LA CIVILIZACION»

Por PABLO LUCAS VERDU

SUMARIO

I. PRELIMINAR.—II. LA «STUFENBAUTHEORIE» EN EL MARCO DE LA CONVERGENCIA DE PUNTOS DE PARTIDA Y DE DESARROLLO EN LA CULTURA OCCIDENTAL: 1. *Convergencia de supuestos científico-culturales en ramas distintas del pensamiento.* 2. *Convergencia de puntos de vista y de conclusiones en el campo de las ciencias sociales (la teoría elitista. Posición de Smend).* 3. *Anticipaciones, coincidencias y contraposiciones a la «Stufenbautheorie». Crítica de H. Heller y de Carré de Malberg.* 4. *El eco de la «Stufenbautheorie» en la doctrina italiana.*—III. EL GRADUALISMO Y LA ESCUELA DE ZURICH.—IV. VISIÓN TOMISTA-KELSENIANA DE LA DOCTRINA GRADUALISTA: RENÉ MARCIC.—V. LA TEORÍA ESCALONADA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO HIPÓTESIS Y COMO ESTRUCTURA CULTURAL: 1. *La «Stufenbautheorie» es producto de una cultura concreta. Está condicionada por la cultura político-constitucional occidental.* 2. *La «Stufenbautheorie» como estructura cultural. Contraposición con otras doctrinas.* 3. *La «Stufenbautheorie» como estructura cultural en el marco del Derecho constitucional. Método y función.*—VI. LA VISIÓN ESCALONADA DE LA ESTRUCTURA DE LA CIVILIZACIÓN DE PAUL SCHRECKER: 1. *Uso de una teoría lógico-jurídica por un historiador de la cultura.* 2. *El método historiográfico de Schrecker.* 3. *La estructura de la civilización como orden escalonado, según Schrecker.*

I. PRELIMINAR

La lectura detenida de la obra de Paul Schrecker *La estructura de la civilización* (trad. española de *Work and history: An essay on the structure of civilization*, Princeton University Press, New Jersey, 1948, 1.^a ed. en español, 1957; primera reimposición, 1975, Fondo de Cultura Económica, México) me ha deparado una gran sorpresa, a saber: la curiosa coincidencia de puntos de vista entre este historiógrafo y el maestro Kelsen en un punto concreto: el modo de estructurar la civilización por aquél y la conocida tesis sobre la teoría escalonada, o gradualista, del ordenamiento jurídico. Que un historiador y un jurista coincidan, o converjan, en esta cuestión, sin que el primero cite para nada al segundo, ha suscitado mi interés científico, hasta impulsarme a escribir este trabajo.

Hasta ahora, pese a mis esfuerzos por conocer la personalidad y la obra completa de Paul Schrecker, no he podido calibrar si se trata de una mera convergencia o coincidencia; si este autor conoció los escritos de Kelsen o posee formación jurídica, aunque la lectura de este libro parece confirmarlo. De todos modos, tanto si Schrecker se inspiró en aquél, sin citarlo, o no fue así, no me parece hecho decisivo para esta investigación. La cuestión es otra: a) Una vez más se comprueba una regularidad que he subrayado numerosas veces: Cuando una teoría o corriente intelectual alcanza notoria relevancia, es decir, se presenta como logro maduro y sugeridor, no es raro que repercuta, con o sin modificaciones, en otros territorios culturales. Sobre esto no voy a insistir, pues ya lo aclaré en mis escritos y clases. b) A mi juicio, tanto la *Stufenbautheorie* como la estructura de la civilización aparecen como *hipótesis culturales*. De entrada aclaro, respecto a la primera y cosa evidente en la segunda, que si en la posición de Kelsen la *Stufenbau* es núcleo esencial de su Teoría del Estado y de la Constitución, la *structure of civilization* de Schrecker me parece algo postizo, aunque le sirve muy bien para su argumentación acerca de los diversos sectores de la civilización: Estado, Ciencia, Religión, Estética, Economía, Lenguaje, tanto en su estática como en su dinámica. Ello suscita alguna sospecha de inspiración kelseniana, aunque cabe también pensar, como veremos, que no es la primera vez que ideas o teorías determinadas sean expuestas con sorprendente similitud por autores diferentes que no se conocieron entre sí. c) Por último, al margen de esto, el libro de Schrecker creo que es estimulante.

He de confesar que su lectura y el cotejo de las ideas y métodos de ambos autores me ha producido un gozo intelectual estupendo, compensador de otras preocupaciones materiales y espirituales ocasionadas por mi anticipada jubilación académica.

II. LA «STUFENBAUTHEORIE» EN EL MARCO DE LA CONVERGENCIA DE PUNTOS DE PARTIDA Y DE DESARROLLO EN LA CULTURA OCCIDENTAL

1. *Convergencia de supuestos científico-culturales en ramas distintas del pensamiento*

Los ejemplos de convergencia y/o coincidencia entre autores y teorías independientes son frecuentes en el desarrollo del pensamiento occidental. Basta recordar el caso de Leibniz y Newton. Los dos, con plena independencia, establecieron las bases del cálculo infinitesimal. El alemán, en 1660; el británico, cinco años más tarde. En 1713, la *Royal Society* londinense suscitó una disputa sobre la prioridad en el descubrimiento del cálculo infinitesimal realizado por Newton. En realidad, entrambos sabios lo establecieron con procedimientos distintos. Se trataba de hallazgos autónomos. La Sociología del conocimiento, del saber y de la cultura ha señalado cómo situaciones socio-culturales iguales, o semejantes, posibilitan hallazgos iguales o semejantes. Aquí, y en otros campos científicos, se trata de autores y hallazgos sobre saberes correspondientes a las matemáticas, física y disciplinas afines. Lo que nos interesa es decir algo sobre el fenómeno de convergencia y/o coincidencia en campos distintos. ¿No es interesante —excluyendo el plagio— escudriñar las causas y efectos de tales coincidencias-convergencias en campos distintos? Porque comprobamos la utilización de una teoría lógico-jurídica en el ámbito histórico, de este modo se corrobora la repercusión de una parte de la doctrina de la teoría pura del derecho en el estudio de la estructura de la civilización como producto histórico. ¿Qué diría Kelsen? Aunque en principio parezca la pregunta al margen de este asunto, conviene que digamos algo sobre la

2. *Convergencia de puntos de vista y de conclusiones en el campo de las ciencias sociales (la teoría elitista. Posición de Smend)*

Tal es el caso de la conocida tesis de las minorías directoras elaborada, coincidentemente, aunque con matices distintos, por Gaetano Mosca (Palermo, 1858-Roma, 1941), Wilfredo Pareto (París, 1848-Celigny, Suiza, 1923) y por Roberto Michels (Colonia, 1876-Roma, 1937). No tiene mayor interés precisar quién fue el primero de ellos que incorporó a la ciencia política el tema de las minorías dirigentes: Mosca (clase política, fórmula política), Pareto (circulación de las élites) o Michels (tendencias oligárquicas), porque el mismo

Mosca señaló los precedentes italianos y además, insistamos, porque contienen matices diferenciadores cada una de sus posiciones. Ferrando Badía (1) copia esta afirmación oportuna de Whitehead: «Todo lo que tiene alguna importancia ha sido dicho antes por alguno que no la descubrió.»

Seguramente correspondió la primacía en este punto a Mosca, que fue profesor de Derecho constitucional, cátedra que logró tardíamente porque las comisiones que juzgaron sus méritos alegaron en varias ocasiones que sus trabajos versaban sobre ciencia política y no sobre materia jurídica, y entonces no existían cátedras de aquélla en la Universidad italiana. Como es sabido, el ingeniero Pareto sobresalió en economía y sociología, y Michels, en la ciencia política.

En alguna medida, la teoría de las minorías directoras viene a ser el *pendant* de la teoría escalonada del ordenamiento jurídico. Precisemos: Esta última entraña un esfuerzo logicista, formalista, para sistematizar, dinámicamente, el Derecho en cuanto ordenamiento, atendiendo sólo a las conexiones normativas, concebidas éstas como esquemas lógico-interpretativos de supuestos fácticos, sin admitir dentro del esquema, por pureza metódica, contenidos sociales, económicos, éticos, psicológicos, históricos... partiendo de la contraposición entre el ser y el deber ser y de la identificación Estado = Derecho. En cambio, las tesis de los tres italianos (incluyendo a Michels, nacido en Alemania, pero inserto en la cultura y vida italianas) suponen un intento de ordenar y explicar, mediante la clase política y la fórmula política correspondiente que enmascara, dulcifica, el crudo hecho de que unos pocos mandan, y otros, la inmensa mayoría, obedecen. La dinámica normativa escalonada explica abstracta y formalmente la estructuración del ordenamiento jurídico estatal; la estratificación elitista es *social*, compuesta de diversos grupos interdependientes; la dinámica escalonada del ordenamiento jurídico consiste en que él mismo se autoproduce a partir de la *Grundnorm*, de modo que cada escalón es ejecutor del anterior y creador del inmediato siguiente hasta la última aplicación del Derecho. Así, pues, mientras la dinámica normativista pura se mueve dentro de un esquema formal apto para juristas técnicos, ajenos a las realidades vitales, la dinámica elitista (*circulación de las elites, tendencias oligárquicas*) es sociopolítica, para sociólogos y politólogos. La primera es una *construcción* lógico-formal; la segunda, una *comprobación* empírico política.

Hay que subrayar la respuesta de Kelsen a Smend cuando éste reprochaba al autor de la *Teoría pura del Derecho* que ignoraba la vertiente esen-

(1) JUAN FERRANDO BADÍA: *Estudios de Ciencia política*, Tecnos, Madrid, 1976, pág. 189.

cial de la integración dinámica del Estado. Kelsen, tras calificar a Smend de «teólogo», señaló el carácter autocreador del ordenamiento jurídico, típico de su posición (2). Traigo esto a colación por lo siguiente: Kelsen se mueve en las coordenadas lógico-formales puras; Smend sigue el método culturalista fenomenológico, y los elitistas italianos —y en parte sus imitadores anglosajones— se basan en verificaciones histórico-sociopolíticas. Mientras el cosmos jurídico se organiza y se sistematiza, por Kelsen y los suyos, mediante esquemas normativos lógicos puros, que, en el fondo, responden a la imagen del Estado liberal de Derecho, Smend (3) lo integra culturalmente (espiritual e históricamente), y, por su parte, los elitistas relativizan todo el mundo jurídico a las relaciones fácticas de poder entre los grupos de quienes mandan, pocos, y los que obedecen, casi todos. Para Kelsen, la *Grundnorm* (Constitución lógico-jurídica) es la cúspide y fundamento que sostiene y crea el ordenamiento jurídico; para Smend, la integración del Estado es el fulcro fundamental, de modo que lo relativiza todo a ella.

La teoría escalonada del ordenamiento jurídico refleja, *more geometrico*, la imagen de un Estado liberal de Derecho que se despreocupa de cualquier fundamentación social. Lo mismo que cualquier figura geométrica (el triángulo, la pirámide) no se refiere a ningún triángulo o pirámide concretos, sino a todos ellos y a ninguno en particular, la *Stufenbautheorie* es la representación lógico-jurídica (según el concepto puro del Derecho) de todo el cosmos jurídico (4). Kelsen (5) protesta contra sus críticos, que le acusan de que la Teoría pura del Derecho expresa una determinada postura ideológica.

(2) HANS KELSEN: *Der Staat als Integration. Einen Prinzipielle Auseinandersetzung*, Julius Springes, Viena, 1930. Cfr. mi comentario en *La lucha contra el positivismo en la República de Weimar (La teoría constitucional de Rudolf Smend)*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 157-158.

(3) Para SMEND, «la Constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado y de la Constitución, es la plasmación legal y normativa de aspectos determinados de este proceso» (*Constitución y Derecho constitucional*, trad. de José María Beneyto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 132).

(4) PAUL SCHRECKER: *La estructura de la civilización*, cit., pág. 200, escribe: «A la jurisprudencia *per se* le es indiferente la realidad histórica del sistema de Derecho sobre el que trabaja, al igual que a la geometría *per se* le es indiferente la estructura particular del espacio de la realidad.»

(5) HANS KELSEN: *La Teoría pura de Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, 2.ª edic., trad. de Jorge G. Tejerina; prefacio de Carlos Cossío, Editora Nacional, México, 1981, pág. 21. Conviene tener presente la traducción de Roberto J. Vernengo de la segunda edición alemana, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962, págs. 10-11.

Unos, los fascistas, la califican de liberalismo democrático; otros, los demócratas liberales y los socialistas, de fascismo; aquéllos, los comunistas, de estatismo capitalista, y además le atacan por su craso bolchevismo y por su anarquismo oculto. Por otro lado, el estar emparentado con la escolástica católica o con la doctrina protestante del Derecho y del Estado, y por último, le estigmatizan de ateo. Todo esto prueba, a su juicio, «... precisamente su pureza mejor de lo que ella misma pudiera». Entonces, si lo anterior es verdad, ¿cómo sostener que su teoría evidencia un trasfondo del Estado liberal de Derecho?

Esta observación se corrobora por su identificación entre Estado y Derecho y porque esa juridificación (normativización) escalonada que hace del ordenamiento jurídico que absorbe al Estado, depurado de cualquier residuo meta-jurídico, viene a ser la configuración geométrica del liberalismo establecido, que, en adelante, formaliza las relaciones sociales, negando sus antecedentes iusnaturalistas para preservar cualquier intento subvertidor que invoque cualquier argumento contrario, considerado también metajurídico de tipo anarquista, comunista o fascista. Así se resguarda la seguridad jurídica bruguesa, ajena a cualquier requerimiento social, ético, económico y/o político, en tanto no hayan sido depurados de su sustancia ideológica o material e incorporados, formalizados, al sistema.

Este es el resultado de la contraposición entre ser y deber ser, concebido este último como una interpretación e imputación lógicas, como concepto lógico trascendental que convierte en variable deóntica. Resulta paradójico que la Teoría del Estado y la Teoría pura del Derecho aparecieran en el atormentado período weimariano, cuando la realidad político-social, económica y espiritual eran un continuo reto a cualquier constructivismo depurador. Así, Kelsen se evadía, con una jurisprudencia elegante, con su geometría jurídica de la realidad, mientras Smend intentó, con su integracionismo, superarla recurriendo a criterios estimativos (6).

También la escuela elitista fue acusada de prefascismo o de colaboracionismo, pero esto es otro cantar. Norberto Bobbio (7) ha expuesto la interpretación conservadora y la interpretación democrática de dicha teoría. Ambas cuentan con representantes distinguidos. Una cosa son las críticas de la demo-

(6) Cfr. el libro citado en la nota 2.

(7) NORBERTO BOBBIO: «Elites, Teoría de las», en *Diccionario de política*, vol. I: A-J, dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci; redactor, Gianfranco Pasquino; redactores de la edición en español, José Aricó y Jorge Tula, Siglo XXI Editores, 1.ª edición, México, 1981; 2.ª edic., 1982, págs. 592 y sigs. Me parece injusta la calificación de HELLER: *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, Fondo de Cultura Económica, pág. 24; «Wifredo Pareto, el llamado padre del fascismo», reiterada en la pág. 92.

cracia liberal y del socialismo manejadas por Mosca, Pareto y Michels, e incluso sus ataques al parlamentarismo y que aún, cosa más grave, que el fascismo aprovechase algunas de las argumentaciones de estos autores, y otra muy diferente su identificación con el fascismo. Mosca fue un liberal agnóstico; Pareto, descendiente de un aristócrata genovés que desdeñó los ofrecimientos mussolinianos. Sólo Michels explicó, en Italia, cursos universitarios durante el fascismo. Mientras la construcción kelseniana surgió en una época crítica de la democracia liberal, de la que huía refugiándose en su solipsismo lógico, la aportación de los «neomaquiavelistas» se hizo como una «concepción realista de la política» (Bobbio), y de todos modos, como dice este autor (8), si «... en su aspecto ideológico pudo haber contribuido a obstaculizar el avance de una transformación democrática de la sociedad (aun en el sentido de que democracia y existencia de una clase política minoritaria no son incompatibles), en su fase realista contribuyó y sigue contribuyendo todavía a descubrir y mantener al desnudo la ficción de la «democracia manipulada».

Si para el normativismo kelseniano, en definitiva, todo ordenamiento jurídico implica obediencia al legislador originario, a la Norma básica y, por tanto, a las normas que la desarrollan (Constitución jurídico-positiva, leyes, etcétera, que crean las subsiguientes, todo ello por exigencia de lógica jurídica), para los elitistas, desde su realismo político, la obediencia es un hecho real que imponen las minorías directoras sobre las mayorías. Es una comprobación, no una hipótesis lógico-jurídica. Es un hecho que se desprende de la realidad, aunque se edulcore mediante la fórmula política (Mosca) o las derivaciones paretianas. Por su parte, la afirmación de Rudolf Smend (9): «Si realmente la Constitución es la normación jurídica del libre juego de las fuerzas políticas, el análisis crítico de las instituciones constitucionales no puede reducirse al estudio de su estructura anatómica, sino que ha de dirigirse, sobre todo, a la determinación de su significado funcional», puede contrastarse con las posiciones mantenidas por la teoría escalonada del ordenamiento jurídico y con la doctrina de las elites.

En principio, Kelsen mantiene la primacía del *logos* en cuanto razón geométrica, de modo que a partir de la Constitución lógico-jurídica, norma fundamental (*Grundnorm*), se desencadena, dinámicamente, todo el ordenamiento

(8) BOBBIO: *op. cit.*, págs. 599-600.

(9) RUDOLF SMEND: «La transformación del orden constitucional liberal por el sistema proporcional», en *Constitución y Derecho constitucional*, cit., pág. 28; KELSEN, en su escrito «La garantie juridictionnelle de la Constitution», en *Revue de Droit Public*, París, 1928, pág. 126, expresa una idea semejante que no parece cuadre, exactamente, con su método puro.

jurídico. Este se crea a sí mismo mediante el juego creador y ejecutor a la vez de las normas —escalones intermedios—, de modo que no es sólo una gradación estática, sino dinámica, como replicó el maestro de la Escuela vienesa a Smend. Empero, ese dinamismo lo concibe *more geometrico*, insistamos: cada escalón del ordenamiento es un estadio o momento lógico que concreta la logicidad de todo el sistema. Estamos ante una apoteosis logicizante, lógica trascendental, apartada de la realidad por exigencia de la pureza metódica que rechaza el «libre juego de las fuerzas políticas» a que se refiere Smend, pues este juego no tiene sentido dentro de aquel esquema. Todo esto entraña que la Constitución, en conexión con el escalonamiento del ordenamiento jurídico, de la que aquélla es su fundamento, no es otra cosa que la geometrización, el plano arquitectónico, formalmente dinamizado, de una norma básica (*Grundnorm*), de la que se desprenden, como deducciones coherentes, los restantes escalones normativos. Así se desconoce la Constitución *política*, y en su lugar se coloca una hipótesis lógico-jurídica, que basa y organiza, sistemática y aun estéticamente, todo el ordenamiento jurídico. Prodúcese así una desustancialización de todo el orden constitucional. Un ordenamiento que no tiene en cuenta el importante condicionamiento que las fuerzas políticas ejercen sobre él (Triepel, Schmitt, Loewenstein...), una configuración desencarnada, inadmisibles en el Derecho constitucional contemporáneo. La lógica racionante desde Laband contribuyó a la formación de una dogmática del Derecho público, pero sus insuficiencias y errores han sido patentes.

