

## EL ORDEN NORMATIVISTA PURO

(Supuestos culturales y políticos  
en la obra de Hans Kelsen)

Por PABLO LUCAS VERDU

### SUMARIO

PRELIMINAR.—I. NOTA SOBRE LA VIDA Y OBRA DE KELSEN. ¿VIENA O WEIMAR? KELSEN Y LA TRADICIÓN JUDEO-CRISTIANA: 1. *Vida y ambiente*. 2. *Kelsen y la tradición judeo-cristiana*. 3. *La Teoría pura del Derecho en cuanto secularización de elementos judeo-cristianos*. 4. *Los supuestos teológicos de la doctrina kelseniana*. *Teología y Derecho*. *El eco spinozista*. 5. *La consideración del Derecho «more geometrico» como réplica secularizada de la tradición judeo-cristiana*.—II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MÉTODO Y LOS CONCEPTOS CAPITALES DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO: 1. *Los presupuestos kantianos del método kelseniano*. 2. *Kelsen y la filosofía de la naturaleza de su tiempo*. 3. *La huella del empiriocriticismo en Kelsen*. *El influjo de Fritz Mauthner*. 4. *Breves consideraciones sobre el formalismo kelseniano*. *Cultura y formas*. *La lógica como instrumento de la pureza metódica*. 5. *Etapas del desarrollo científico de Kelsen*. 6. *Breves indicaciones sobre los supuestos antropológicos de la doctrina kelseniana*. 7. *El punto de partida de la doctrina kelseniana*. *La contraposición «Sein» ≠ «Sollen»*. 8. *La «Grundnorm»: desde su concepción como hipótesis lógico-jurídica a su consideración como ficción*.

### PRELIMINAR

No sin cierto temor, me dispongo a escribir este trabajo sobre el pensamiento del fundador de la famosa Escuela de Viena. Es un atrevimiento por tratarse del más grande teórico del Derecho de nuestro tiempo. Ha suscitado ardientes seguidores y no pocas críticas. A finales del siglo pasado uno de

los maestros de Kelsen, Georg Jellinek (1), escribió que gran parte de las controversias que continuamente se presentan en todas las ramas de la ciencia jurídica se deben al hecho de que esta ciencia aún no cuenta entre sus cultivadores con un Kant, que hubiese trazado una crítica de la razón jurídica. Por aquellas fechas no podía suponer, el profesor de Heidelberg, que uno de sus discípulos se convertiría, a partir de 1911, en el más significado crítico de esa razón.

Me parece que mi osadía en parte se explica por cuatro motivos: *a)* porque, acertadamente, el profesor Luis Legaz Lacambra señaló que el pensamiento jurídico del siglo xx exige un diálogo con Kelsen (2); *b)* porque, desde el año 1946 hasta hoy, me he enfrascado en la lectura de las obras del maestro y en la abundantísima bibliografía sobre él; *c)* porque he comprobado que algunos profesores españoles que dicen seguir el método kelseniano, en realidad, o no lo han entendido o bien no han consultado gran parte de su obra, y *d)* porque, lamentablemente, hay jóvenes profesores que se resisten en consultar, para redactar sus trabajos, las fuentes clásicas del pensamiento jurídico, en este caso a Kelsen, o cuando más sólo manejan sus escritos traducidos sobre la justicia constitucional y problemas conexos.

I. NOTA SOBRE LA VIDA Y OBRA DE KELSEN. ¿VIENA O WEIMAR?  
 KELSEN Y LA TRADICION JUDEO-CRISTIANA

1. *Vida y ambiente*

Considero innecesario detenerme en la descripción puntualizada de la biografía de nuestro autor. Ya Rudolf Aladár Métall (3) lo hizo con maestría. Me interesa subrayar los diferentes ambientes políticos y culturales que le tocó vivir.

Kelsen nació en Praga el 11 de octubre de 1881 y murió en Berkeley, California, el 19 de abril de 1973. Su formación intelectual se forjó principalmente en Viena, aunque conviene no olvidar el influjo ejercido sobre él por Hermann Cohen, significado representante del neokantismo en la Uni-

(1) GEORG JELLINEK: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.<sup>a</sup> ed., 1905; trad. italiana de GAETANO VITAGLIANO: *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Società Editrice Libreria, Milán, 1912, pág. 16. La primera edición alemana es de 1892.

(2) Esta afirmación de LEGAZ la encuentro reproducida en la solapa de la obra de HANS KELSEN *Aufsätze zur Ideologiekritik. Mit einer Einleitung. Herausgegeben von Ernst Topitsch*, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied am Rhein und Berlin, 1964.