En este sentido, el concepto de Constitución y su conexas configuración del ordenamiento jurídico como un todo unitario y escalonado no explica y no resuelve, satisfactoriamente, aspectos y contenidos imprescindibles de la realidad constitucional. La Teoría pura del Derecho consiguió, así, una Teoría del Estado sin el Estado (Heller, Koellreutter); la Teoría de la Constitución kelseniana es una Teoría de la Constitución, pero sin la Constitución. Como se ha señalado (10), las Teorías del Estado y de la Constitución kelsenianas equivalen a la teoría de la psicología sin alma (*Seelenlehre ohne Seele*), a la física como teoría de la fuerza, pero sin la fuerza (*Kraftlehre ohne Kraft*), y a la teología sin Dios. La geometrización —teoría escalonada del ordenamiento jurídico— del fenómeno jurídico-político equivale a la geometría de los fenómenos sociales de George Simmel y, estéticamente, al cubismo de su época.

En cambio, Smend representa el predominio del *espíritu* (*Geist*) en sus

(10) Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho político*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 79-80.

manifestaciones culturales y vitales. Parte de la filosofía de Theodor Litt (11) y llega a establecer su teoría de la integración personal, funcional y real. La Constitución es una normativización de procesos y factores vitales atenta a las vertientes valorativas, simbólicas y culturales, a los contenidos materiales ínsitos en toda normación jurídica y, principalmente, en la constitucional (derechos humanos, por ejemplo).

La postura contraria —y crítica— de Smend respecto a la teoría gradualista de Merkl y Kelsen es rotunda: «El sentido de una teoría de las funciones estatales... se hace evidente a la luz de su más craso contra-ejemplo, el de la teoría de la pirámide jerárquica de la Escuela vienesa. El sentido y la cohesión de estos 'niveles' en la creación del Derecho vienen dados por el sentido que tienen estos niveles en su calidad de partes de la realidad política dada y su organización. Pero estas partes de la realidad sólo pueden entenderse, en su interdependencia, como elementos dialécticos y no como eslabones de una cadena lineal. Semejante visión comporta, por tanto, una radical desnaturalización y privación al Estado de su propia naturaleza y de todo carácter positivo, y excluye, naturalmente también, cualquier posible conocimiento del carácter específico del que se compone esa realidad, y, por tanto, la interpretación objetiva de sus normas constitucionales» (12). Suscribimos esta afirmación, pues conviene aclarar también su aplicación a quienes intentan *administrativizar* las normas constitucionales olvidando sus características y contenidos propios (13).

Volviendo a los elitistas, Gaetano Mosca señaló las dos maneras de encararse con el ordenamiento jurídico-estatal: con el *método jurídico*, entendiéndolo en sentido formalista, o con el método histórico-político. Quienes siguen el primero, ajustado a la dogmática jurídica constructivista, parten del supuesto que el Estado procede de un acto jurídico y, en consecuencia, aplican, al Derecho constitucional, el tratamiento de rígida coherencia lógica típicos del Derecho privado. En cambio, los que aplican el método histórico-político sostienen que el Estado es un hecho natural anterior a la creación del Derecho e insisten en las relaciones que median entre las condiciones sociales y las formas políticas. Estudian el proceso histórico y doctrinal del moderno régimen representativo, su funcionamiento, y comprueban cuál es

(11) Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ: *Lucha contra el positivismo jurídico...*, cit., páginas 51 y sigs.

(12) SMEND: *op. cit.*, pág. 165.

(13) SMEND: *op. cit.*, pág. 194: «... el Derecho político es un derecho fundamental integrador y el Derecho administrativo es un derecho esencialmente técnico...»; KELSEN: *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz, Editora Nacional, México, 1979, págs. 321-322, recoge en parte esta idea.

la orientación e interpretación más adecuada de las instituciones vigentes en el momento presente para favorecer el bienestar y la justicia social.

Mosca afirma que mientras los mantenedores del método jurídico pretenden sustraer el Derecho constitucional a las presiones de los partidos y corrientes políticas, convirtiéndolo en pura ciencia jurídica, los seguidores del método histórico-político intentan establecer un equilibrio entre las fuerzas políticas mediante la forma de gobierno representativo.

Si Kelsen se basaba en el *logos* como lógica racionalista-geométrica, sobre todo en la teoría escalonada, y Smend en el *espíritu (Geist)*, Mosca y los elitistas se apoyaron en la realidad *político-social* concretada en los grupos minoritarios selectos (quienes mandan), para cuyo mantenimiento en el mando es menester su periódica circulación y renovación, fenómenos propios de todos los agregados sociales y en particular característicos de las fuerzas políticas (partidos y sindicatos). El método kelseniano es, a su vez, creador del objeto de conocimiento, objeto que se dinamiza, lógicamente, a través de conexiones articuladas, las cuales, partiendo de una hipótesis lógica, fundadora y creadora, continúa en sus eslabones concretadores y productores, de suerte que todo el sistema propuesto y desarrollado se crea, siempre formalmente, a sí mismo.

El sistema total, completo y sin fisuras, rechaza, por exigencias de pureza metódica, cualquier contaminación meta y/o extranormativa. El método de Smend, basado en el espíritu, en la cultura vital, que se concreta mediante los procesos de integración personal, funcional y real del Estado, supone una supeditación de la normatividad a la realidad integradora concebida como espíritu y valor culturales. El método histórico-sociológico-político-económico de Mosca, Pareto y Michels relativiza el ordenamiento jurídico estatal a los grupos directores, a los factores reales de poder a los que se refería Lassalle.

La Escuela de Viena fundamenta, configura y explica la estática y dinámica normativas mediante formalizaciones puras; Smend somete la normatividad a estimaciones culturales, valorativas; los elitistas subrayan, con realismo maquiavélico, los motivos auténticos del comportamiento y dinamismo de los operadores políticos y de la obediencia controlados por los grupos minoritarios.

Que yo sepa, Kelsen apenas se refirió a la doctrina de estos últimos (14),

(14) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 128, coincide, sin citarlos, con los elitistas; en *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra; advertencia preliminar de este último; prólogo de Ignacio de Otto, y estudio de Peter Römer, Guadarrama, Barcelona, 1977, pág. 63, cita a Michels, a Wifredo Pareto y a Michels. Igualmente, alude a la obra fundamental de este último sobre los partidos en la pág. 45.

ni los elitistas a la doctrina pura del Derecho. Por su parte, Smend citó varias veces a Michels (14 bis). Kelsen y los elitistas corresponden al positivismo de finales del siglo pasado y principios del actual (15). Pero mientras el maestro austríaco está influido por el neokantismo, los elitistas son positivistas que parten de Saint-Simon. Para el primero, el Derecho es un deber ser lógico puro; para los *neomaquiavelistas* italianos y sus epígonos, es una derivación o una *fórmula política* que edulcora la cruda realidad basada en la dicotomía del mando oligárquico, renovado, sobre la masa obediente. Smend, en cambio, escapa al positivismo en la medida que se abre a la axiología.

3. *Anticipaciones, coincidencias y contraposiciones a la «Stufenbautheorie».*

Crítica de H. Heller y de Carré de Malberg

Nada nuevo hay bajo el sol. La imaginación jurídico-constitucional, por muy sorprendente que sea, cuenta siempre con antecedentes. Lo mismo ocurre con la doctrina del escalonamiento jurídico elaborada por Adolf Merkl, elogiada e incorporada por Kelsen a su teoría. El maestro consideró a su discípulo como coautor de la misma. Es un fruto de la intercomunicación maestro-discípulos de la Escuela de Viena. No obstante, las anticipaciones vienen de más lejos. La anticipación más llamativa que conozco de la teoría escalonada del ordenamiento jurídico de Kelsen-Merkl es la que mantuvo el inventor del concepto de soberanía, Jean Bodin (1529/30-1596). Alfred Verdross, miembro de la Escuela de Viena e ilustre internacionalista, cita en su *Die Einheit des rechtlichen Weltbild*. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck, Tübingen, 1923, nota 3, pág. 14), el siguiente expresivo texto: «Tout ainsi que les contracts et testaments des particuliers ne peuvent déroger aux ordonnances des magistrats, ny les édits d'un prince souverain; aussi les lois des princes souverains ne peuvent alterer les lois de Dieu et de nature.»

En 1934, el profesor E. L. Lloréns, en su *La igualdad ante la ley* (Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Murcia, pág. 15, nota 3), señaló: «La idea de que el sistema de normas forma una jerarquía de mayor a menor, hasta el punto de que de una supuesta norma última y suprema proceden

(14 bis) SMEND: *op. cit.*, p. 5; *La transformación del orden constitucional...*, cit. en nota 9, págs. 5 y 15; *Constitución y Derecho constitucional*, cit., págs. 147, 170 y 171.

(15) Sobre la filosofía positivista, cfr. el libro de LESZEK KOLAKOWSKI: *La filosofía positivista. Ciencia y filosofía*, trad. de Genoveva Ruiz-Ramón, Ediciones Cátedra, Madrid, 1979, págs. 11 y sigs. «Características generales del positivismo».

todas las demás y que la validez de cada una de las derivadas depende de la vigencia de la anterior y superior..., no es nada nuevo», y recogió el texto citado. Responden a lo que se ha denominado el *Mos geometricus* (cfr., sobre esto, Walther Schönfeld, «Der Mos geometricus. Hugo de Groot und René Descartes. Samuel Pufendorf und Christian Thomasius. Gottfried Leibniz und Christian Wolf», en *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, W. Kohlhammer, Stuttgart und Köln, págs. 313 y sigs.).

Estas posiciones coinciden en considerar a la geometría como medio y método para sistematizar el conocimiento, y en nuestro caso, el fenómeno jurídico.

También Spinoza (1632-1677) aplicó, como es sabido, el *método geométrico* a la ética. Ernst Cassirer (16) lo ha descrito muy bien. El hispano-judío lo utilizó no sólo en su *Ética*, sino también en su *Tractatus de intellectus emendatione*. Mediante la geometría soslayamos los antropomorfismos más finos o más burdos, elevándonos a la intuición del orden absoluto del ser que se funda sobre sí mismo. Mediante aquélla pensamos no tanto nuestros propios pensamientos como los de la naturaleza y del universo. Sólo podemos considerar verdaderamente objetivo lo que se basa en conceptos geométricos que pueden presentarse de un modo puro. El método geométrico «... no representa, para Spinoza, un simple recurso externo de *prueba* por medio del cual se limite el pensamiento a explicar el concepto ya existente del ser, sino que es él, este método, precisamente el que *establece* todas las determinaciones fundamentales del ser y de donde éstas reciben su *contenido* objetivo».

Aún es más significativo, para nuestro estudio, lo que añade Cassirer analizando el pensamiento de Spinoza: «... la naturaleza no debe considerarse simplemente como la *suma* de las cosas concretas, sino que debe concebirse, por tanto, como un conjunto *universal de cosas*, sino como la unidad y la necesidad de la regla misma del acaecer». Robert von Mohl (*Die geschichte der Staatswissenschaft*, vol. I, Erlangen Verlag von Ferdinand, pág. 235) señala que Spinoza une su concepto de Derecho y Estado inmediatamente a una concepción total del mundo y de la vida.

Recientemente, Mercedes Allendesalazar Olaso (*Spinoza. Filosofía, pasiones y política*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pág. 38) lo corrobora.

Un siglo más tarde, Sieyès, influido por Spinoza, tratará con método teológico-geométrico su teoría del *pouvoir constituant* y, a su vez, en cuanto

(16) ERNST CASSIRER: *El problema del conocimiento en la Filosofía y en las Ciencias modernas*, vol. II, trad. de Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 3.ª reimpr. 1986, págs. 43-44.

«asombroso constructor constitucional» (17), establecerá un complejo organigrama racionalizador del sistema autocrático de Napoleón (Constitución del año VIII, 1799). También su propuesta de un *Jurie Constitutionnelle* mediante un *Sénat Conservateur* sorprendentemente lo encontramos diseñado, casi por completo, antes en Spinoza (18).

Aparte de esta contemplación *more geometrico*, de las normas e instituciones jurídicas que en el caso del «constructor de Constituciones» anuncia ya la perspectiva moderna de la ingeniería constitucional, percibimos un ingrediente teológico, también en Spinoza. Tal ingrediente se remonta a la teoría de la ley de Santo Tomás de Aquino. En efecto, varios autores norteamericanos han indicado los precedentes tomistas del examen de constitucionalidad de las leyes (19). Del mismo modo, Evers (20) apunta cómo hay un escalonamiento de las normas (ley divina, ley natural, ley positiva). En la postura aquinatense, las dos primeras leyes sirven de parámetro para juzgar la legitimidad de las normas positivas, incluidas las constitucionales (21). Naturalmente, estas ideas corresponden a la *imago mundi* medieval, unitaria y jerarquizada: *omnis multitudo ab unum procedit et ab unum reducitur*. Se apoyan en una ontología aristotélica cristianizada, que descansa en sustancias y esencias, pero que después de la secularización, racionalización y geometrización se convierten en un esquema nominalista (22). El rechazo de la metafísica, de las esencias y sustancias y su sustitución por el nominalismo matematizado con el apogeo de las ciencias experimentales, conducirá, paulatinamente, a la

(17) Así le califica CARL SCHMITT: *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, prólogo de Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 216 (en nota).

(18) Cfr. GEORGES PARISET: *Études de histoire révolutionnaire et contemporaine*, Société d'Édition de las Belles Lettres, Paris, 1929, págs. 7 y sigs. La tesis de este autor la recojo en mi *Curso de Derecho político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 865-866.

(19) ANDREW C. McLAUGHLIN: *The Foundations of American Constitutionalism*, The New York University Press, Washington Square East, Nueva York, 1932, páginas 110 y sigs.; C. McILWAIN: *Constitutionalism and the changing World*, Cambridge University Press, 1939, reimpr. 1969, págs. 19 y 274; JOSEPH M. SNEE (S): «Leviathan at the Bar of Justice», en *Government and Law. A Conference held at Harvard Law School on the Occasion of the bicentennial of John Marshall, Chief Justice of the United States, 1801-1835*, Edited by Arthur E. Sutherland, Harvard University Press, Cambridge, 1956, págs. 91 y sigs.

(20) HANS ULRICH EVERS: *Der Richter und das unsichtliche Gesetz*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1956, págs. 40 y sigs.

(21) Cfr. la cita completa, de los textos del Aquinatense, en mi *Curso de Derecho político*, cit., vol. IV, págs. 825, 859 y 860.

(22) LESZEK KOLAKOWSKI: *La filosofía positivista*, cit., págs. 17 y sigs.

visión matemática y geométrica del cosmos jurídico. Esta *mathesis* se comprueba en Wolff, Leibniz y Vattel, patente también en el mismo Rousseau. Así escribe Caballero Harriet (23), que el ginebrino se enorgullece de hacer construcciones tan ciertas como las de Euclides, y en el *Second Discours* «reivindica para él la certeza y la cientificidad que se reconoce a las investigaciones físicas» (24), aunque en todos ellos se perciben también contenidos iusnaturalistas que terminarán, más adelante, por desvanecerse.

Aparte de estos precedentes lejanos, que corroboran las raíces culturales de la *Stufenbautheorie*, interesa ahora recordar fuentes más próximas de carácter filosófico-jurídico sobre el pensamiento de Kelsen; así, por ejemplo, tenemos a Ernest Rudolf Bierling (1841-1919), que anuncia, sintéticamente, la teoría en su *Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 2 vols. (1877-1883), y *Juristische Prinzipienlehre*, 5 vols. (1894-1917).

Una expresión *canonica* de la concepción lógico-constructivista aparece en Paul Laband de modo expresivo, que conviene recordar. Según él *Kronjurist* del Imperio guillermino (25), la función científica de la dogmática jurídica estriba «en la construcción de institutos jurídicos, en la reconducción de las proposiciones jurídicas particulares, a conceptos generales por un lado, y de otra parte, en la extracción de estos conceptos de las consecuencias correspondientes», y añadía que para «... emprender esta tarea no hay otro medio que la lógica... de suerte que todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas carecen de importancia para la dogmática de un contenido jurídico concreto».

Apunta Leibholz (26) que el método labandiano empareja con la doctrina conceptualista del Derecho (*Begriffsjurisprudenz*), «que tendía a extraer conceptos arbitrariamente elegidos de las conclusiones, las cuales, bajo la apa-

(23) FRANCISCO CABALLERO HARRIET: «Rousseau y el discurso de la desigualdad», en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 17, marzo-abril 1984, pág. 53.

(24) J. J. ROUSSEAU: *Narcise ou l'amant de Loui Mème*; prefacio, *Obras completas*, pág. 261, citado por Caballero. También recoge estos textos de LEIBNIZ: *Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, II, pág. 25. Aquí pretende sistematizar al Derecho a partir de principios elementales de los que se pueden deducir normas carentes de excepciones. Cfr. WOLFF: *Institutiones iuris natural et gentium*, 43. A partir de la ley natural fundamental, siguiendo el hilo continuado del razonamiento, se obtienen, mediante la lógica, las leyes naturales particulares. Según Caballero, E. de Vattel sintetiza las teorías iusnaturalistas de Leibniz y Wolff.

(25) PAUL LABAND: *Das Staatsrecht des deutschen Reiches in 4 Bänden Neudruck der 5 Auflage*, Tubinga, 1911; Scientia Verlag Aalen, 1964, Band I, pág. 5.

(26) GERHARDT LEIBHOLZ: *Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la Constitución*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964; «Tendencias actuales de la doctrina del Derecho público en Alemania», en dicha obra, pág. 16.

riencia de términos jurídicos, no eran, en realidad, sino puramente políticos. Esta tesis de Laband fue desarrollada tanto en lo relativo a inferencias lógico-matemáticas como a la depuración de contenidos extrajurídicos». En este sentido, como dice Leibholz, Kelsen fue el ejecutor testamentario de Paul Laband.

El punto de vista metodológico del autor oficioso del Imperio guillermino fue duramente criticado por Rudolf Smend (27) al afirmar que, entre los clásicos del Imperio, las exposiciones de Haenel y Seydel fueron mucho más veraces que las de Laband, pese a varios defectos, aunque éstos eran fácilmente controlables, al revés de lo que sucede en la obra labandiana debido a las omisiones que padecen, como señalaron Triepel y Bilfinger.

A juicio de Smend, «el libro oficioso del Derecho constitucional bismarckiano percibe los problemas constitucionales de la época en tan menor medida como el Derecho constitucional mismo, condicionado por un método formalista y un claro escepticismo agnóstico con respecto a todo aquello que vaya más allá de los detalles individuales del conjunto normativo y real, detalles que se conciben, naturalmente, de forma exclusivamente positivista» (28). Agudamente, el teórico de la integración del Estado indica la curiosa coincidencia de que la Constitución de Bismarck necesitase, por el mismo interés estratégico de aquél, un tratamiento como el de Laband. A pesar de la refinadísima técnica conceptual de que hace gala el método labandiano, en definitiva fue un estorbo para comprender profundamente su objeto. Además, fue síntoma y una de las causas de la educación apolítica de la generación que creció en la época bismarckiana.

Si trazamos un paralelismo con la obra de Kelsen y su circunstancia, su pretendida neutralidad, su pureza metódica, contrastó con la efervescencia política de su tiempo. La geometrización del fenómeno jurídico, presentándole como un sistema ordenado escalonadamente en cuanto pura absolutización del Estado liberal de Derecho, no tenía nada que ver con las ideas y frustraciones continuas del período weimariano.

Como es sabido, Kelsen siguió la doctrina del neokantiano Hermann Cohen en la Universidad de Marburgo. Las obras de este último llevan títulos significativos. En ellos aparece el término *puro* (29): lógica del conocimiento

(27) SMEND: *Constitución y Derecho constitucional*, cit., págs. 191 y sigs.

(28) KOLAKOWSKI: *La filosofía positivista*, cit., pág. 16, considera como rasgo del positivismo el rechazo de entidades ocultas. «El sistema que organiza nuestras experiencias debe ser tal que no puede introducir en la experiencia seres suplementarios, inexistentes en la experiencia...», pág. 19.

(29) HERMANN COHEN: *Logik des reinen Erkenntnis*, 2.^a edic.; *Ethik des reinen Willens*, 3.^a edic., 1921.

puro; ética de la voluntad pura. El autor de la pureza metódica cita en su *Teoría general del Estado* varias afirmaciones del profesor de Marburgo para corroborar sus tesis (30). Para Cohen, la actividad del pensamiento es a la vez su contenido, y su misma producción es su producto. La generación de los objetos por el pensamiento pretende hallarla con el cálculo infinitesimal.

Nuestro autor confiesa, elogiosamente, su deuda intelectual con su maestro Georg Jellinek (31). Sin embargo, es forzoso recordar la crítica que el discípulo hizo de la posición metodológica del maestro, sobre todo de la teoría de las dos facetas del Estado (Teoría social del Estado y Teoría jurídica del mismo), como es bien sabido. No obstante, conviene reproducir varias afirmaciones de Jellinek, unas que anuncian el método kelseniano y otras que no cuadran con él. Se percibe una oscilación en el método del profesor de Heidelberg que precisamente se debe a su tratamiento dualista del Estado (método sociológico y método jurídico). Para Jellinek (32), las normas más importantes relacionadas con la ciencia del Estado son las jurídicas. La ciencia del Derecho es una ciencia no de leyes, sino de normas. De aquí se infiere la distinción fundamental, para la metodología, entre la doctrina sociológica del Estado y la doctrina jurídica del mismo. En coherencia con esto aclara que la doctrina jurídica del Estado se diferencia de la política porque la primera

(30) Así, para defender su crítica del Estado como organismo en lugar de un sistema, se apoya en Cohen: «Por paradójico que parezca, el Estado no puede concebirse como organismo perfecto más que si se desprende de su concepto de aquella esfera dentro de la cual tiene validez el organismo natural; es decir, si se busca al Estado no en el reino de la naturaleza, sino en el del espíritu. Pero el Estado es un organismo perfecto en tanto que constituye un sistema perfecto, porque la idea del organismo no es otra cosa que idea del sistema» (*Teoría general del Estado*, cit., pág. 347). Más adelante, *op. cit.*, pág. 286, cita este texto de COHEN: «La teoría del Estado es necesariamente teoría del Derecho político. El método de la teoría del Estado se halla en la ciencia jurídica. Aun cuando para constituir el concepto de la ciencia política deben cooperar otras ciencias, el fundamento metódico está formado indiscutiblemente por la ciencia del Derecho. El concepto y el método de la ciencia del Estado está condicionado preferentemente por la ciencia del Derecho» (*Ethik des reinen Willems*, 2.ª edic., 1921, pág. 64). Igualmente recoge, pág. 514, la opinión de su maestro (*Logik des reinen Erkenntnis*, 2.ª edic., pág. 349) sobre la distinción entre organismo y sistema.

(31) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit. Prólogo, pág. IX: «Compréndase que de modo especial me haya referido a la *Teoría general del Estado* de Georg Jellinek, cuyo mérito más duradero es el de haber sintetizado de modo perfecto y magistral la teoría del Estado de la última centuria; en la mayoría de los casos, sus concepciones representan lo que podríamos llamar el patrimonio científico del universitario medio. Por eso, cuantas veces necesitaba referirme a esto, encontré un apoyo esencial en el *standard work* de mi inolvidable maestro.»

(32) GEORG JELLINEK: *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Editorial Albatros, 1981, pág. 15.

contiene, esencialmente, juicios de mero conocimiento (*Erkenntnisurteile*), en tanto que el contenido de la política está formado por juicios de valor (*Werturteile*) (33). A su juicio, el método jurídico fija los principios de la doctrina jurídica del Estado y la evolución del contenido de tales principios del Derecho. La doctrina jurídica del Estado, insiste, es una ciencia de normas que se diferencian de las afirmaciones acerca del ser del Estado como fenómeno social. «Gran parte de las discusiones metódicas en esta disciplina proceden de la falta de claridad con que suele verse esta doble naturaleza del Estado y de la oposición que nace aquí, respecto al modo como han de ser tratadas las ciencias referentes al mismo» (34).

Jellinek sostiene, por otra parte, que los conceptos fundamentales del Derecho político, que engendran y sirven de soporte a los demás, habrán de ser tratados de un modo puramente lógico (35).

Kelsen, unas veces elogia y otras critica a la *standard work* de Jellinek. Rechaza la división «... hoy generalmente aceptada, de la Teoría general del Estado en una doctrina social (sociología del Estado), causalista y una teoría jurídico-normativa del Derecho político» (36). Conforme a los principios positivistas de la moderna Teoría del Estado, la «política» debe separarse fundamentalmente del Derecho, y por eso éste y no la política debe servir para justificar cualquier acto como jurídico o estatal. «Sin embargo, se enseña al propio tiempo que la investigación jurídica en torno al Estado no puede prosperar si deja de tener en cuenta lo 'políticamente posible', lo 'políticamente saludable' (Jellinek). Pero lo que sea posible o saludable desde el punto de vista político tiene que ser juzgado a través de criterios harto diversos, y, por eso, si no está de acuerdo con el contenido del Derecho político, precisa rechazarlo como Derecho natural. Tal doctrina no puede tener apenas otro sentido que el de pretender la legitimación de determinados postulados de ciertos grupos políticos, en oposición con el Derecho positivo. Cuando esta doctrina afirma, por ejemplo, como resultado de la investigación teórica en torno al Estado, que hay una presunción a favor de la juridicidad de todas las acciones

(33) JELLINEK: *op. cit.*, pág. 10; KOLAKOWSKI: *op. cit.*, pág. 20, subraya como rasgo del positivismo la negación de todo valor cognoscitivo a los juicios de valor.

(34) JELLINEK: *op. cit.*, pág. 37.

(35) JELLINEK: *op. cit.*, pág. 12. Cfr. también lo que dice en la pág. 14.

(36) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 477. Cfr. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Rechtslehre*, 2.ª edic., 1928; Scientia Verlag Aalen, 1981, págs. 10 y sigs.; 2.ª edic., Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), y *Der soziologische und des juristische Staatsbegriff*, 18-20, págs. 4 y sigs., y el prólogo a la 2.ª edic. de su *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus des Lehre vom Rechtssatze*, 1923, pág. XIX, 2.ª edic., Scientia Verlag, 1984. Cfr. trad. esp. de W. Roces en Editorial Porrúa, S. A., México, 1987, pág. LII.

de los órganos estatales, hablan por ella los intereses de los grupos dominantes, de los grupos que en ese momento afirman su poder» (37).

No nos detendremos ahora en precisar el influjo de Bierling y otros sobre la teoría gradualista del ordenamiento jurídico (38) y sobre las críticas de Fritz Sander (39); por tanto, diremos algo acerca de Adolf Merkl, porque, como es sabido, los discípulos de Kelsen no sólo desarrollaron las tesis del maestro, sino que, además, influyeron sobre él. La citada escuela fue un auténtico hogar intelectual donde se cultivaron el Derecho constitucional, administrativo e internacional [Merkl, Verdross (40), Kunz, entre otros]. Allí se intercambiaron, fecundamente, puntos de vista que recondujo el maestro a su sistema. Este es el caso de la *Stufenbautheorie*.

Kelsen se refiere a la concepción gradualista del ordenamiento jurídico de Merkl en el libro III: *La creación del orden estatal* (Dinámica. Cap. séptimo: «Las etapas de la creación. Teoría de los poderes o funciones del Estado»,

(37) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 105. Nuestro autor se refiere a las afirmaciones de Jellinek contenidas en su principal obra, pág. 13, *lo que es imposible políticamente, no puede ser seriamente objeto de investigación jurídica*. «Un segundo principio enseña al conocimiento político la ciencia del Derecho, y es la *pre-sunción de legalidad en las acciones de los órganos supremos del Estado*», *ibidem*. Los subrayados son de Jellinek.

(38) No hay que olvidar al holandés H. Krabbe con su tesis de la soberanía del Derecho. Sin embargo, KELSEN la critica (*Teoría general del Estado*, págs. 141-142), aunque las consecuencias finales de dicha crítica son inadmisibles porque hieren los contenidos materiales del Estado de Derecho. Cfr. de H. KRABBE: *Die Lehre der Rechts-souveränität*, 1906, y *Kritische Darstellung der Staatslehre*, Haag Martinus Nijhoff, 1930. Cfr. págs. 126 y 129, donde expone la doctrina del Estado de Spinoza, precedente lejano —como vimos— del logicismo-geométrico. Cfr. la crítica de la soberanía del Derecho y del Estado de Derecho, mantenidas por Krabbe, que le hace Kelsen en sus obras, ya citadas, *Das Problem der Souveränität*, págs. 22 y sigs., y *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, págs. 184 y sigs. Le acusa de que parte, el autor holandés, de puntos de vista iusnaturalistas (pág. 185). Posteriormente, otro holandés, Kranenburg, profesor de la Universidad de Leiden, expuso la tesis de Krabbe (cfr. del primero su *Teoría política*, trad. de Juan B. Bazant, Fondo de Cultura Económica, México, 1941, págs. 135 y sigs., 138 y sigs. y 147), donde critica la posición de Kelsen: «La solución dada por la Escuela vienesa al problema de la relación entre el Estado y el Derecho es algo así como un hombre que trata de salvarse agarrándose a un junquillo cuando se está ahogando.»

(39) FRITZ SANDER: *Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechts-erfahrung*, vol. II, reimpresión de la edición en Leipzig y Viena, Scientia Verlag Aalen, 1969, págs. 1114 y sigs.

(40) Kelsen corrobora la tesis de Verdross: «Por eso es rigurosamente exacto afirmar que un orden jurídico es positivo si se le individualiza, y en tanto que se le individualiza» (Cfr. *Teoría general del Estado*, cit., pág. 327). No es menester subrayar el desarrollo por el filósofo e internacionalista austriaco de ideas kelsenianas.

parágrafo 33f: «La legislación y la jurisdicción como etapas diferentes del proceso de creación jurídica» (41). En nota a dicho parágrafo remite a sus *Hauptprobleme*, 2.^a ed., cit., Prólogo, págs. XII y sigs., y, especialmente, a Adolf Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, págs. 81 y sigs., escribe: «... La teoría merkleiana de la construcción escalonada del orden jurídico es decisiva para mi doctrina de las funciones del Estado» (42). El fundador de la Escuela de Viena advierte la necesidad de una articulación *lógica* de las funciones del Estado depurándole de intereses al servicio de la lucha política (43). A su juicio, todo el proceso de creación jurídica constituye una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del Derecho. «Este no existe únicamente en la forma de ley, en la etapa de las normas generales, como se precisa de ordinario. La 'ley' no es ni el grado único ni siquiera el grado supremo del orden jurídico, como ha demostrado con vigor extraordinario una teoría, la cual ha prestado a la ciencia del Derecho el valioso servicio de mostrar la estructura graduada, jerárquica del orden jurídico» (Merkl).

«La legislación —continúa— es aplicación del Derecho, lo mismo que la jurisdicción es creación jurídica —a pesar de que la doctrina tradicional contraponía ambos conceptos, como creación y aplicación, respectivamente—. La sentencia judicial es aplicación del Derecho si se le considera en relación con el grado normativo superior de la ley; por lo cual, es la sentencia jurídicamente determinada. Pero es creación de Derecho si se la considera en relación con aquellos actos jurídicos que han de realizarse «sobre la base» de la misma —por ejemplo, los actos de ejecución— o en relación con las partes cuyos deberes concretos son estatuidos por la sentencia. Del mismo modo, la ley, que es creación del Derecho por relación a la sentencia, es aplicación del mismo por relación a una fase normativa superior, por la cual son las leyes jurídicamente determinadas» (44).

(41) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 305. Cfr. también, *La teoría pura del Derecho*, cit., vol. V: *El orden jurídico y su gradación*, págs. 94 y sigs.

(42) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 510.

(43) *Ibidem*, pág. 300.

(44) *Ibidem*, pág. 305. A continuación, el maestro explica, sintéticamente, la Constitución como grado supremo; en pág. 306, antes pág. 128, escribe: «En esencia, la unidad del orden jurídico es la unidad de un proceso de creación del Derecho, como se mostrará más a fondo cuando expongamos la teoría de las etapas de la formación del orden estatal» (cfr. págs. 299 y sigs.). El contenido genérico de la norma originaria que fundamenta el sistema del orden jurídico es el establecimiento de una autoridad, de una fuente del Derecho cuyas manifestaciones tienen fuerza jurídica de obligar: «Comportaos como os ordene la autoridad jurídica —el monarca, la asamblea popular, el Parlamento, etc.—», así reza la norma fundamental (simplificándola en honor de la claridad).

En el párrafo 36: «La Constitución (La Constitución en sentido lógico-jurídico y jurídico-positivo. A) Subordinación, no coordinación, de las funciones del Estado. Teoría de la pirámide jurídica)» (45) desarrolla, con más detalle, la teoría de la *Grundnorm* y el escalonamiento del ordenamiento jurídico. La exposición más diáfana y, por tanto, didáctica de la gradación del orden jurídico la desarrolla Kelsen en su *Teoría pura del Derecho* (46), que aquí no vamos a reproducir por ser muy conocida. Basta con decir que subraya que la norma fundamental es la regla básica conforme a la cual se producen las restantes normas del ordenamiento: «La instauración (*Ein-Setzung*) de la situación de hecho fundamental de la producción jurídica. Es el punto de partida de su procedimiento; tiene un carácter absolutamente dinámico-formal» (47). El autor acentúa el carácter logicista de su doctrina cuando dice: «Con la teoría de la norma fundamental, la teoría pura del Derecho sólo intenta poner al descubierto, mediante un análisis del proceder efectivo, las condiciones lógico-trascendentales del método del conocimiento positivo del Derecho que se practica desde tiempo inmemorial» (48).

En nuestros días, Lumia (49) se inspira en Kelsen cuando considera al ordenamiento jurídico como estructura (50). Empero, su claro desarrollo y la referencia al concepto de norma fundamental mantenido por Hart (norma de reconocimiento) no nos sirve para el propósito de nuestro trabajo, que estriba en sorprender las vertientes y condicionamientos culturales (ideológicos y sociopolíticos de la teoría gradualista) (51).

En cambio, Heller (52) dedica unas consideraciones muy sugestivas sobre

(45) *Ibidem*, págs. 325 y sigs.

(46) KELSEN: *Teoría pura del Derecho*, cit., págs. 94 y sigs.; cfr. trad. cit. de Ver-nengo, además la presentación de Rolando Tamayo y Salmorán, págs. 5 y sigs., y la nota final del traductor de la segunda edición, págs. 357-358.

(47) *Ibidem*, pág. 97.

(48) *Ibidem*, pág. 100.

(49) GIUSEPPE LUMIA: *Principios de teoría e ideología del Derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Colección Universitaria, Editorial Debate, Madrid, 3.ª reimpr. 1981, págs. 57 y sigs.

(50) *Ibidem*, pág. 57: «Si por estructura se debe entender, como propone Piaget, 'Un sistema total de transformaciones autorreguladoras', parece evidente que el ordenamiento jurídico constituye precisamente una estructura. La *Teoría pura del Derecho*, de Hans Kelsen, en la que estas páginas están ampliamente inspiradas, nos suministra un modelo de comprensión de la experiencia jurídica que se compagina bien con una concepción estructuralista del Derecho en el sentido precisado.»

(51) Aunque LUMIA titula su obra *Principios de teoría e 'ideología'* (comillas de P. L. V.) del Derecho.

(52) HERMANN HELLER: *Teoría del Estado*, edición y prólogo de Gerhardt Niemeyer, trad. de Luis Tobío, 7.ª reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

la dogmática del Derecho y la unidad del orden jurídico examinadas desde los métodos y categorías logicistas.

En las páginas de su obra póstuma, dedicadas a la Constitución jurídica destacada (53), el malogrado maestro advierte que el dogmático del Derecho constitucional moderno debe «... elaborar la materia jurídica positiva de modo que ésta sea útil para la unidad y ordenación temporal y sistemática de la organización estatal. Toda la problemática de nuestra dogmática jurídico-constitucional desemboca, en último término, en la creación jurídica, la justicia y la ejecución, a pesar de que el legislador no puede abarcar ni prever completamente la conducta presente ni la futura de los miembros de la comunidad jurídica» (54). Aunque, desde un punto de vista metódico, la jurisprudencia dogmática es una ciencia normativa que no explica conexiones reales, de suerte que procede dogmáticamente, dentro de nosotros mismos, partiendo de la conexión normativa, de la legalidad relativamente propia, aquélla no es plenamente autárquica ni autónoma porque su sentido y método no pueden comprenderse ni explicarse desde puntos de vista normativos inmanentes, sino, desde enfoques político-históricos, que corresponden a la ciencia de lo real. La dogmática constitucional existe para servir al fin de una continuidad histórica y sistemática de la Constitución real, de modo que su método ha de orientarse a dicho fin. «La conexión normativa jurídica es una conexión jurídica de referencia porque su fin es servir a una conexión real y autoritaria de mandatos. La orden y la sentencia en el Estado de Derecho deben basarse en la ordenanza y la ley, y ésta, a su vez, en la Constitución, por causa de que la unidad y ordenación de la conexión de acción organizada del Estado requiere un sistema de *supra* y subordinación eficaces» (55). Ahora bien: «... desde un punto de vista jurídico, carece de todo valor de conocimiento el concebir las normas de orden inferior como incluidas lógicamente en las de orden superior y, finalmente, a todas en una norma hipotética fundamental» (56). Según Heller, una conexión de normas integra una unidad en la medida que es querida, eficazmente, por una autoridad de la comunidad. La suma de los preceptos jurídicos existentes jamás constituye un sistema lógicamente cerrado y unitario. En cuanto obra humana, siempre contendrá imperfecciones y lagunas.

(53) *Ibidem*, págs. 278 y sigs. Estas páginas, nunca me cansaré de insistir, son realmente muy sugestivas.

(54) *Ibidem*, pág. 282.

(55) *Ibidem*, pág. 285.

(56) *Ibidem*, pág. 286.

4. *El eco de la «Stufenbautheorie» en la doctrina italiana*

Mi maestro Ferruccio Pergolesi (57) se ocupó en una obra, que merecería reimpressiones, de la doctrina kelseniana sobre la cuestión que nos ocupa.

A su juicio, una pluralidad de fuentes normativas puede reconducirse a una fuente originaria que fundamenta positivamente su validez. Coincide con Kelsen en que el Derecho regula su propia producción (58). La unidad del ordenamiento jurídico está en función de una relación de producción (*Erzeugunszusammenhang*) que se desenvuelve desde su fuente originaria (por simple posición hipotética de cada ordenamiento jurídico, visto formalmente desde dentro de sí mismo) soberanamente autónoma (59). Seguidamente, el maestro italiano expone la teoría escalonada del ordenamiento jurídico con alguna observación crítica (60). Considera que para la comprensión plena de un ordenamiento, en su funcionamiento real, no basta estudiar las normas abstractas. Hay que profundizar en su actuación y tener en cuenta los institutos no disciplinados por normas si bien reconocidos, implícitamente o como presupuestos, que operan de hecho (partidos políticos). La Teoría pura del Derecho inatacable en la pureza de su método, y, por tanto, con innegables méritos, es incapaz, por sí sola, de captar *toda la realidad* de la vida jurídica (61). Al final de su monografía, el autor amplía su posición ante el asunto (62).

Sostiene la necesidad de un sistema de las normas jurídicas mediante las fuentes que las contienen. Si todo sujeto pudiese crear libremente normas y toda norma quedase separada de las otras se daría un caos, no un ordenamiento. Por tanto, el ordenamiento positivo debe reproducirse, lógicamente, en una construcción unitaria, completa y jerarquizada. A su juicio, la *Stufen-theorie der Rechtsordnung*, de Kelsen, es una contribución decisiva, y a continuación la expone (63), así como las objeciones que se le han hecho (64). Sobre todo, las esgrimidas por Raymond Carré de Malberg (65). Desde el

(57) FERRUCCIO PERGOLESÍ: *Saggi su le fonti normative*, Giuffrè, Milán, 1943 (II: *La Costituzione come fonte di validità dell'ordinamento giuridico*, págs. 29 y sigs.).