(3) RUDOLF ALADÁR MÉTALL: *Hans Kelsen. Vida y obra* (trad. de Javier Esquivel), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1976.

versidad de Marburgo. Cada hombre es tributario del ambiente en que se desarrolló, y por eso el maestro es inescindible de la capital del Imperio austro-húngaro. Varios estudiosos del pensamiento kelseniano han subrayado el ambiente cultural de Viena. Así, Ulises Schmill (4) señala cómo allí se desplegó una notable sociedad y una cultura brillantes. «Por sus frutos culturales, puede considerársela la Atenas del siglo xx, por más que su trasfondo social y económico tenga una siniestra fisonomía totalmente distinta» (5). Describe el esplendor vienés citando esta nómina de personajes ilustres: Freud y su escuela; la música dodecafónica de Schönbern, Alan Berg y Anton Webern; el positivismo lógico (Moritz Schlick, Otto Neurath, Rudolf Carnap y, en alguna medida, Karl R. Popper); la ciencia del Derecho pura (Kelsen, Merkl, Verdross, Franz Weyr, Fritz Sander); la termodinámica estadística de Boltzmann; en literatura: Schnitzler, Rilke y Hoffmannstalt; la pintura del *Jugendstil* (Kalimt, Schiele, Kokoschka); la arquitectura del Bauhaus, la escuela austríaca de economistas y el filósofo Ludwig Wittgenstein. «Esta sociedad burguesa tradicional —concluye— era barroca, cortesana, hipócrita, musical a veces de opereta, exactamente todo aquello contra lo que lucharon las corrientes culturales mencionadas (Stefan Zweig, Allan Janniki, Stephen Toulmin)».

Tal vez Schmill magnifica este nivel cultural, realmente importante, pero no hay que olvidar su paralelo germano: la República de Weimar, que también fue un emporio en todos los campos del saber: de la filosofía, del arte, de la medicina, literatura, cinematografía, arquitectura (6). Trátase de dos acontecimientos culturales gemelos, incluso interdependientes, dado el trasvase frecuente de autores y teorías, del magisterio ejercido por profesores alemanes y austríacos en Universidades de entrambos países; Kelsen como ejemplo máximo (7).

---

(4) ULISES SCHMILL: Prólogo a la obra de MÉTALL, cit., pág. 1.

(5) SCHMILL, *ibidem*, cita un pasaje de la obra de R. MUSIL *El hombre sin atributos* (trad. de José María Sáenz), 2.ª ed., Ed. Seix Barral, Barcelona, 1965, págs. 39-41, en el cual llama al Imperio austro-húngaro *Kakania = Kaiserliche königliche* (imperial-real) y *kaiserlich und königlich* (imperial y real). Cfr. también de SCHMILL su Introducción a la trad. de W. Roces de los *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, de KELSEN, Editorial Porrúa, México, 1987, págs. xi y sigs.

(6) A este ambiente weimariano me refiero en mi obra *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar (La teoría constitucional de Rudolf Smend)*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 31 y sigs.: «El ambiente científico-cultural de Weimar en una democracia en crisis».

(7) Recientemente, BERNARDO SORDI: *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Giuffrè, Milán, 1987, pág. 25, indica el

Walther Lichem, embajador de Austria en Chile (8), reitera la idea de la Viena *fin de siècle* emporio cultural, literario, artístico, etc., y además apunta la interesante observación de que nuestro autor no puede separarse del contexto sociocultural de la Monarquía austro-húngara. «El profesor norteamericano William Johnston —escribe el embajador—, quien recientemente publicó un trabajo destacado sobre la historia intelectual y cultural de Austria entre 1848 y 1938, opina que el pensamiento de Kelsen para explicar las reglas de Derecho deriva de la complejidad perturbadora propia de la Monarquía de los Habsburgos.

»Para diferenciar las interferencias jurisdiccionales, el Derecho austríaco creó la necesidad de una norma fundamental. Los distintos niveles de las instancias jurisdiccionales, empezando por los Ministerios del Imperio austro-húngaro, siguiendo por los Ministerios con jurisdicción sobre los territorios de Austria propiamente tales y las distintas provincias de la Corona, hasta las comunas, tuvieron como consecuencia interminables conflictos de competencia y jurisdicción. Con objeto de desarrollar estos distintos niveles de instancias e interferencias, fue necesario, según Johnston, desarrollar tipos ideales dentro de la Teoría del Derecho. De acuerdo a ello —concluye el embajador—, la Teoría pura del Derecho de Kelsen respondió a las características específicas del antiguo imperio internacional.»

A mi juicio, las consideraciones posteriores cuadran mejor con el pensamiento de Adolf Merkl, fraternal amigo y discípulo de Kelsen. Este último le definió como auténtico genio del pensamiento jurídico y reconoció cuánto le debía en la formación y despliegue de la *Stufenbautheorie*. Adolf Julius Merkl, en un trabajo sobre la unidad jurídica del Estado austríaco (9), sostuvo que si para un examen histórico-político, territorio, pueblo, cierta continuidad de cultura y civilización, etc., son condiciones para reconocer la inmutabilidad del Estado, su correspondiente valoración jurídica se funda en la *compacidad lógica del sistema, rectius* en la unidad del Derecho, lo que permite reconocer un *solo Estado, la Unidad del Estado* (10). El principio de

---

carácter emblemático de Weimar y añade que la «relectura» kelseniana puede ser un fruto no secundario del compromiso de recorrer desde dentro, entre Weimar y Viena, la compleja evolución del discurso iuspublicista (pág. 25).