(58) *Ibidem*, pág. 27.

(59) *Ibidem*, págs. 29-30.

(60) *Ibidem*, pág. 31.

(61) *Ibidem*, pág. 35.

(62) *Ibidem* (VIII: *Osservazioni sul sistema gradualistico delle fonti*, págs. 111 y sigs.).

(63) *Ibidem*, págs. 113 y sigs.

(64) *Ibidem*, págs. 117 y sigs.

(65) RAYMOND CARRÉ DE MALBERG: *Confrontation de la théorie de la formation*

punto de vista técnico-jurídico, Pergolesi insiste en que una norma no puede calificarse, delimitarse o condicionarse más que por otra norma, hasta llegar a la fuente primaria o fundamental (66).

Todas las fuentes están interrelacionadas jerárquicamente, comprendidas las que no han sido enumeradas por el Estado, sino por entes distintos de éste, incluyendo las establecidas por entes privados, con tal de que tengan relevancia en el ordenamiento estatal. Son fuentes que contienen imperativos legales productores de efectos en dicho ordenamiento creado por el Estado o considerado por éste como válido y efectivo. Tal es el núcleo de verdad (la concatenación necesariamente unitaria y jerárquica de las fuentes), que puede y debe aceptarse de la Escuela vienesa (67).

Aunque Pergolesi acepta la teoría gradualista, añade que es oportuno indicar algunas precisiones (68). En principio, importa aclarar que la jerarquía de las fuentes tiene valor en función de la *intensidad* del mandato. Es menester establecer cuál es, antes de la norma, la fuente de la que hay que extraerla. Un reglamento, una costumbre, un contrato colectivo de trabajo, un contrato individual de trabajo contiene normas diversas: ¿Qué normas han de aplicarse al caso concreto? Las normas de la fuente prevalente, o sea, la jerárquicamente superior: tal es el problema previo. Si se aplican las normas de una fuente jerárquicamente inferior, esto ocurre sólo y en la medida que lo admita la fuente superior, ya que siempre es ésta la que condiciona a las otras y, por tanto, permanece siempre en el grado superior.

Pergolesi admite la observación de Carré de Malberg respecto a que el grado de eficacia está estrechamente vinculado al grado o poder de los órganos del ente soberano (Estado) y de los sujetos de las varias autonomías normativas, competentes para la producción de las fuentes, si bien rechaza la tesis del francés de que la teoría de la gradación de las funciones y de las reglas debe sustituirse o de someterse a la de gradación de los órganos. Esto último le parece excesivo porque la gradación de las fuentes cuenta con su propia razón de ser y no puede sustituirse por una teoría gradualista de los órganos cuya razón de ser es distinta y es otro objeto, ya que no debe confundirse en un mismo concepto el órgano con su actividad normativa. La jerarquía no implica siempre necesariamente su sucesiva «ejecución». Así, las fuentes emanadas en virtud de la autonomía de los particulares y de los entes diferentes del Estado no pueden llamarse ejecutoras de otras normas, pues

du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation, Sirey, París, 1933.

(66) PERGOLESI: *op. cit.*, pág. 119.

(67) *Ibidem*, pág. 120.

contradirían dicha autonomía (69). Tampoco puede decirse que la discrecionalidad sea elemento que figure, necesariamente, en el proceso gradualista de formación del Derecho. Los órganos del poder judicial generalmente no tienen facultad discrecional, libre determinación del contenido y de las formas de sus propios actos, y, sin embargo, las sentencias aparecen entre las fuentes, como señala la misma *Stufentheorie* (70).

Pergolesi precisa que hay que excluir el presupuesto de la *exclusiva estatalidad del Derecho*, es decir, que todas las normas y fuentes son creación o producción exclusiva del Estado. Pueden establecer normas los particulares e innumerables entes reconocidos por el Estado como personas con fines propios y capacidad normativa propia. Sólo cabe decir que tales normas (sus correspondientes fuentes), tienen relevancia, validez, en el ordenamiento estatal, en la medida que el mismo Estado las admite como fuentes legales, productoras de efectos jurídicos. Es normal que la fuente superior tenga contenido más abstracto. También lo es la progresiva individualización o concreción de la norma al descender en la escala jerárquica de las fuentes. Pero no es rasgo esencial (71).

También Costantino Mortati (72) se hizo eco de la teoría de Merkl-Kelsen sobre la estructura escalonada del ordenamiento jurídico. En principio, el ilustre maestro la consideró inexacta por el carácter absoluto que le atribuyeron sus autores. Ahora bien, aunque se admita la tesis de Esposito, que considera la paridad ordenada entre todas las diferentes manifestaciones de voluntad del Estado, excluyendo una diversa intensidad y graduación de esa voluntad, no puede discutirse que, al menos respecto a la Constitución, hay que postular como necesaria su posición de supremacía frente a la restante actividad (73). El autor de la Constitución, en sentido material, sintetiza el pensamiento de Kelsen sobre la norma fundamental fundadora del ordenamiento jurídico. Mortati subraya la exacta consideración de Kelsen que del mero hecho no puede deducirse una relación de mando-obediencia de carácter jurídico, de modo que la validez de las normas constitucionales no estriba en ellas mismas porque por encima de la Constitución en sentido jurídico positivo, que tiene como contenido necesario las normas reguladoras del procedimiento legislativo, aparece la Constitución en sentido lógico-jurídico, la *Grundnorm*, que

(68) *Ibidem*, págs. 121 y sigs.

(69) *Ibidem*, pág. 123.

(70) *Ibidem*, pág. 124.

(71) *Ibidem*, pág. 125.

(72) COSTANTINO MORTATI: *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milán, 1940.

(73) *Ibidem*, pág. 29.

tiene carácter *jurídico* (pues, de lo contrario, sería heterogénea respecto al ordenamiento); además, no tiene carácter absoluto material, esto sería Derecho natural, sino *formal*, pues postula operar conforme al mandato del órgano supremo, *fundamental* porque explica la validez e identidad del orden positivo, y, por último, *hipotética*, ya que no se obtiene por vía positiva, deducida de otra norma precedente, sino que es puesta por el pensamiento para que pueda pensarse un orden jurídico como positivo (74).

Mortati apunta algunas críticas a la doctrina kelseniana. Veamos.

Ante todo advierte una contradicción clara entre la exigencia de excluir del concepto del Derecho cualquier referencia a la realidad de las relaciones sociales y la deducción implícita de la norma presupuesta por dicha realidad. O la norma presupuesta es sólo una hipótesis, un sustitutivo lógico para permitir pensar, teóricamente, el Derecho positivo, y entonces no cumple su función, siendo inútil, si es que no es mera tautología; no añade nada nuevo; no explica la validez del Derecho positivo; no resuelve la antítesis entre Constitución real y Constitución jurídica, o bien no es una hipótesis en cuanto susceptible de prueba y sólo es válida con esa condición, y en tal caso sólo puede constituirse basándose en el conocimiento de su contenido sociológico idéntico a las relaciones de las fuerzas efectivas.

Ahora bien, si las fuerzas políticas confieren no sólo eficacia, además de validez al ordenamiento, habría que argumentar, frente a Kelsen, que la norma que de ellas emana, produciendo un auténtico grado supraordenado a la legislación, ha de autoconsiderarse como el verdadero contenido específico de la Constitución y han de incluirse en ella las mismas fuerzas de las que emana dicha norma (75).

Respecto a la unidad del sistema, Mortati advierte que el formalismo de Kelsen no logra explicar el Derecho vigente según las conexiones de grados vinculados a la norma fundamental, y si lo consigue, sólo es formalmente, según un conocimiento teórico, excluyendo del Derecho, objeto de la ciencia jurídica, todo aquello que no puede conocerse según una orden de deducciones lógicas, y con la consecuencia de admitir la existencia de un doble ordenamiento, de un doble aspecto o de un doble fondo del Derecho correspondiente a la distinción entre el acto de voluntad creador del Derecho y el conocimiento del mismo (76). No obstante, el maestro italiano alaba las tesis de Kelsen sobre la realidad jurídica del Estado y acerca de la Constitución como criterio supremo mediante el cual se opera la referencia de las activida-

(74) *Ibidem*, págs. 31-32.

(75) *Ibidem*, págs. 33-34.

(76) *Ibidem*, pág. 35.

des, incluidas en el sistema, en que se sustancia el Estado (77). Por último, el maestro italiano señala los condicionamientos, ideológicos y sociológicos, de la Teoría pura del Derecho (78), y escribe significativamente: «El poner Kelsen la norma fundamental como puramente objetiva, y la ausencia de cualquier investigación sobre su sujeto, corresponde a la tendencia a una concepción unipersonal del ordenamiento, en el cual la soberanía corresponde a la norma, no a los individuos» (79).

Recientemente, mi querido amigo y compañero el profesor Giuseppe de Vergottini (80), tras alabar la producción científica del maestro Pergolesi, estudia el impacto de Kelsen sobre la teoría del sistema de fuentes del Derecho en particular, en el punto del gradualismo jurídico, que Pergolesi acepta con algunos matices. Su planteamiento gradualista, a juicio de Vergottini (81), coincide con una elección ideológica a favor de un sistema de garantías de la Constitución que asegure las libertades fundamentales. Esta opción ideológica se concreta aún más por el iusnaturalismo que el antiguo profesor de Bolonia mantuvo. Naturalmente, estas opciones contrastan con el postulado de la pureza metódica kelseniana.

Entre las modificaciones que Pergolesi introdujo en el gradualismo de las fuentes y de las normas figuran las que versan sobre la estaticidad del sistema gradualista de las fuentes y la movilidad de las normas, en la medida que normas contenidas en fuentes de grado inferior pueden prevalecer sobre normas contenidas en fuentes de grado superior, con tal de que estas últimas consientan tal derogación. Por ejemplo: prevalencia de normas negociadas privadas sobre normas de ley dispositivas (82).

A mi juicio, más que hablar de una escuela gradualista italiana es mejor referirse a la atención que suscitó la doctrina de Kelsen en la doctrina subalpina, abundante en matizaciones y críticas, tanto en lo que se refiere al sistema de las fuentes del Derecho como a la Teoría pura del mismo. En el primer caso, Alessandro Pizzorusso (83) sostiene —inspirándose, *mutatis mutandis*, en Kelsen— que el principio de efectividad puede considerarse como la norma fundamental del sistema de las normas sobre las fuentes, que tiene

(77) *Ibidem*, pág. 37.

(78) *Ibidem*, pág. 37 (nota 29).

(79) *Ibidem*, pág. 34 (nota 21). También el holandés Krabbe sostiene lo mismo.

(80) GIUSEPPE DE VERGOTTINI: «Ferruccio Pergolesi e lo Studio del Diritto pubblico», en *Diritto e Società*, núm. 4, 1987, págs. 701 y sigs.

(81) *Ibidem*, pág. 702.

(82) *Ibidem*, pág. 706.

(83) ALESSANDRO PIZZORUSSO: *Fonti del Diritto. Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca Zanichelli (eds.), Il Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1977, págs. 11-12.

su grado sucesivo en el conjunto de las normas sobre la producción jurídica y el tercero en las normas producidas. La presencia de una norma fundamental es lógicamente necesaria para justificar la relación instrumental que media entre las normas sobre las fuentes y las normas «sustanciales».

Por su parte, Gustavo Zagrebelski (84) critica la Teoría pura del Derecho y añade que la referencia a la norma fundamental, si bien es cierto que permite considerar el paso de un ordenamiento a otro a través de la mutación de aquella o mejor mediante su referencia histórica, olvida las transformaciones lentas, graduales y cotidianas del sistema constitucional.

Por último, mi antiguo amigo Amedeo G. Conte (85) apunta la *aporía* de la norma fundamental kelseniana, que puede formularse así: en la teoría gradualista del ordenamiento jurídico, la norma fundamental o no es válida o no es fundamental; no es válida si es fundamental, porque, por hipótesis, no hay norma superior que la convalide; no es fundamental si es válida, porque, por definición, válida es la norma que es consolidada por otra superior a ella.

III. EL GRADUALISMO NORMATIVO Y LA ESCUELA DE ZÜRICH

Entendemos por Escuela de Zürich el conjunto de aportaciones a la Teoría del Estado y de la Constitución realizado por un grupo de docentes de la Universidad de Zürich, cuya cabeza de fila fue el profesor Dietrich Schindler, especialista en Derecho constitucional, que también cultivó con éxito el Derecho internacional y el Derecho laboral. Hay que subrayar que el método dialéctico desarrollado por Dietrich Schindler (*senior*) (86) se inspira en la posición metodológica de Rudolf Smend, cuestión que ha desarrollado en otro lugar (87). Schindler, apoyándose en Gysin, sostiene que el método iusnaturalista claro no se confunde con la evidencia dogmática; todo lo contrario, se basa en el reconocimiento de la originaria oscuridad de lo justo. La necesaria correspondencia del Derecho positivo con la justicia estriba en la con-

(84) GUSTAVO ZAGREBELSKY: *Diritto costituzionale*, vol. I: *Il sistema delle fonti del Diritto*, UTET, Turín, 1987, pág. 35.

(85) AMEDEO G. CONTE: *Nomostatica e nomodinamica. Norma di chiusura. Norma fondamentale, etc. Voci dell'volume XXI del 'Novissimo Digesto Italiano'*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1964, pág. 12.

(86) Subrayo el adjetivo *senior* para distinguirlo de su hijo, que también cultivó el Derecho público.

(87) PABLO LUCAS VERDÚ: *La lucha contra el positivismo jurídico...*, cit., págs. 124 y sigs. («Smend en la doctrina constitucional suiza»).

cepción de una cadena de grados que parten unos de otros. Basta recordar a San Agustín y a Leibniz, quien establece una secuencia de grados jurídicos desde el estricto derecho al derecho arbitral y al derecho basado en la piedad (*Pietätsrecht*). El profesor suizo encuentra precedentes también del gradualismo jurídico en Giambattista Vico, el cual, adhiriéndose a Ulpiano, distingue entre Derecho natural primario y secundario. Incluso la teoría moderna del Derecho, si bien alejada de la fundamentación metafísica del Derecho, siente la necesidad de colocar entre el Derecho positivo y la justicia un escalón intermedio. Así, por ejemplo, Fehr habla de las normas jurídicas técnicas, y Léon Duguit diferencia las *règles normatives* de las *règles techniques* (88).

Me parece innecesario subrayar cómo el autor helvético señala los precedentes ideológico-doctrinales del gradualismo jurídico, y, por tanto, de todo ello se infiere también el condicionamiento cultural de la teoría escalonada del ordenamiento jurídico.

Anteriormente nos referimos a la Escuela de Zürich; conviene decir algo sobre el ambiente histórico cultural y espiritual en que se mueven sus principales representantes. Los autores que examinaremos aparecen impregnados por la crisis de la democracia liberal y por el impacto de la Segunda Guerra Mundial. Ejemplo de lo anterior es Werner Kägi (89).

Como reacción tanto contra el irracionalismo totalitario del III Reich como frente a los racionalismos formalistas (Kelsen) y social-realistas (doctrinas monistas), defienden la llamada *idea suiza del Estado* (90), es decir, aquella que se inspira en unos valores (libertad, justicia, democracia, federalismo, Estado de Derecho) y respeto de las tradiciones helvéticas (democracia directa).

La referencia a la función legitimadora y fundamentadora de los valores, de la estimativa jurídica, es coincidente en estos autores: así, en Hans

(88) DIETRICH SCHINDLER: *Verfassungsrecht und sozialer Struktur*, 3.^a edic., Schulthen & Co. AG., Zürich, 1950, pág. 42.

(89) WERNER KÄGI: *Die Verfassung*, cit., *passim*.

(90) Cfr., recientemente, ALOIS RIKLIN y SILVANO MÖCKLI: «Werden und Wandel der schweizerischen Staatsidee», en *Handbuch Politischen System der Schweiz, Band I Grundlagen*, Verlag Paul Haupt, Berlín-Stuttgart, 1983, págs. 9 y sigs., y, especialmente, págs. 12 y sigs. Los autores inscriben en un cuadro sinóptico, que comprende desde 1750 a 1950, a una serie de autores suizos; unos vivieron en su país, otros en Francia, así como franceses que conocieron y vivieron en la Confederación Helvética desde Jean Barbeyrac (1674-1744) hasta Max Imboden (1915-1969). Igualmente citan a autores extranjeros que influyeron sobre la idea suiza del Estado: John Locke (1632-1709), Montesquieu (1689-1755), Adam Smith (1723-1790), Karl Marx (1818-1883). Este último por su impacto provocador (pág. 16).

Haug (91) y en Urs Affolter (92). En la misma línea, Richard Bäumlín (93) insiste en la conexión de la democracia con los valores. Affolter (94) critica el monismo jurídico, inspirado en el neokantismo de Kelsen, y señala que el elemento jurídico del Estado es su Constitución, es decir, el concepto sintético de las normas sobre la organización del poder estatal. Este sólo puede considerarse desde el enfoque normativo partiendo de la Constitución.

El Estado se construye normativamente según la Constitución como fundamento de validez y de creación de las restantes normas jurídicas. Así, pues, la Constitución fija el orden de competencias del Estado y aparece como la condición lógica del Derecho estatal. No existe ninguna prioridad lógica del Estado, o de la Constitución, pues son jurídicamente idénticos (95).

Por su parte, Kägi critica la excesiva formalización del Derecho constitucional (96) y estudia la reacción antiformalista mantenida por Triepel contra el purismo logicista, insistiendo en el método teleológico (97).

Entre estos autores es Haug quien analizará, críticamente, la doctrina kelseniana de la *Grundnorm* (98). A su juicio, esta teoría es una muestra significativa del pensamiento normativista que no encuentra salida. Es una fórmula unidimensional. En el inicio de la Constitución y del Estado no hay *norma alguna* ni norma originaria, sino la *voluntad* de hombres reales encaminada a un fin.

La norma fundamental sólo puede cumplir su función en cuanto voluntad humana realmente existente (aquí se advierte el influjo de Heller y Schmitt) y no como hipótesis conceptual, como origen formal puro del deber ser (*sollen*). El autor suizo reclama la función de los principios ético-sociales y de las normas declaratorias. Tales normas operan como principios legitimadores en cuanto conceptos axiológicos. La validez de *las normas del «sollen»* respecto a las normas legales no se consigue mediante la construcción de una norma hipotética, sino sólo mediante la validez del deber ser de los princi-

(91) HANS HAUG: *Die Schranken der Verfassungsrevision*, Schulthen & Co. AG., Zürich, 1947, págs. 12 y sigs., y, sobre todo, capítulo IV: *Die Staatsverfassung. Versuch einer Wertbegriffs*, págs. 84 y sigs.

(92) URS AFFOLTER: *De rechtliche Stellung der Volkes in der Demokratie und der Begriff der politischen Rechte*, Schulthen & Co. AG., Zürich, 1948, págs. 5 y 16-17 (*Das Sollen erscheint als Anspruch eines Wertes*).

(93) RICHARD BÄUMLIN: *Die rechtsstaatliche Demokratie*, Polygraphischer Verlag, Zürich, 1954, págs. 35 y sigs.

(94) URS AFFOLTER: *op. cit.*, pág. 8.

(95) *Ibidem*, págs. 9 y sigs.

(96) WERNER KÄGI: *op. cit.*, págs. 39 y sigs.

(97) *Ibidem*, págs. 136 y sigs.

(98) HANS HAUG: *op. cit.*, págs. 87 y sigs.

pios más elevados (los valores superiores según el artículo 1.1 de la CE, diríamos nosotros), que son creídos y reconocidos. Reconocimiento y creencia que se manifiestan mediante actos reales de voluntad. Estos actos de voluntad sólo pueden brotar del imperativo deber ser (*sollen*) del Derecho positivo; de su origen ideal del deber ser: la esfera de los valores es la norma básica, el punto de la imputación final del ordenamiento jurídico (99).

IV. VISION TOMISTA-KELSENIANA DE LA DOCTRINA GRADUALISTA:

RENE MARCIC

Ya vimos, en páginas anteriores, cómo en la filosofía jurídica de Santo Tomás de Aquino se mantenía una posición gradualista del ordenamiento jurídico. Corresponderá al ilustre y malogrado filósofo del Derecho René Marcic (100) realizar una sugestiva síntesis entre el iusnaturalismo aristotélico-tomista, el existencialismo heideggeriano y la Teoría pura del Derecho de Kelsen.

Para el iusfilósofo austríaco, la Constitución aparece como un orden y un cosmos. No se trata de una duplicación superflua, sino de subrayar la capacidad ordenada y ordenadora de aquélla (101). Se plantea la cuestión de si el orden es una forma conceptual del pensar o más bien una abertura a la realidad un dato cósmico, una estructura ontológica que permite pensar en el orden. Dicho de otro modo: ¿antecede el orden del conocimiento, el orden racional, al orden del ser en cuanto realidad del mundo? Marcic, siguiendo a Santo Tomás de Aquino, subraya que todo orden se caracteriza por la relación, la cohesión: «*Ordo —mantuvo el Aquinate—, ... non est substantia, sed relatio*» (*Summa Theologica*, I, q. 162, a. 2 ad 3).

El orden del ser es, ciertamente, un principio básico, fundamento que requiere actualizarse mediante el Derecho positivo. La *Grundnorm* kelseniana es el *analogon* adecuado de esto (102). La capacidad vinculatoria de las normas condiciona las relaciones y el escalonamiento; los abarca y reúne. La normatividad desvela toda la riqueza del orden del ser en sus relaciones escalonadas. Descubre que el Derecho —como sostiene Kelsen— es un orden,

(99) *Ibidem*, págs. 89 y sigs.

(100) Sobre René Marcic, cfr. el excelente estudio de FRANCESCA PUIGPELAT: *Derecho del ser y Estado del juez. La filosofía jurídica de René Marcic*, Publicaciones Edicions Universitat de Barcelona, 1983.

(101) RENÉ MARCIC: *Verfassung und Verfassungsgericht*, Springer Verlag, Viena, 1963, págs. 4 y sigs.

(102) *Ibidem*, pág. 6.

y por eso todos los problemas jurídicos se plantean y resuelven como problemas de un orden (103).

Kelsen, Verdross, Merkl y Adamovich desarrollan ideas semejantes en diversas obras, aunque con otra doctrina. De todos modos, la idea común latente ya la expresó Santo Tomás: «*Quaecumque continentur sub aliquo ordine, sunt quodammodo unum in ordine ad principium ordinis*» (*Summa Theologica*, I-II, q. 87, a. 1). Cada grado está condicionado, por arriba y por abajo, en su misma conexión. Se da, pues, una suprasubordinación y una interconexión. Prodúcese un ajuste del tejido, una textura de su desarrollo. Son los escalones de un edificio, de los pisos sucesivos, de las etapas que suben y bajan siguiendo una dirección.

Son etapas, fases, estadios de un acontecer, de un desarrollo. Todo orden es un tejido escalonado, una *Stufenbau*; todo orden es un suceder tejido, un despliegue, un proceso en etapas, un desarrollo en estadios o fases; un proceso productivo espectacular. Recordemos el diseño del ser aristotélico y del Aquinate: el movimiento como cinética o genética, como *poiesis* o *tekné* (proceso).

El orden es primero cinético, dinámico, y secundariamente, estático. Este proceso productor es, desde el principio, un elemento inmanente del orden, elemento ontológico del mismo, así como el conocimiento del Derecho presupone al Derecho positivo. Ante todo, el orden expresa secuencias de arriba abajo, de escalón en escalón, de grado en grado.

El orden responde a la cuestión acerca del cómo, del modo y la forma, no al contenido. Ningún filósofo occidental ha expresado mejor que Santo Tomás de Aquino que el orden se compone de grados; forma una *Stufenbau* y acaece descendiendo. Por eso, la estructura del ordenamiento jurídico de la Escuela de Viena está emparentada con la estructura del orden tomista. Esto no debe sorprender si consideramos las consecuencias de entrambas teorías (104).

Para el Aquinate, el *ordo* como estructura gradualista significa dos cosas: en primer lugar, el rango, la colocación según el valor de cada cosa (norma); luego, la relación misma, la correspondencia que conduce de un rango a otro (*Summa Theologica*, I, q. 108, a. 2 ad 1; *Sent.*, II, q. 9, a. 1 ad 2) (105).

(103) *Ibidem*, pág. 8.

(104) *Ibidem*, págs. 11-12.

(105) *Ibidem*. El autor continúa exponiendo las ideas tomistas sobre el *ordo* escalonado y las confronta con las tesis de Merkl y de Kelsen (pág. 12, nota 29). Sobre el principio del orden, de la ordenación, cfr. RENÉ MARCIC: *Rechtsphilosophie. Eine Einführung*, Verlag Rombach, Friburgo, 1969, págs. 115 y sigs.

El Derecho aparece, pues, como un *ordo*, pero es un orden normativo y además un conjunto de normas, un *ensemble des normes* (P. Amselek) como algo objetivo. El sistema normativo es una gradación del ser del espíritu que aparece ordenado. Es una realidad, una realidad relacional (*Benziehungswirklichkeit*) y no una sustancia relacional. Así lo formuló Dante: «*Jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio (= relatio), quae servata hominum servat societatem et corrupta corrumpit*» (*De Monarchia*, II, 5, 2-4). En cuanto norma, el Derecho es el modo de ser válido. El Derecho vale, y en cuanto tal es un ente ideal; es absoluto, necesario, ubicuo, inmutable (*Rechtskraft*). Todo esto corresponde al Derecho en sí, como *ordo* trascendente, en cuanto norma prepositiva (*Grundnorm*), y no al Derecho positivo, que es contingente, relativo, condicionado por el tiempo y por el espacio y además es mudable (106).

La Constitución, en sentido ontológico funcional, tiene carácter relacional y es un concepto relacional. Sólo el primer grado de la cadena es Constitución, en sentido absoluto, y sólo el escalón más bajo de la *Stufenbau*, al que no sigue otro escalón, no puede ser Constitución. La Constitución significa esencialmente distinción gradual, y es esto lo que le hace valer.

Todo ordenamiento jurídico presupone la existencia de una norma prepositiva, metapositiva. Para la Escuela de Viena se trata de la *Grundnorm*, *Ursprungsnorm*, *Anfangsnorm* o *Urnorm*, sinónimas de la Constitución en sentido lógico-jurídico. Para Marcic, la Norma fundamental, a semejanza de lo que afirma Kelsen, exige que nos comportemos según las prescripciones jurídicas. Pero —como apunta Puigpelat (107)— el autor austríaco propone como formulación de tal Norma fundamental el imperativo: *bonum faciendum, malum vitandum*. Prescribe la necesidad de comportarnos según el Derecho, «elevando así el orden del ser a fuente de prescripciones jurídicas obligatorias» (108). La *Grundnorm* es un *prius* ontológico antes que un *prius* lógico. «La validez de una norma es sólo posible en el caso de que puede ser reconducida al *orden del ser*. Ese orden del ser como fundamento de validez determina la existencia de todo el universo jurídico» (109).

La Constitución implica cierta permanencia (*Verfassung als Währendes*). La variabilidad y el cambio dependen siempre de algo inmutable, de la duración, de la continuidad de lo siempre presente (*Immerwährend und Immeranwesenden*), tal como Heidegger designa al ser (110).

(106) RENÉ MARCIC: *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 127.

(107) FRANCESCA PUIGPELAT: *op. cit.*, pág. 130.

(108) *Ibidem*, pág. 131.

(109) *Ibidem*, pág. 143.

(110) RENÉ MARCIC: *Verfassung und Verfassungsgericht*, cit., pág. 18, subraya

Por último, Marcic establece la pirámide del ordenamiento jurídico positivo del modo siguiente (111), en orden ascendente:

- a) La Constitución en sentido jurídico positivo;
- b) El orden jurídico precedente, cuando existe continuidad jurídica;
- c) El Derecho internacional;
- d) Las reglas generales y fundamentales del *ius gentium*;
- e) El Derecho originario del ser o Derecho natural (Aristóteles como cúspide *ontónoma*; como en la teología de San Agustín y de Santo Tomás), y
- f) La *Lex Aeterna* como cumbre supraordinada (cúspide *teónoma*), que, en cuanto esencia de Dios (*ratio divina*), reina en Dios: Dios existe.

En definitiva, como subrayamos en páginas anteriores —apoyándonos en Puigpelat—, Marcic sintetizó, sugestivamente, la doctrina de la *Stufenbau* del ordenamiento jurídico con la ontología aristotélico-tomista, con algún influjo heideggeriano. Así corroboramos el ámbito cultural, filosófico y teológico que precede y a la postre conecta con el gradualismo jurídico de Kelsen.

V. LA TEORÍA ESCALONADA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COMO HIPOTESIS Y COMO ESTRUCTURA CULTURAL

1. La «*Stufenbautheorie*», *producta de una cultura concreta*. *Está condicionada por la cultura político-constitucional occidental*

De lo dicho hasta ahora se desprende que la teoría gradualista del ordenamiento jurídico encuentra sus raíces profundas en la *mathesis universalis* y en la geometrización del cosmos jurídico emprendida por Spinoza, conti-

cómo ADOLF MERKL, en su *Lehre von den Rechtskraft* (1923), subrayó antes la cualidad ontológica-fundamental temporal del Derecho, de modo que así se conecta la permanencia y mutabilidad de la Constitución con la temporalidad: *Recht und Zeit!* Cfr. la obra de GERHARDT HUSSERL: *Fünf rechtsphilosophische Essays*, Vittorio Klostermann, Francfort del Maine, 1955, y mis consideraciones sobre «Historicidad y tiempo en el Derecho constitucional», en mi trabajo *Los derechos históricos vascos. La contraposición historicismo-positivismo y la reciente conceptualización jurídica de la Disposición adicional primera de la Constitución*, en «Jornadas de Estudios sobre la actualización de los Derechos Históricos vascos», Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1986, págs. 257 y sigs.

(111) RENÉ MARCIC: *Verfassung und Verfassungsgericht*, cit., pág. 43.

nuada por Leibniz, Wolff, Vattel y Sieyès. Incluso cabría remontarse a Pitágoras y, por supuesto, a Aristóteles.

Precisamente, Kelsen (112) incluye la Teoría de las formas del Estado en el capítulo 9.º de su *Teoría general del Estado*, que titula: «Los métodos de creación», correspondiente al libro III: «La creación del orden estatal (Dinámica)». Aunque los términos que emplea («creación» y «dinámica») son extrajurídicos, el último claramente fisicista, se cuida en precisar que se trata del concepto jurídico de forma de Estado. A mayor abundamiento, en su *Teoría pura del Derecho* nos hablará de los métodos de la producción del Derecho (113).

Kelsen afirma que la antigua ciencia política no desconoció que el Estado era un orden o τάξις. «Pero también la teoría política dominante se ha dado cuenta (conviene hacerlo resaltar) de que la división de las formas del Estado es jurídica y no es posible más que como tal.» La antigua teoría del Estado (Aristóteles) orientaba el problema de la identidad del Estado hacia la identidad de la Constitución; «... referíase más bien, aunque inconscientemente, no tanto al concepto jurídico positivo como al concepto lógico-jurídico de Constitución» (114).

Pero lo que aquí interesa no es insistir en los precedentes kelsenianos, sino en comprobar en qué medida la *Stufenbautheorie* aparece como una hipótesis cultural. Ante todo, conviene recordar la distinción que Kelsen esta-

(112) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 408.

(113) KELSEN: *Teoría pura del Derecho*, cit., pág. 145. Para el maestro, la «forma de Estado» es sólo un caso especial de la forma del Derecho en general; es la forma jurídica, es decir, el método de producción jurídica en el grado superior del orden jurídico, esto es, en el dominio de la Constitución. Con el concepto de forma de Estado se señala el método de producción de normas generales regulado por la Constitución: «El problema de la forma del Estado como cuestión acerca del método producción jurídica, no solamente se plantea en la grada de la Constitución, no sólo, pues, para la legislación, sino también en todos los grados del orden jurídico, y en particular para los diversos casos de institución de normas individuales: actos administrativos, sentencias, negocios jurídicos» (págs. 146-147).

(113) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., págs. 408-409.

(114) KELSEN: *op. cit.*, pág. 326. Seguidamente describe (págs. 326-327), una vez más, su teoría gradualista del ordenamiento jurídico. Su maestro JELLINEK (*Teoría general del Estado*, cit., págs. 381-382) ya señaló la identidad Estado-Constitución: «Conforme a su principio fundamental de que en la forma reside lo esencial de la cosa, considera la Constitución como la esencia del Estado, por lo cual la identidad de éste ha de descansar, en primer lugar, en la identidad de aquélla» (pág. 382). La cuestión, a mi juicio, es distinguir el concepto aristotélico de *forma* del kelseniano. Por lo demás, Kelsen conoció muy bien el pensamiento griego. Cfr., por ejemplo, su trabajo «La justicia de Aristóteles y la política heleno-macedónica», en *La idea del Derecho natural*, Losada, Buenos Aires, 1946.

bleció en 1911 en sus *Hauptprobleme* (115), entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, preocupación típicamente germana (116). Esta cuestión la replanteará en su *Teoría general del Estado* (117), estableciendo una contraposición entre naturaleza y espíritu: «... si se pretende captar la esencia del Estado, no ha de dirigirse la atención a los procesos anímicos corporales que acaecen en el mundo de los seres naturales, según la ley de causalidad, sino al contenido espiritual que 'encierran de dichos procesos'. El Estado, en cuanto una consideración específica de la psicología, es un específico contenido espiritual, pero no el hecho de pensar y querer tal contenido; es un orden ideal, un sistema específico de normas, pero no el pensar y querer dichas normas. El Estado no existe en el reino de la naturaleza —de las relaciones psíquicas—, sino en el reino del espíritu.»

Ahora bien: este «reino del espíritu» no lo concibe en términos hegelianos, no es la realización última de la idea o el pensamiento que ha absorbido el ser, la realidad, movilizándola dialécticamente. El *deber ser* kelseniano, contrapuesto al *ser*, se logiciza por entero por exigencias de pureza metódica, y esa logicización no es dialéctica, basada en contraposiciones dentro del orden normativo, sino jerarquización; inferencias formales, lógico-trascendentes. Los grados intermedios en la dinámica productora del Derecho, dentro de la pirámide jurídica, expresan la logicidad geométrica, ínsita en todo el conjunto sistemático. Manifiestan coherentemente, cada uno de ellos, mo-

(115) KELSEN: *Hauptprobleme*, cit., págs. 3 y sigs. y 7 y sigs. La distinción entre el conocimiento causal y el normativo la introdujo en el Derecho político JELLINEK (*Teoría general del Estado*, cit., caps. I y IV, págs. 15 y sigs.; *Ciencias normativas y ciencias causales*, cap. II; II: «Distinción entre el conocimiento de las ciencias sociales y el de las ciencias naturales», págs. 20 y sigs.; *System der subjektiven Rechte*, capítulo III). Jellinek tiene en cuenta los trabajos de Rickert y del filósofo del Derecho Lask.

(116) Cfr., por todos, HERMANN RICKERT: *Ciencia cultural y ciencia natural*, trad. de Manuel G. Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1922. Para Rickert, de la Escuela de Baden, el sujeto del conocimiento es algo trascendente fuera de las condiciones espacio-temporales; es la conciencia en general (*Bewusstsein überhaupt*), pura actividad cognoscitiva que se manifiesta más allá de la subjetividad individual y de las condiciones fácticas del proceso investigador. La «conciencia en general» no sólo es lógica, es además ética y estética. PETER HÄBERLE, en su *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humboldt, Berlín, 1982, concibe la «teoría de la Constitución» como ciencia cultural, posición que adopto en mis trabajos. Cfr., por todos, mi «Última lección académica», con motivo de mi jubilación el 20 de mayo de 1988, que versó sobre la «Teoría de la Constitución como ciencia cultural», en *Revista de Derecho Político*, núms. 27-28, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1988, págs. 12 y sigs.

(117) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., págs. 17-18.

mentos concretados, individualizados y creadores. No se trata de una conexión lógica concebida como dialéctica. Como el concepto de deber ser, los grados intermedios son categorías trascendentales en el sentido de la filosofía kantiana. Es una concepción jerarquizada, piramidal, que no admite contradicciones.

Así, pues, la *Stufenbautheorie*, en cuanto parte significativa de la Teoría pura del Derecho, es, como ésta, la teoría del positivismo jurídico (118).

Aquí no vamos a desarrollar un largo discurso sobre el positivismo jurídico porque ya lo hicimos en otro lugar (119). Kelsen supone la culminación del positivismo formalista-normativista frente al positivismo voluntarista de Jellinek, el sociológico de Duguit y el positivismo existencial de Carl Schmitt. En la medida que su Teoría pura del Derecho no coincide en absoluto con los supuestos sociopolíticos, en tensión crónica, de la República de Weimar, a diferencia de la obra de Paul Laband, que era casi, en su totalidad, «... una dogmatización del Derecho público del Estado bismarckiano, interpretado de un modo más o menos liberal» (120), la teorización de Kelsen viene a ser la fuga de la situación social y espiritual-cultural de Weimar (121) mediante su geometría del fenómeno jurídico. Así, escapa olímpicamente —aunque no respecto a sus convicciones políticas personales— de la situación (122).

La aporía básica estriba en cómo conciliar el formalismo neokantiano, el deber ser lógico-jurídico, con la situación juridico-política weimariana. Mientras Schmitt atacó en sus obras, basándose en una especie de existencialismo jurídico combativo, los supuestos estructurales y la cultura política de la Re-

(118) KELSEN: *La teoría pura del Derecho*, cit., pág. 67: «La teoría pura del Derecho es la teoría del positivismo jurídico.»

(119) Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ: *La lucha contra el positivismo jurídico...*, cit., págs. 193 y sigs.

(120) LEIBHOLZ: *Tendencias actuales de la doctrina del Derecho público en Alemania*, cit., pág. 20.

(121) Esto hay que matizarlo, pues en sus obras anteriores a WEIMAR, sobre todo sus *Hauptprobleme*, ocurre algo semejante a lo que le sucedió a Laband.

(122) «Según Kelsen y su escuela —escribió Leibholz—, la ciencia del Derecho es algo así como una geometría del fenómeno jurídico, realizando así dicho autor el programa de la escuela neokantiana de Marburgo, que eliminó de esa filosofía el elemento metafísico del Derecho natural». Cfr. E. KAUFMANN: *Kritik der neukantische Rechtsphilosophie*, 1921, págs. 5 y 52, cuyo objeto confesado era transformar la ciencia del Derecho en una matemática de las ciencias humanas. Esta tendencia matematizadora la enunció CONDORCET en su *Esquisse sur un tableau des histoires du progrès de l'esprit humain*, Ed. Prior, París, 1933, págs. 191 y sigs. Cfr. la edición de ANTONIO TORRES DEL MORAL de CONDORCET: *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, trad. de Manuel Suárez, Editora Nacional, Madrid, 1980.

pública, Smend intentó integrarla apuntando a valores, siguiendo el método de las ciencias del espíritu, un tratamiento espiritual-cultural.

En su obra póstuma, H. Heller (123) describe la enorme impresión que el método lógico-físico-matemático ejerció sobre los especialistas de las ciencias sociales. No me resisto a reproducir este texto suyo: «En las proposiciones lógico-matemáticas y en las leyes de la física matemática, el pensamiento puede prescindir por completo del ser real —así, al menos, lo admitiremos—, y, por consiguiente, no se precisa tener en cuenta, en esos terrenos, la realidad individual. Todo lo individual aparece reducido a lo general. Suprimida toda cualidad individual al disolverse en determinaciones mentales puramente formales o en relaciones de intercambio no cualitativas, cada parte es sólo una cantidad del fenómeno total, y lo que le acontece al todo se determina por lo que son cada una de sus partes y por el modo como se reúnen para componerlo.»

A diferencia de Kelsen (124), Heller (125) se refiere varias veces a la noción de cultura en conexión con el Estado y el Derecho. La diferencia que media entre las ciencias de la cultura y la noción de la naturaleza estriba en que en las primeras las transformaciones de la naturaleza se conciben como expresión y resultado de la actividad humana dirigida a un fin. «La cultura aparece, así, como la inserción de fines humanos en la naturaleza...» Considera inadmisibles identificar, metodológicamente, la formación social real con la conexión de sentido abstraída de la realidad. «La eliminación de esta fundamental distinción y el confundir el orden ideal con la organización real estaban reservados a la doctrina kelseniana» (126).

La norma fundamental kelseniana aparece, como es sabido, como una hipótesis que basa y organiza todo el ordenamiento jurídico. Ahora bien, ¿puede —me pregunto— un *supuesto lógico trascendental* fundamentar un ordenamiento jurídico que concuerde con la realidad? ¿Son capaces las conexiones de sentido lógico (los grados del escalonamiento) (*Zwischenzustanden*), que se desprenden de la *Grundnorm*, explicar tal realidad? El corte tajante, kelseniano, entre ser y deber ser lo impide. Por eso tiene razón Heller (127) cuando, después de indicar el gran mérito de Kelsen al seña-

(123) H. HELLER: *Teoría del Estado*, cit., pág. 77. En su *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del Derecho internacional*, trad. y estudio preliminar del doctor Mario de la Cueva, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965, pág. 172, critica acertadamente dicha matematización.

(124) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 55; *Con fin jurídico y fin cultural (del Estado)*, págs. 55-56 y 58; *Estado de cultura*, págs. 55 y sigs.

(125) HELLER: *op. cit.*, pág. 50.

(126) *Ibidem*, pág. 58.

(127) *Ibidem*, pág. 208.

lar que la validez jurídica no puede basarse en su establecimiento por un poder de voluntad no sometido a normas, sigue diciendo que «... la solución que da al problema de la validez, apelando a la hipótesis de una 'norma fundamental' que declara: condúctete tal como lo ordena el monarca o el Parlamento, no es, en puridad, otra cosa sino un mero cambio de nombre de la voluntad estatal, no trabada por normas. Pues si es la Norma fundamental 'la que instaura la autoridad constituyente', y si la Constitución extrae 'su validez jurídicamente relevante de esta norma originaria', en tanto que su contenido procede 'del acto empírico de voluntad de la autoridad constituyente', vendremos así a tener, de una parte, una Norma fundamental sin contenido y, por consiguiente, no sometida a normas, alias voluntad del Estado, y de otra parte una Constitución que toma su validez de la voluntad, no sometida a normas del Estado».

En definitiva, la *Stufenbautheorie* encierra una significativa paradoja: por un lado, recoge la tradición cultural racionalista, *more geometrico*, aplicada al Derecho, articulándola conforme al positivismo jurídico lógico-formalista; por otro, pasado el quietismo político del Imperio guillermino y seguido por la efervescencia político-social weimariana, la Teoría pura del Derecho y toda su parafernalia es insolidaria con la cultura del mencionado período. Lo mismo cabe decir en la actualidad. Si en su tiempo (finales de los años veinte y principios de los treinta) supuso la fuga de la realidad, ahora significa un anacronismo estético, magníficamente trabado, útil para la Teoría general del Derecho y la lógica jurídica, pero insuficiente e inadecuado para una Teoría de la Constitución adecuada a la cultura sociopolítica presente (128).

(128) FRANCISCO LAPORTA, en su interesante estudio «Norma básica, Constitución y decisión por mayoría», en *Revista de las Cortes Generales*, I, primer cuatrimestre, Madrid, 1984, págs. 35 y sigs., se plantea la diferenciación entre una Constitución democrática y la Ley fundamental de un orden autoritario, para lo cual se plantea la cuestión de encontrar lo que denomina la «norma más importante» del ordenamiento jurídico. «Siempre he pensado que dentro de la misma Constitución se dan normas más importantes que otras, es decir, que la propia Constitución tienda a adoptar la misma forma piramidal que se ha dicho que tiene el ordenamiento jurídico en su conjunto» (pág. 36). Esto no significa que se den diferencias de «rango» entre las normas constitucionales. La «importancia» de las normas puede definirse, suponiendo como hacía Kelsen, que unas normas transmiten su validez a otras formando un conjunto de «cadenas de validez». Si pierde su validez una norma superior, la pierden también aquellas otras que constituyen los eslabones restantes de la cadena. Una norma «... es muy importante si la cadena que va tras ella es muy larga, y es poco importante si esa cadena es corta». Laporta sostiene, acertadamente, que «... las normas de reforma constitucional y los problemas lógicos que suscitan no pueden ser resueltos permaneciendo dentro del recinto legal, porque son problemas cuya solución nos ocupa, 'expulsa' irremisiblemente del Derecho hacia los hechos sociales, hacia las pugnas de la

2. La «*Stufenbautheorie*» como estructura cultural. Contraposición con otras doctrinas

Hay términos, advierte Frosini (129), cuyo uso caracteriza al modo de pensar de toda una generación. Esto ocurre con la expresión *estructura*. Lumia (130) recuerda que «... un ordenamiento jurídico no constituye un

vida política y social» (pág. 42). Le parece impensable que el artículo 9.1 de la Constitución española desempeñe el papel de la *Grundnorm* kelseniana, porque ello implicaría que esa norma es la que transmite la validez a las demás; pero resulta poco aceptable que un artículo de la Constitución confiera su validez a los otros. Ello significaría —a mi juicio— que la *Stufenbautheorie* opera también dentro de la misma Constitución, sobre lo cual habría que reflexionar. Dejando esto a un lado porque no lo plantea el autor, Laporta dice que también es verdad «... que Kelsen afirmaba que su norma fundamental tenía que ser eficaz para ser válida, y no cabe duda de que si el artículo 9.1 deja de ser eficaz, es decir, si los ciudadanos y los poderes públicos no se someten a la Constitución y al ordenamiento jurídico, se produce un cambio global del sistema». A mi juicio, este supuesto encajaría con la tesis de Kelsen sobre la continuidad del orden jurídico pese a su ruptura (cfr. *Teoría general del Estado*, cit., páginas 167 y 195), pero esto es otra cuestión. Lo que me interesa subrayar aquí es que Laporta considera, con acierto, que esta «... es la encrucijada de todo el formalismo: necesitar siempre remitirse a la existencia de una norma vinculante, válida, en vigor, como 'debe ser', y no encontrar sino conductas, acontecimientos, actitudes de hecho. La imposibilidad de casar estas dos cosas es la que determina el fracaso del legalismo, y en el caso presente lo que determina que el propio Kelsen, tras cincuenta años de debate para defender su *Grundnorm*, tenga que rendirse a la evidencia» (pág. 18). Seguidamente, el autor reproduce el significativo texto de Kelsen, que toma de ALBERT CALSAMIGLIA (*Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1977, pág. 123) en el cual el maestro renuncia a su doctrina de la *Grundnorm* como acto del pensamiento, pues comprobó que una norma en cuanto deber ser es el correlato de una voluntad. «Una norma básica es una norma *ficción* basada en un acto de voluntad ficticio. En la norma básica se concibe un acto de voluntad ficticio que realmente no existe». Laporta, tras elogiar la honestidad intelectual de Kelsen, precisa que «Kelsen sigue utilizando la teoría de la voluntad, siguiendo una continuada rutina dogmática, para explicar la idea de la producción normativa» (págs. 44-45). A mi entender, sería importante comprobar en qué medida esta confesión y doloroso abandono de la tesis que concebía la *Grundnorm* como presupuesta por nuestro pensamiento, repercute sobre toda la doctrina del maestro. He de señalar que la lectura del trabajo del profesor Laporta ha sido estimulante.

(129) VITTORIO FROSSINI: «Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, mayo-junio 1959, Giuffrè, Milán, 1959, pág. 167; *La estructura del Derecho*, estudio preliminar y traduc. de Antonio-Enrique Pérez Luño, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974. Acertadamente califica de *puritanismo jurídico* la insistencia kelseniana sobre la *Palabra* de la Ley, pág. 90.

(130) LUMIA: *op. cit.*, pág. 53.

simple agregado de normas colocadas unas al lado de otras, sino lo que hoy se llama precisamente una estructura». Este autor apunta los antecedentes clásicos del término y su aplicación por otras disciplinas (131). Describe las características de la estructura. Entre ellas figuran estas dos: una *totalidad dinámica*, de suerte que las leyes de las relaciones regulan también las transformaciones internas de la estructura, de modo que así permanece la identidad del sistema aunque cambien todos los elementos que lo constituyen, con tal de que conserven entre sí la misma relación. Otra característica es su *capacidad de autorregulación (feedback)*. Según esto, la estructura, mediante un juego de anticipaciones y retroacciones (o reacciones), y gracias a instrumentos internos de control, no sólo corrige los errores o desviaciones, sino que opera, además, una precorrección (132).

El profesor italiano combina conceptos estructuralistas con los del análisis de sistemas, aplicándolos al ordenamiento jurídico, de modo que éste manifiesta un carácter estructural-funcional. Esta combinación se compagina, según él, con la estructura gradualista del ordenamiento jurídico (133), ya que sus normas «... no están sólo horizontalmente dispuestas sobre un mismo plano en una relación de coordinación recíproca, sino que también se sitúan verticalmente en una relación de progresiva subordinación, de modo que cada norma obtiene su validez de otra, de nivel (o grado) superior, hasta alcanzar la Norma fundamental, que da validez a todo el ordenamiento y le confiere unidad» (134).

A mi juicio, la adecuación del normativismo kelseniano al estructuralismo y al análisis de sistemas suscita esta cuestión: ¿En qué medida la cultura político-social correspondiente a la Teoría pura del Derecho y a su postulado del ordenamiento jurídico escalonado coincide con la cultura correspondiente al estructuralismo y al análisis de sistemas? Si bien parecen congruentes, en realidad se diferencian porque en cuanto a sus contenidos y referencias materiales e ideológicas, no ocurre lo mismo. Sobre esto cabe un largo discurso, que, por economía de este trabajo, dejamos sólo incoado.

(131) En mis *Principios de ciencia política*, vol. II: «Estructura y dinámica política», 1.ª edic. 1969, 2.ª edic. corregida y aumentada, 1973, Tecnos, Madrid, págs. 19-20, me refiero al uso de dicho término en diversas disciplinas. En la pág. 21 escribía: «Resulta, por lo demás, significativo que las ciencias sociales utilicen vocablos como estructura y función, típicos de las ciencias matemáticas y experimentales, pues indica la previsión, calculabilidad y precisión que se da en las ciencias exactas y naturales.»

(132) *LUMIA: op. cit.*, págs. 54-55.

(133) *Ibidem*, pág. 57.

(134) *Ibidem*, pág. 56. En la pág. 57, número 15: «Las fuentes del Derecho y la construcción en grados del ordenamiento jurídico», págs. 57 y sigs.

Aquí sólo me interesa subrayar la importancia que tiene el concepto de estructura en el Derecho constitucional. Rudolf Smend, Hermann Heller y Dietrich Schindler han insistido sobre su vertiente estructural (135). El teórico de la integración del Estado afirma que no hay momento en la dinámica estatal que se pueda derivar causalmente de otro cualquiera, pues ha de entenderse siempre en su interrelación social. Por ello «la estructura de la realidad estatal, más que ser explicada lógicamente, ha de ser descrita» (136). A mayor abundamiento, y coincidiendo con su maestro Theodor Litt, sostiene que cualquier «... ciencia del espíritu que atiende únicamente al elemento vitalista y organicista, siguiendo la metodología monista propia de las ciencias de la naturaleza, o que, por el contrario, se ocupe exclusivamente del contenido atemporal o ideal, como hace la lógica de las normas de la Escuela de Viena, no llega a captar la verdadera naturaleza de su objeto; es necesario considerar el objeto, por el contrario, en toda su ambivalencia, como estructura orgánica e ideal, desde la perspectiva de un pensamiento que abarque ambas dimensiones» (137).

Heller insiste, aún más, en la importancia y funcionalidad cultural del concepto de estructura. Ante todo recordemos cómo señala la coincidencia de la Constitución de un Estado con su organización, con la forma o estructura de una situación política real, que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana (138). A su juicio, es capital precisar si el Estado, en cuanto objeto de la ciencia de la cultura, hay que considerarlo como una estructura de sentido no psíquico, como espíritu objetivo o, por el contrario, como una forma psicofísica de la realidad, pues de la respuesta de esta cuestión depende el juicio que ha de darse sobre la realidad y modo de ser del

(135) SMEND: *Constitución y Derecho constitucional*, cit., pág. 45, afirma que el «... problema estructural se plantea en todas las ciencias del espíritu y en todas es igualmente inexorable siempre que se siga contraponiendo de forma sustantiva el 'yo' frente al todo social. Esta contraposición radical y la objetivación independiente de ambas esferas es, a causa de su propia tendencia a la especialización mecanicista, común a todo pensamiento poco desarrollado. Para el teórico social formado en una mentalidad estrictamente jurídica se añade a ello, además, la inercia que conlleva la construcción jurídica de esferas aisladas, como pueden ser, por ejemplo, de un lado, la de persona física, y de otro, la de persona jurídica. Esta estructura mental mecanicista no se puede aplicar, sin embargo, a ninguna ciencia del espíritu». Cfr., también, lo que dice en la pág. 50.

(136) SMEND: *op. cit.*, pág. 55.

(137) *Ibidem*, pág. 131. Cfr. pág. 135. Aquí rechaza la pretensión normológica de articular la construcción como parte integrante —e incluso— como requisito imprescindible para la validez de cualquier ordenamiento jurídico.

(138) HELLER: *op. cit.*, pág. 268. Cfr., además, pág. 278.

Estado. «Y es precisamente a aquel 'idealismo' al que referimos la inadmisibilidad de una Teoría del Estado que considera a éste como espíritu, idea, ideología, formación de sentido, orden normativo, ficción o cosa parecida, con lo que le arrebatara el atributo de su realidad» (139). Insistiendo en este tema afirmaría que la formación social llamada Estado debe distinguirse tajantemente, tanto objetiva como metodológicamente, de toda estructura de sentido. El Estado no es espíritu objetivo, de modo que quien intente objetivarlo frente a su sustancia humana psicofísica verá que no le queda nada en las manos y añade la frase lapidaria: «Pues el Estado no es otra cosa que una forma de vida humano-social, vida conforme forma que nace de la vida» (140).

3. *La «Stufenbautheorie» como estructura cultural en el marco del Derecho constitucional.*

Método y función

Hemos visto la relevancia del concepto estructura en la doctrina constitucional. Ahora hay que subrayar las características estructurales de la teoría escalonada del ordenamiento jurídico en función de su correspondiente cultura inspiradora y fundamentadora y en conexión con la Constitución mantenido por algunos de los autores mencionados.

En la doctrina del Estado y de la Constitución kelsenianas, merced al método formalista inspirado en el neokantismo de Marburgo, a su posición respecto a la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu y a su punto de arranque: contraposición entre el ser y el deber ser, el Estado y la Constitución, identificados, se evaporan por imperativos de la pureza metódica. Todos los contenidos políticos, sociales, económicos, axiológicos, psicológicos y reales (naturales), que no coinciden con su concepto de norma jurídica en cuanto juicio hipotético que imputa determinadas consecuencias a ciertos supuestos fácticos, son soslayados. Las normas, así, son esquemas interpretativos de la realidad que gozan de autonomía plena, articulándose entre sí mediante conexiones de sentido lógico que parten de una hipótesis lógico-abstracta.

Kelsen (141) afirma que «el Estado no existe en el reino de la naturaleza

(139) *Ibidem*, pág. 54.

(140) *Ibidem*, pág. 59. Esta idea la reitera en la pág. 268 y en la pág. 277: «... y puede así concebirse a la Constitución total del Estado como 'forma acuñada que viviendo se desarrolla'.»

(141) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 18.

—de las relaciones físico-psíquicas—, sino en el reino del espíritu». Frente a esta posición, Heller (142) mantendrá que el Estado no es espíritu objetivo, y quien intente objetivarlo frente a su sustancia humana psicológica verá que no le queda nada en las manos. Para Kelsen, el Derecho es «un complejo sistemático de normas sometido a leyes propias, diferente de la conexión causal de la naturaleza o de la sociedad considerada como estructura naturalista» (143). La esfera existencial del Estado tiene carácter normativo y no eficacia causal.

La unidad conceptual específica no estriba en la realidad natural, sino en las normas. El Estado, como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad, de suerte que el Estado como orden (estructura) es el orden jurídico o la expresión de su unidad (144).

Nuestro autor subraya el carácter objetivo universalista de la Teoría pura del Derecho en la medida que se orienta a la totalidad del Derecho, de modo que trata de aprehender cada fenómeno universal en conexión sistemática con los demás, y en cada parte del Derecho, la función del todo. El Derecho es un orden, y por esto todos los problemas jurídicos han de ser planteados y resueltos como problemas de un orden. «La Teoría pura del Derecho se convierte así en el análisis más exacto posible de la estructura del Derecho positivo, en un análisis liberado de todo juicio ético-político de valor» (145). La Teoría pura del Derecho es anti-ideológica: «... en cuanto ciencia, no se considera obligada más que a concebir el Derecho positivo con arreglo a su esencia y a comprenderlo por un análisis de su estructura» (146).

Heller mantiene una postura contraria. En efecto, Kelsen especifica que la Teoría pura del Derecho, en cuanto ciencia jurídica, no atiende a las normas jurídicas como hechos de conciencia; tampoco al querer o al representarse estas normas, sino a ellas como substratos de sentido queridos o representados. Sólo abarca cualesquiera situaciones fácticas en tanto son el contenido de normas jurídicas, esto es, en tanto están determinadas por normas jurídicas. Su problema es la específica legalidad propia de una esfera de sentido» (147). Por su parte, Heller describe las conexiones de sentido según la

(142) HELLER: *Teoría del Estado*, cit., pág. 59.

(143) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 7.

(144) *Ibidem*, pág. 21.

(145) KELSEN: *La teoría pura del Derecho*, cit., págs. 93-94. Recordemos que en la pág. 21, antes citada, de su *Teoría general del Estado*, Kelsen dice: «... el concepto del Estado no radica en el reino de la realidad natural, sino en el de las normas o valores» (subrayado de P. L. V.) ¿Se contradice aquí nuestro autor?

(146) KELSEN: *La teoría pura del Derecho*, cit., pág. 43.

(147) *Ibidem*, págs. 36-37.

jurisprudencia dogmática en cuanto formas válidas y definitivas plenamente emancipadas de las condiciones reales de su aparición (proceso real de su producción, condiciones de ambiente y real-psicológicas de su nacimiento, y libres hasta donde sea posible) del sujeto que las conoce, puesto que no mantiene una relación cognoscitiva existencial con la formación objetiva de sentido, por exigencias metódicas, sino una relación, en lo posible pura. Ahora bien: la emancipación del conocimiento propio de las ciencias del sentido nunca son «puras», pues están condicionadas por la realidad. Aquéllas no quieren ser insuficientes, deberán comprenderse teniendo en cuenta la historia en su nacimiento y la situación psicológico-sociológica de las que brotaron (148).

No es menester insistir en que Heller, al exponer la Constitución política como realidad social (149), reitera su idea, fecunda, de la interconexión normatividad-normalidad, el ser y el deber ser en el concepto de Constitución. «Una Constitución política sólo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas» (150). Por otro lado, la dogmática constitucional, según Heller (151), ha de servir al fin de la continuidad y sistemática de la Constitución real, y hacia ese fin ha de orientarse su método. «Por eso el problema de la continuidad o discontinuidad de una Constitución sólo puede plantearse con sentido desde el punto de vista de la ciencia de lo real y nunca desde un punto de vista lógico-normativo.» «Únicamente cuando se confunde a la Constitución política total con la Constitución jurídica, aislada la formación ideal de sentido, que es el ordenamiento jurídico, con la formación social real, que es el Estado, puede llegarse a la errónea afirmación de que la cuestión de la continuidad jurídica prejuzga ya la cuestión de la identidad del Estado» (Merkl).

(148) HELLER: *Teoría del Estado*, cit., págs. 62-63. Estima inadmisibile una teoría del Estado «que considere a éste como espíritu, idea, ideología, formación de sentido, orden normativo, abstracción, ficción o cosa parecida, con lo que le arrebata el atributo de su realidad» (pág. 54). En contra de Kelsen: «El ser y el deber ser parecen tan entrañablemente entrelazados en todas las ciencias de la sociedad como la teoría y la práctica» (pág. 69). Es impropio «... esa antidualéctica opinión entre ser y deber ser, acto y sentido, voluntad y norma, tanto al diferenciar la teoría del Estado de la política como al distinguir la actitud del teórico político de la del práctico» (página 73). También rechaza un alto grado de emancipación de la teoría respecto a toda consideración valorativa (págs. 73 y sigs.). En esto coincide con Smend.

(149) HELLER: *op. cit.*, págs. 267 y sigs.

(150) *Ibidem*, pág. 269. Cfr., además, págs. 270, 271 y 277: «Eficacia y validez, ser y deber ser de la Constitución han de mantenerse lógicamente separados, sin duda, pero aparecen en la misma realidad constitucional en la que lo uno aparece siempre junto con lo otro» (pág. 297).

(151) *Ibidem*, págs. 283-284.

La destemporalización metódica que en las normas constitucionales produce la dogmática jurídica no tendría, sin embargo, sentido si no entrañara el de servir a una prolongación de la temporalidad de la Constitución.

En la conocida obra de Heller hay referencias al método fenomenológico, con algunas precisiones críticas (152), en conexión con su concepto de cultura. También invoca el método dialéctico como lo hicieron Smend y Schindler frente al carácter antidialéctico del método kelseniano, en particular en su teoría escalonada del ordenamiento jurídico. Esto último perjudica la pregonada dinámica del mismo, pese a las afirmaciones de dinamismo de la teoría y sistema de Kelsen.

Rudolf Smend se basa en la fenomenología más decididamente que Heller e insiste en el método dialéctico, que luego aplicarán Dietrich Schindler, Werner Kägei y Hans Haug, entre otros, de la Escuela de Zúrich (153).

Según el teórico de la integración del Estado, las ciencias del espíritu tienen que considerar sus elementos principales (individuo, comunidad, sentido colectivo objetivado —como factores sujetos u objetos de la vida del espíritu—), que se interrelacionan no de modo aislado, sino en cuanto momentos de una articulación dialéctica cuyos miembros están perfectamente vinculados por una relación de oposición. Esta es un *a priori* de toda ciencia del espíritu, pero no un *a priori* trascendental, sino de la propia estructura immanente de su objeto, que ha de presuponerse y que se obtiene gracias a la metodología específica que introduce la abstracción metodológica (154). Toda ciencia del espíritu intenta comprender. Sólo mediante la dialéctica conceptual del yo se puede dotar a éste de aquella «elasticidad» interior, de aquella «flexibilidad en los miembros y articulaciones» (Litt), sin las cuales «la integración del yo en la realidad social no es posible, produciéndose inevitablemente su absolutización o su objetivación aislada» (155). La teoría jurídica del Estado se justifica «en cuanto ciencia del espíritu que abarca el ámbito cultural y espiritual de la dinámica estatal» (156).

Para Smend (157), el Derecho constitucional es «una positivización de las posibilidades y funciones propias del mundo del espíritu, y, por tanto, no se entiende sin aquéllas, y a la inversa, éstas no son realizadas de forma plena y permanente sin su participación jurídica». Precisamente por esto

(152) *Ibidem*. Cfr., por ejemplo, págs. 52-53.

(153) Sobre esta escuela, cfr. mi *Introducción al Derecho político. Las transformaciones del Derecho político social*, J. M. Bosch, Barcelona, 1958, págs. 130 y sigs.

(154) SMEND: *Constitución y Derecho constitucional*, cit., págs. 50-51.

(155) *Ibidem*, pág. 51.

(156) *Ibidem*, págs. 47-48.

(157) *Ibidem*, pág. 66.

«... la perspectiva filosófico-estatal ha de centrarse en sus constitutivos esenciales, limitándose a considerar el orden jurídico positivo como consecuencia necesaria, mientras que, por el contrario, la perspectiva jurídico-constitucional habrá de preocuparse especialmente del Derecho positivo; ahora bien, teniendo en cuenta que para hacerle justicia al Derecho positivo hay que verlo en su dependencia respecto de aquellos constitutivos esenciales».

De la experiencia anterior se desprende el eco del romanticismo jurídico político de Smend; una confrontación del espíritu (*Geist*) con el *Logos*. La obra de Smend se basa en una cultura política neo-romántica (referencia constante a la vida, a la lucha por el Derecho (*Ihering, Kampf ums Rechts*), concepto que reitera Marschall von Bieberstein (158) en su obra sobre la lucha del Derecho contra la ley, escrita y publicada en plena República de Weimar (159), reenvió a los símbolos. Su concepto de integración del Estado no es mecanicista ni espacialista, sino dinámico-vivencial. Subraya el papel desempeñado por el factor histórico. Su integracionismo trasluce también un cierto restauracionismo político, una añoranza monárquica, pese a su aceptación del método democrático. Así, pues, la cultura política en que se apoya Kelsen es opuesta a la que inspira a Smend. La del primero, insistamos, es una trascendencia lógica expresada por normas vacías de contenido que funcionan mediante el dinamismo formalizado dentro de un todo transfigurado geoméricamente.

Este sistema piramidal intenta evaporarse de cualquier fundamentación política concreta (liberalismo, socialismo, fascismo, bolchevismo, anarquismo). Como las figuras geométricas se mueven en un espacio y atemporalidad ahistóricos, es también como un álgebra jurídica aplicable a cualquier situación, aunque no corresponda a ninguna concreta. Por consiguiente, rechaza que las formaciones políticas deban describirse y evaluarse según la cultura política del país correspondiente. Su función estriba en escapar a cualquier motivación material, concreta: si hay una psicología sin alma, una teología sin Dios y una física sin fuerza, se llega a la conclusión absurda, como observan justamente sus críticos, que existe, además, una Teoría del Estado sin Estado, una Teoría de la Constitución sin Constitución y una Teoría del Derecho sin el Derecho. Ciertamente, Kelsen asume tal reparo, pero, en definitiva, es una doctrina que pretende escapar a una base cultural concreta, aunque responde, en el fondo, a la concepción del Estado burgués-liberal de Derecho.

(158) F. FREIHERN MARSCHALL VON BIEBERSTEIN: *Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetz*, Verlag von W. Kohlhammer, Stuttgart, 1927.

(159) Este autor es citado varias veces por Smend. En aquél se percibe un claro aliento romántico.

Es insostenible esta significativa afirmación del maestro (160): «Un criterio positivista que no trate de elevar el Derecho a la categoría absoluta de Derecho natural tiene que considerar al Estado como una especie de rey Midas que convierte en Derecho cuanto toca.» Estamos, así, ante un *pan-juridicismo*, *rectius* ante un *pannormativismo*, consecuencia lógica de su postura metodológica, criticada por gran parte de la doctrina porque ignora la realidad, expulsada con previa táctica por su contraposición, inaceptable, del ser y el deber ser.

Más grave es lo que sigue a su aserción anterior: «Por esta razón, desde el punto de vista del positivismo jurídico, todo Estado es un Estado de Derecho, en el sentido de que todos los actos estatales son actos jurídicos, porque, y en tanto que realizan un orden que ha de ser calificado de jurídico, todo Estado es al propio tiempo Estado de poder y Estado de cultura» (160). No es menester insistir en la crítica, más o menos escandalizada, que numerosos autores han hecho de esta comprometida tesis, consecuencia del monismo formalista mantenido por nuestro autor (161).

Por su parte, Schmitt y Heller, sobre todo este último, se apoyan en la *realidad*. No; pues en el *Logos*. Tampoco Schmitt en el *espíritu*, sino en la realidad como *existencia* (162), en tanto que Heller lo hace en la *realidad social*. Vamos, a continuación, a referirnos brevemente al concepto de Schmitt de la cultura político-social subyacente en esa doctrina en conexión con el Derecho constitucional.

Ante todo, el autor de la *Verfassungslehre*, e introductor de ésta como disciplina sustantiva, indica que presenta como cosa principal la Constitución del Estado burgués de Derecho, y esto no puede suscitar reparos contra su libro, ya que este tipo de Estado es todavía (1928) dominante en general, y la Constitución de Weimar corresponde a su tipo, aunque no puede, de modo alguno, elevarse a dogma ni ignorarse su condicionamiento histórico y su relatividad política (163). Por tanto, Schmitt y sus críticas a Kelsen se inscriben en su penetrante, despiadada y subvertidora crítica de la cultura político-constitucional del liberalismo, enlazando con otros importantes estu-

(160) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 57.

(161) *Ibidem*, pág. 56 escribe que «... el fin de la creación de normas generales del Derecho civil y penal y de su aplicación por los tribunales, no es otra cosa que *eso que se denomina vagamente con el nombre de cultura*» (subrayado de P. L. V.).

(162) Cfr. mi artículo «Carl Schmitt, intérprete singular del Derecho constitucional y máximo debelador de la cultura político-constitucional occidental», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 64, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, págs. 25 y sigs.

(163) CARL SCHMITT: «Teoría de la Constitución», en *Revista de Derecho Privado*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, 1934.

díos suyos posweimarianos. La *cultura*, si así podemos calificarla, del *Reich* hitleriano, que en realidad fue una contracultura, en el sentido peyorativo de la misma.

Schmitt (164) ataca la Teoría del Estado de Kelsen, pues lo presenta como un sistema unitario de normas jurídicas sin aclarar el principio objetivo y lógico de esa «unidad» y sin «explicar cómo ocurre y por qué necesidad sucede que las muchas prescripciones legales positivas de un Estado y las distintas normas legal-constitucionales formen un tal 'sistema' o una 'unidad'. El *ser* o *devenir* político de la unidad y ordenación estatal se cambia en *funcionamiento*; el contraste de *ser* y *deber ser* se confunde constantemente con el contraste del *ser* sustancial y el *funcionamiento* legal». Este reproche es parcialmente injusto en la medida que el sistema normativista kelseniano descansa y parte de una *hipótesis lógico-jurídica* que, *ex definitione*, no tiene que «explicar cómo ocurre y por qué necesidad sucede...». En esto, Kelsen y Schmitt no pueden entenderse porque hablan dos idiomas distintos. En cambio, el autor de la *Teoría de la Constitución* acierta plenamente cuando apunta que la teoría de Kelsen se entiende considerándola como última derivación de la doctrina del Estado burgués de Derecho. Así, Schmitt conecta la obra de Kelsen con su cultura política subyacente. En efecto, la teoría del Estado burgués de Derecho intenta presentar al Estado como una ordenación jurídica, viendo en esto su esencia. La *burguesía* en los siglos *xvii* y *xviii* basó su fuerza en un verdadero sistema: el Derecho racional y natural, y estableció normas en sí mismas válidas partiendo de conceptos como propiedad privada y libertad personal. Estas valen antes que y sobre cualquier *ser* político, porque son *justas* y *razonables* y por eso envuelven un deber-ser auténtico, independiente de la realidad del ser, es decir, de la realidad jurídico-política. De aquí se deducía una normatividad; aquí se podía hablar de sistema, orden y unidad. En Kelsen, por el contrario, sólo valen las normas *positivas*, es decir, aquellas que *realmente* valen; no valen porque en justicia *deban* valer, sino sólo porque son *positivas*, sin consideración a cualidades como razonabilidad, justicia, etc.

Aquí cesa de repente el *deber ser* y desaparece la normatividad; en su lugar brota la tautología de unos simples hechos: una cosa vale cuando vale y porque vale. Esto es «positivismo». Y añade, afirmando rotundamente: «A quien sostenga en serio que 'la' Constitución debe valer como 'Norma fundamental', y toda otra validez deriva de ella, no es lícito el tomar como fundamento de un puro sistema de normas prescripciones concretas cuales-

(164) CARL SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. y presentación de Francisco Ayala, epílogo de Manuel García-Pelayo, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 34.

quiera porque hayan sido establecidas por un determinado órgano (*Stelle*), sean reconocidas y por ello designadas como 'positivas', y así sólo resulten eficaces de hecho.» Schmitt concluye: «Sólo de preceptos sistemáticos justos en sí mismos, por virtud de su razonabilidad o justicia, sin consideración a la validez 'positiva' de consecuencias normativas, se puede derivar una unidad u ordenación normativa.»

Esta última afirmación schmittiana es importante frente al positivismo kelseniano, pero su autor no es consecuente consigo mismo, ya que el positivismo formalista encuentra su réplica en el positivismo decisionista-existencialista de Schmitt y en su posición acerca de la «tiranía de los valores». De otra parte, la tautología que reprocha a Kelsen: «Una cosa vale cuando vale y porque vale», equivale, en el plano lógico formal, a la tesis schmittiana «existencialista»: «Toda unidad política existente tiene su valor y su 'razón de existencia' no en la justicia o conveniencia de normas, sino en su existencia misma. Lo que existe como magnitud política es, jurídicamente considerado, digno de existir» (165). Por un lado tenemos la *tautología lógico-normativa*, en cuanto reiteración formal para integrar un sistema; por otro, la *tautología del existir*, en cuanto repetición de situaciones externas a las normas formales. Kelsen opera, digámoslo una vez más, desde el *logos*, apartado de la realidad; Schmitt, desde la situación existencial, que relativiza y hasta abandona la normatividad. Por ambos caminos se extravía uno, perdiéndose la sustancia del Derecho: por la vía kelseniana, porque su logicización extrema conduce a un Derecho, pero sin el Derecho (que debe inspirarse por la justicia y por la razonabilidad); por la vía schmittiana, porque su voluntarismo-decisionista nos deja solos ante la realidad existencial ante la contraposición amigo-enemigo, y, por tanto, mientras el Derecho se «evapora» en Kelsen, en Schmitt se disuelve porque nos quedamos ante un conjunto asistemático de decisiones y ante un complejo de situaciones existenciales extra-normativas.

En uno de mis últimos escritos (166) me he referido a las «dos almas» de la cultura de Weimar: una estriba en la cultura de la racionalización; la otra se basa en la cultura de la expresión (Tomás Maldonado). Aplicando la dicotomía establecida por Gouldner (167), podríamos decir '*clasicismo*' versus '*romanticismo*'. Naturalmente se trata de una contraposición relativa, pero

(165) Cfr. otras tautologías en Schmitt y las que señalo en mi trabajo «Carl Schmitt, intérprete singular...», *op. cit.*

(166) PABLO LUCAS VERDÚ: *La lucha contra el positivismo...*, cit., págs. 39 y sigs.

(167) ALVIN W. GOULDNER: «Estructuras profundas de la ciencia social», en *La sociología cultural. Renovación y crítica*, trad. de Néstor Míguez, Alianza Editorial, Madrid, 1979, págs. 302 y sigs.

que, a mi juicio, es muy significativa, entre otras cosas porque manifiesta plásticamente una permanente contraposición de la cultura germana en la que se incluye el Derecho.

Siguiendo a Gouldner, «... los esquemas *conceptuales* y las *teorías* sustantivas de las ciencias sociales contienen, en el plano de sus estructuras profundas, ciertos síndromes discerniblemente románticos y clásicos» (168). «Creo que el romanticismo, por ejemplo, no se manifiesta solamente en el rechazo de todo método formal. Dentro de casi todos los campos de la metodología hay algunos puntos de vista que son más bien románticos y otros más clásicos» (169). «Si el clasicismo tiende al estructuralismo en las ciencias sociales, el romanticismo tiende al historicismo» (170).

A su juicio, el sociólogo clásico discierne los requisitos de coherencia y orden de la sociedad; el sociólogo romántico subraya la necesidad de conflictos y fricciones sociales. Lo clásico subraya la dependencia de los hombres de cierta sociedad para la realización de su humanidad. En cambio, el romántico cree que lo humano está limitado por la sociedad establecida. Mientras el sociólogo clásico insiste en el valor de la armonía, el consenso y el decoro, el romántico lo hace en lo grotesco, lo disonante y lo indecoroso, en la sociedad. Estima que entrambas concepciones son necesarias para una teoría social válida (171).

El movimiento romántico no es una simple manifestación tradicionalista, pues cuenta con ciertos aspectos antitradicionalistas. El romanticismo, en otra de sus facetas, fue una revuelta de elites intelectuales y artísticas contra sus propios órdenes culturales establecidos y contra las normas que se usaron convencionalmente para regir sus esferas especializadas de actividad cultural. Fue «la sustitución de la política por la estética, de la crítica social por la crítica cultural, y fue una exigencia de la libertad artística en vez de libertad política» (172). Los románticos intentaron rescatar un mundo de significados «romanizándolos», dotando al mundo cotidiano ordinario con el *pathos* de lo extraordinario, «idealizando» la realidad mundana. «Lo 'ordinario': lo cotidiano, lo bajo, lo carnal y lo desviado debían ser rescatados considerándolos desde una perspectiva que les otorgara un nuevo y reforzado valor, en lugar de rutinizarlos, ignorarlos o cosificarlos» (173). El romanticismo fue profunda-

(168) *Ibidem*, pág. 329.

(169) *Ibidem*, págs. 329-330. El autor señala la excepción de Paul Feyerabend: «Contra el método: esbozo de una teoría anarquista del conocimiento.»

(170) *Ibidem*, pág. 338.

(171) *Ibidem*, págs. 339-340.

(172) *Ibidem*, pág. 308.

(173) *Ibidem*, págs. 311-312.

mente antimecanicista y antiburgués; así, en modo alguno fue exclusivamente «reaccionario», porque «romantizar» era «dotar a aquellas partes del mundo que habían estado expuestas a una cosificación embotada de una nueva animación, afirmando que todas las cosas eran *loci* de *autoconocimiento* de potencia y de valor» (174)-(175).

Según todo lo anterior, ¿dónde situar a Kelsen, Schmitt y Smend? ¿A quiénes de ellos cabe situar, *mutatis mutandis*, dentro del clasicismo o en el campo romántico?

Ante todo, no cabe duda que los tres, como Heller, fueron *clásicos* en el sentido de que sus correspondientes teorizaciones fueron *maduras* y *sugerdoras*, de suerte que forzoso es referirse a ellos para adherirse, disentir o criticarlos.

Pero no es ésta la cuestión. Lo que nos interesa es comprobar en qué medida las características descritas por Gouldner, del clasicismo y del romanticismo, pueden atribuírseles casi en exclusividad. Según ellas, la doctrina de Kelsen figuraría en el ámbito del clasicismo por su énfasis en la ordenación, coherencia interna, sistematicidad. En cambio, Smend correspondería al romanticismo por su continua referencia a fenómenos concretos, a las realidades vitales, por su antimecanicismo y antiespacialismo. Las características románticas se dan en el teórico de la integración del Estado, en la medida también que llamó la atención por el alcance jurídico-político integrador de los símbolos, de los grandes hombres, del cromatismo (colores de la bandera del *Reich*, etc.) por sus calidades estéticas. Esto último no quiere decir que la obra y estilo kelsenianos carezcan de carácter estético. Precisamente, la visión piramidal y gradualista del ordenamiento jurídico es arquitectónica y bella. Se ajusta a un canon estético clásico.

Pero su esteticismo es de índole lógico-trascendental, que tiende a lo infinito espacial y funcional (casi *more mechanico*) porque es una visión estética inspirada en el *Logos*. Por el contrario, la estética smendiana, al basarse y partir del *Geist*, se inscribe en la cultura de la expresión, mientras, como dijimos, la kelseniana, en la cultura de la racionalización. Ambas deberían haber armonizado, pero en Weimar se enfrentaron drásticamente. El esteticismo kelseniano puede compararse con la entusiasta descripción del universo del astrónomo Pierre Simon Laplace (1749-1827), en términos matemáticos, que hace en su *Exposition du Système du Monde* (1796), cuando decía: «La

(174) *Ibidem*, pág. 312.

(175) Según este autor, la influencia romántica sobre las ciencias sociales alemanas se manifestó y mantuvo mediante la distinción entre las *Geisteswissenschaften* y las *Naturwissenschaften*, entre *Geist* y *Natur*, entre *Kultur* y *Zivilisation* que llega a nuestros días (*op. cit.*, págs. 316-317).

astronomía, por la dignidad de su objeto y por la perfección de sus teorías, es el más bello monumento del espíritu humano, el título más noble de su inteligencia.» El universo está descrito en círculos, y no es menester la hipótesis de Dios para reajustar, de cuando en cuando, el orden característico del cosmos, como sostiene Newton. «Sire, nous n'avons pas besoin de celle hypothèse», respondió a Napoleón cuando le preguntó sobre la acción de Dios en el cosmos.

Paralelamente, Kelsen estaba orgulloso de su doctrina en cuanto álgebra y geometría del cosmos jurídico. Este no necesita fundamento teológico, ético, iusnaturalista o sociológico alguno. Descansa en la *Grundnorm*, aún mejor en la *Urnorm*, el demiurgo del orden normativo. Gouldner (176) escribe que, como decía Novalis, «romantizar era ver lo infinito en lo finito; el universo, en un grano de arena; en términos de Blake, era observar la 'flor azul' y ver la eternidad en ella... la visión 'clásica' del mundo habría engendrado enclaves excluidos de una realidad subprivilegiada, cuyo desprecio no vacilaba en justificar. La concepción romántica sostenía que la insignificancia de las cosas nacía de un fracaso de la imaginación: la realidad era democratizada».

El pannormativismo, logicismo, formalismo (en cuanto tratamiento abstracto de figuras, o sea, el geometrismo jurídico), el purismo metodológico, el espacialismo y mecanicismo kelsenianos propenden, como el cubismo, a la representación abstracta e infinita de los fenómenos jurídicos, donde no entran los casos concretos, vitales, inefables, porque difícilmente pueden reducirse y explicarse ampliamente mediante normatividades puras (derechos humanos, por ejemplo); en este sentido, el culturalismo historicista-vitalista de Smend supone la rebelión de las magnitudes finitas contra el infinitismo de Kelsen y el realismo sociológico de Heller (complementariedad de lo normativo y de lo normal, del ser y del deber ser; implica una visión plástica (177) de la Teoría del Estado y de la Constitución).

En cuanto a Schmitt, su conexión con el ideario romántico hay que precizarlo con más detenimiento. Ante todo, conviene recordar su estudio original y minucioso sobre el romanticismo político (178). Aquí, como en todos

(176) GOULDNER: *op. cit.*, pág. 312.

(177) GERHART NIEMEYER, editor de la *Teoría del Estado*, de Heller, apéndice pág. 302, señala que éste «preparaba de un modo completo en pensamiento su obra antes de redactarla, porque, como solía decir, todo lo veía plásticamente antes de darle forma escrita».

(178) CARL SCHMITT: *Politische Romantik*, trad. italiana y estudio preliminar de Carlo Galli, Giuffrè, Milán, 1981, que por cierto Galli no cita a Gouldner entre la abundante literatura que maneja, lo cual impide que se refiera directamente a las conexiones romanticismo y Derecho.

sus escritos, el autor, sin mengua de su originalidad, excelente información y argumentación fascinantes, arrastra al lector a su terreno. Además, el influjo de Burke, De Maistre y De Bonald, excelentes escritores, es claro, así como el de Donoso Cortés. Son autores que admira y utiliza frecuentemente. Lo importante es que su existencialismo decisionista coincide con ciertos postulados románticos. Corresponde a la cultura y almas germanas de la expresión.

VI. LA VISION ESCALONADA DE LA ESTRUCTURA DE LA CIVILIZACION
DE PAUL SCHRECKER

1. *Uso de una teoría lógico-jurídica por un historiador
de la cultura*

No voy a insistir en la sorpresa que me deparó comprobar la aplicación de la teoría escalonada del ordenamiento jurídico por un historiador. Hasta ahora había comprobado lo que tantos investigadores hicieron: el influjo de doctrinas filosóficas, sociológicas, politológicas y económicas en el campo de las ciencias jurídicas. Cosa frecuente y explicable por el principio de la interconexión disciplinar del conocimiento. Lo que ignoraba es que alguna vez una doctrina jurídica, tan específica, incidiese en el ámbito historiográfico. No es que me escandalice. Al contrario, como jurista que mucho aprecia la historia, me satisface.

Recordaremos que, lamentablemente, desconozco la biografía intelectual de Schrecker: ¿historiador con alguna formación jurídica? Algunos datos de la lectura de su obra parecen dar pie a esta sospecha.

Me parece que no es timbre orgulloso corroborar esta regla que tantas veces he señalado: cuando una doctrina, o corriente, adquiere suficiente madurez y sugestividad, se produce la tendencia a imponerse en otros territorios científicos. Así se aplica, en este caso, mediante el trasvase de una doctrina jurídica al campo histórico.

Basta examinar la estructura del libro de Schrecker para confirmar la similitud con las hipótesis kelsenianas. Veamos.

El autor divide así su libro: «Análisis estático de la civilización», páginas 21 y sigs. Ya veremos la coincidencia sorprendente del epígrafe IV: «Los sectores de la civilización. 1. El Estado». Veremos cómo tal coincidencia se reitera en toda la obra.

La parte segunda: «La estructura lógica de las normas de la civilización», pág. 145, también lo ratifican (cfr. epígrafe X: «Normas categóricas e hipotéticas», págs. 145 y sigs.).

La parte tercera: «La civilización en proceso», págs. 197 y sigs., completa el cuadro, puesto que es la réplica al análisis estático de la «civilización» mencionada. Así, pues, Estática y Dinámica, como hizo Kelsen en su *Teoría del Estado*.

Schrecker habla de *estructura de la civilización* y no de cultura, pero esta distinción germana no invalida el propósito de nuestra investigación.

2. El método historiográfico de Schrecker

El autor indica (179) que «... el principio fundamental del método moderno parece consistir en la búsqueda de los elementos formales de la realidad y de sus relaciones formales». «Nuestra ciencia moderna va por diferentes caminos. Los elementos que postula no son sustancias, sino meros puntos de referencia para relaciones abstractas.»

«Todo sistema de conocimiento, visto desde dentro, se manifiesta como un sistema coherente de proposiciones generadas por la aplicación de métodos válidos... Ninguna de estas proposiciones, y ninguna norma metódica, tiene un índice intrínseco de tiempo; cada una tiene un índice de orden que la sitúa entre las proposiciones o normas de las cuales se deriva y las proposiciones o normas que se derivan de ella. Tal sistema exige necesariamente autonomía: las modificaciones legítimas que se realicen en él pueden efectuarse sólo mediante una autorregulación del sistema de acuerdo con las normas metódicas. Ninguna intromisión de algún factor extraño a la coherencia sistemática puede admitirse legalmente. Los procesos que realizan la autorregulación sistemática son procesos lógicos, no procesos históricos temporales» (180).

«El método es el principio generador del conocimiento, un exacto modelo del principio generador de la legalidad que llamamos Constitución» (181).

Para Schrecker, las normas sólo pueden derivarse de normas y no de hechos. Más adelante citaremos los textos que confirman el influjo y/o coincidencia de este historiador con la teoría escalonada del ordenamiento jurídico.

En la segunda parte de su obra, el autor citado estudia la estructura lógica de las normas de la civilización. Comienza esta parte con el capítulo X, dedicado a las normas categóricas e hipotéticas, y en él encontramos este

(179) PAUL SCHRECKER: *La estructura de la civilización*, cit., pág. 11.

(180) *Ibidem*, págs. 22-23.

(181) *Ibidem*, pág. 53. Cfr. la coincidencia con KELSEN: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, trad. de Wenczlao Roces, Editorial Porrúa, S. A., México, 1987, pág. 50. Además, SCHRECKER: *op. cit.*, pág. 87.

texto, de evidente sello kelseniano: «Las normas que representan varios grados de especificación y que determinan el trabajo humano en una civilización están interrelacionadas a lo largo de dos ejes, que pueden llamarse longitudinal y transversal. La interrelación longitudinal es una consecuencia de la estructura jerárquica que encadena cada norma con las que especifica, y de las que se deriva, así como con las que se derivan de ellas y a su vez la especifican. Así, una ley civil se deriva de la Constitución a la que especifica y a su vez legitima decisiones judiciales, órdenes ejecutivas y contratos privados por los cuales es especificada. Cada una de las jerarquías que constituye una civilización presenta un esqueleto de estructura arborescente, cuyas ramas convergen hacia un ápice formado por el principio fundamental del respectivo sector. La necesidad originaria o deseo se manifiesta a sí misma en una civilización como esta norma es; al mismo tiempo, la fuente de la que mana la energía que corre a través de las diversas ramificaciones de las jerarquías e invita a la especificación gradual, hasta terminar en un acto completamente determinado de trabajo, que satisface la necesidad respectiva directa e inmediatamente» (182).

Reparemos en la expresión «esqueleto de la estructura arborescente», referida a cada una de las jerarquías que constituyen una civilización. Tal imagen es típicamente kelseniana y ha sido adoptada por otros autores poskelsenianos (183).

Lo mismo que Kelsen, Paul Schrecker apunta la *imago geometrica* de la jurisprudencia. En efecto, escribe este último: «A la jurisprudencia *per se* le es indiferente la realidad histórica del sistema de Derecho sobre el que trabaja, al igual que a la geometría *per se* le es indiferente la estructura particular del espacio de la realidad» (184).

También adopta una postura metodológica semejante a la kelseniana cuando dice: «Así, el punto en el cual una ciencia deja atrás la concepción mítica del mundo, adecuada para un mero inventario descriptivo de la reali-

(182) SCHRECKER: *op. cit.*, pág. 145.

(183) KELSEN: *Problemas capitales...*, cit., prólogo a la 2.^a edic., págs. XLVI-XLVII, donde utiliza la imagen del árbol. Cfr. el comentario de MARIO G. LOSSANO: *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni Comunità, Milán, 1981, pág. 28; JOSEPH RAZ: *Il concetto di sistema giuridico*, Il Mulino, Bolonia, 1977, págs. 150-151, expone, en diagramas, el árbol que representa un sistema jurídico. Dice que Lord Bryce fue el primero que utilizó el concepto de cadena de validez. Añade que prefiere el diagrama del árbol al modelo de la pirámide como modelo de los sistemas jurídicos. Cfr., además, *op. cit.*, pág. 157. Schrecker insiste en la pág. 111 y en la 145 en la estructura arborescente de todos los sectores de la civilización.

(184) SCHRECKER: *op. cit.*, pág. 200. En las págs. 244 y sigs., el influjo de los procedimientos algorítmicos sobre la política y el Derecho.

dad, y entra en la etapa del verdadero logro científico lo marca la transición entre el pensar en términos sustanciales y el pensar en términos de un sistema de relaciones, llamado orden de los elementos.»

No es menester recordar las posiciones de Cassirer y de Siegfried Marck, que reducen el concepto de sustancia al de función, mantenida también por el maestro de Viena.

El orden, en general —aclara Schrecker—, no «... significa sino un sistema orgánico de relaciones combinadas de acuerdo con ciertas leyes. Descubrir las esencias o sustancias encerradas en tal orden es una tarea que trasciende el alcance de la historiografía y de su teoría, como trasciende el alcance de cualquier otra ciencia, y debe ser abandonada, como importante tarea con sentido, a la metafísica y a la teleología de la historia» (185).

El autor adopta, igual que Kelsen, postura adversa a los valores, concepto oscuro y equívoco. Darle «una función fundamental en una filosofía crítica arroja todo el sistema a una confusión irremediable. Los valores tienen efectivamente una analogía perfecta con las 'formas sustanciales' de la filosofía escolástica de la naturaleza» (186). Son hipóstasis de modalidades fenoménicas, del fenómeno de la civilización (187).

3. *La estructura de la civilización como orden escalonado, según Schrecker*

En la página 197 de la obra que estudiamos, su autor afirma, rotundamente: «Las normas, en cualquier nivel de las jerarquías, pueden considerarse como principios generadores para la producción de normas del siguiente nivel inferior» (188).

A su juicio, la estructura de la civilización aparece con mayor claridad en el sector del Estado y del sistema legal que lo articula. Para comprender tal estructura es menester atender sólo al orden formal, prescindiendo, por el momento, del contenido material. Conviene añadir que, para Schrecker, la estructura de un sector de la civilización consiste en el orden relacional de los actos de su trabajo (189).

(185) *Ibidem*, pág. 18. Cf., también, págs. 86 y sigs., sobre la manifestación del orden como estructura en el producto, porque ha operado como un principio generador en su producción y la norma que determinó el proceso generador debe manifestarse en el producto como una estructura. El autor aplica esto a las Constituciones escritas.

(186) *Ibidem*, pág. 15.

(187) *Ibidem*, págs. 297 y sigs.

(188) *Ibidem*, pág. 197.

(189) *Ibidem*, pág. 43.

Las leyes no están ni siquiera formalmente suspendidas en el vacío. Especifican a su vez normas de una jerarquía más elevada, cuya totalidad es la Constitución. Enfocada desde categorías formales, la vida política de un Estado es un proceso que entraña la especificación gradual de su Constitución por medio del trabajo humano (190). Seguidamente reproducimos un texto que evidencia su coincidencia con la doctrina de Kelsen-Merkl: «... cada decreto presidencial y cada decisión del poder judicial son también una norma, por cuanto establecen condiciones específicas de legalidad para un trabajo humano específico. El policía que levanta una infracción a un automovilista crea una norma específica, particularizando una ley general que determina lo que el automovilista está obligado a hacer legalmente. El funcionario judicial que llega a una casa para exigir un pago, por requerirlo así una sentencia no cumplida, se distingue del ladrón que sustrae exactamente la misma suma sólo por el hecho de que el funcionario actúa legalmente, es decir, en cumplimiento de una norma específica creada por la decisión de un tribunal. Es más, este tribunal es sólo un tribunal por derivar su poder de una ley, que, a su vez, deriva su validez como norma realmente válida del hecho de que especifica una disposición de la Constitución.

»Así, las normas que constituyen la esencia formal de la vida política —no nos ocuparemos por ahora de su contenido material— deben concebirse como ordenadas en una jerarquía de normas, en cuyo ápice está la Constitución, que debe ser considerada como el *principio generador* de la vida política, ya que toda vida política deriva su nombre de tal de esta fuente» (191).

A continuación, el autor reitera la analogía geométrica con la evolución del proceso político: «Si se estableciera un paralelo entre este proceso y el proceso deductivo que desarrolla un sistema de ciencia deductiva (la geometría, por ejemplo) podría compararse una Constitución a las leyes de la deducción que determinan la elaboración de un sistema geométrico: son los principios que gobiernan la generación de consecuencias una vez que ha dado el punto de partida de la deducción» (192).

Schrecker coincide también con Kelsen en la cuestión de la identidad del ordenamiento jurídico del Estado, a pesar de las revoluciones. Veamos: «La identidad de un Estado, a pesar de las discontinuidades revolucionarias de su Constitución, debe, por tanto, ser lógicamente considerada como la identidad de una Norma fundamental, especificada diversamente a la vez por la Constitución pre-revolucionaria y por la Constitución pos-revolucionaria.

(190) *Ibidem*, pág. 45.

(191) *Ibidem*, pág. 46.

(192) *Ibidem*, págs. 46-47.

Esta Norma fundamental casi nunca adoptó la forma de una ley escrita. Inclusive, casi siempre es inaccesible a la formulación racional. Figuradamente, puede expresarse como el derecho original a existir de este Estado particular, a través y a pesar de cualesquiera cambios sufridos por sus fronteras, su Constitución, sus tradiciones y, en general, su civilización». Y sigue el autor citado: «En algunos casos particulares, la Norma fundamental, en cualquier forma que se la conciba, puede perder su posición en el ápice de la pirámide jerárquica de normas; puede ceder su supremacía, voluntariamente o por la fuerza, a un principio generador más alto, y al ocurrir esta mediatización, la estructura completa puede verse más claramente. Cuando un Estado renuncia a su soberanía absoluta y se convierte en miembro de una unión federativa, su propia existencia puede, por ejemplo, ser garantizada por el principio generador —la Constitución— de la federación» (193).

No es menester añadir más citas para corroborar el impacto de la doctrina gradualista sobre la obra de Paul Schrecker (194) y su concepción y descripción de los diversos sectores de la civilización (el Estado, la ciencia, la religión, lo estético, la economía y el lenguaje). En realidad, este autor aplica la jerarquización normativa a cada uno de dichos sectores, considerando el *isomorfismo*, o sea, la correspondencia entre dos o más sistemas, definida por la condición de que hay una relación de uno a uno entre los elementos estructurales respectivos de los sistemas relacionados (195). Ello implica que todos los sectores de la civilización tienen una estructura formal idéntica (196).

El autor utiliza también el concepto de Norma fundamental en todos los sectores de la civilización «... idealmente inherente a todas sus especificaciones, y no tiene existencia histórica fuera de esta inherencia, justo como la única existencia histórica de un estilo en su ser inherente a las obras por las cuales se especifica. Sólo un análisis lógico y fenomenológico, no histórico, puede descubrir la Norma fundamental como elemento integrante de la estructura interna inmutable, inherente a todas sus realizaciones, que cambian en el transcurso del tiempo» (197).

Por último, su análisis sobre el cambio revolucionario guarda una coincidencia con las tesis kelsenianas sobre el asunto, de modo que me limito a

(193) *Ibidem*, pág. 48.

(194) Cfr. págs. 56-57, 74, 86 y sigs. y 97 (aludiendo a la pirámide de normativa, págs. 111 y sigs., 145, 168, 169, 191, 199 y 359).

(195) *Ibidem*, pág. 41.

(196) *Ibidem*, pág. 42.

(197) *Ibidem*, pág. 85.

reenviar al lector interesado a las páginas correspondientes de la obra de Schrecker (198).

En España, J. Reglá (199) explica el concepto actual de la historia, considerando las diversas actividades humanas conforme a cuatro «planos», «pisos» o «niveles» en un momento determinado, de manera estática para facilitar el razonamiento, y luego los examina dentro de la consideración dinámica del tiempo. El primer nivel es la *economía*; la *organización político-administrativa de la sociedad y del Estado* es el segundo nivel político, que abarca todo el aparato gubernativo, desde los escalones más modestos a las supremas jerarquías del poder central. El tercer nivel, *cultura-espíritu*, lo constituye toda clase de actividades del pensamiento de los hombres que integran la sociedad. Por último, el cuarto nivel corresponde a la *política internacional*.

Fácilmente se advierte que este esquema nada tiene que ver con la distinción de Kelsen-Merkl que nos ocupa. Lo cito sólo como un modelo que, aun refiriéndose a grados o niveles, no incurre en la reproducción, ¿plagio?, o coincidencia del discurso desarrollado por Schrecker.

(198) *Ibidem*, págs. 259 y sigs., especialmente págs. 262-263 y 268 y sigs.

(199) J. REGLÁ: *Introducción a la historia socioeconómica, política y cultural*, Editorial Teide, Barcelona, 1975, pág. 27.