(8) «Palabras del embajador de Austria, Dr. Walther Lichem», en *Apreciación de la Teoría pura del Derecho*, Edeval, Valparaíso, 1982, págs. 15-16.

(9) Ahora, vertido al italiano por C. GERACI, Presentación de M. PATRONO y Nota bibliográfica de WOLFF-DIETRICH GRUSSMANN, en ADOLF MERKL: *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milán, 1987 (V: «L'unità giuridica dello Stato austriaco. Ricerca pubblicistica alla luce della dottrina della lex posterior»), págs. 149 y sigs.

(10) MERKL: *ob. cit.*, pág. 152.

unidad jurídica es la Constitución. Sólo ésta permite imputar a un único Estado leyes diversas subsistentes en el tiempo (11).

No es menester añadir que también Merkl fue influido por y participó en la cultura de la Viena finisecular. Grussmann (12) nos dice que Merkl, después de la Segunda Guerra Mundial, aunque no abandonó la afirmación fundamental de la Teoría pura del Derecho (13), se interesó crecientemente por las cuestiones ético-políticas.

Asumió inicialmente el método de su primer maestro, Edmund Bernatzik, que consistía en explicar el Derecho partiendo de sus raíces políticas. Me parece —aunque sea observación obvia— que influyó en este giro en su posición científica el impacto que sobre él ejerció, como en tantos otros juristas germanos, el destino trágico de Alemania y Austria en el período 1933-1945: a un ambiente brillante y decadente (1911-1933) sucedió otro de reflexión profunda, angustiada, al final de sus días, pero no exento de esperanza.

Creo que es también relevante referirse al hecho de que el Estado plurinacional austro-húngaro planteó problemas distintos de los afrontados por la socialdemocracia alemana, en particular sobre la cuestión de las nacionalidades en el mosaico monárquico-imperial. Así surgió el llamado austro-marxismo (Max Adler, Rudolf Hilferding, Karl Renner y Otto Baur) (14), así como recordar la disputa de Adler, en su obra *La concepción del Estado* (1922), con Kelsen.

Losano (15) ha señalado el influjo de varios autores y direcciones científicas de la época vienesa sobre la formación científica de Kelsen. Así, tuvo un primer contacto indirecto con Freud a través de Weininger, amigo del jurista. Kelsen leyó los escritos freudianos, citándolos algunas veces. Así en su *Teoría general del Estado* (16), en *Forma de Estado y filosofía* (17) y, sobre

(11) MERKL: *ob. cit.*, pág. 178.

(12) WOLFF-DIETRICH GRUSSMANN, cit. en nota 9, pág. LXXVI.

(13) MERKL: «Zum Geburtstag Hans Kelsen. Reine Rechtslehre und Moralordnung», en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. I, núms. 3-4, nueva serie, págs. 293 y sigs.

(14) Cfr. PREDRAG VRANICKI: *Historia del marxismo*. Vol. I: *De Marx a Lenin* (trad. de Loly Morán, Alejandro Sierra y Juan Antonio P. Millán), Ediciones Sígueme, Salamanca, 1977, págs. 297 y sigs. Cfr. la recensión de Kelsen de la obra de BAUER *Die österreichische Revolution*, 1923, pág. 50, y la réplica de BAUER «El equilibrio de la lucha de clases», pág. 57.

(15) M. G. LOSANO: *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni di Comunità, Milán, 1981, págs. 141 y sigs.

(16) KELSEN: *Teoría general del Estado* (trad. de Luis Legaz Lacambra), Labor, Barcelona, 1934, págs. 31 y 488.

(17) KELSEN: «Forma de Estado y filosofía», en *Esencia y valor de la democracia*, pág. 139.

todo, en el artículo dedicado al concepto del Estado y la psicología social, con referencia especial a la Teoría de la masa de Freud (18 y 19). Asimismo, en su trabajo sobre Dios y el Estado (20).

¿Viena o Weimar? A mi juicio, no tiene sentido señalar una superioridad cultural de una u otra de las dos ciudades y de lo que representaron en los períodos correspondientes a entrambas posguerras mundiales. En realidad, Weimar y Viena fueron, en esos períodos, distintas, pero complementarias. Las dos partían de supuestos análogos. Empezando por esta última afirmación, la cultura germana arranca de la espléndida organización y funcionamiento de los centros universitarios germanos. Tanto la Universidad austríaca como la alemana se caracterizaron por el rigor, dedicación y prestigio de sus principales maestros (21). A sus aulas asistieron numerosos alumnos europeos, americanos y de otras latitudes. La tradición del pensamiento filosófico germano, la preparación y magisterio de sus filólogos y sociólogos fue importante. Por otro lado, insistamos, el intercambio de profesores entre los centros del saber alemanes y austríacos fue frecuente. Hay que incluir las visitas cortas y/o duraderas de profesores germanos a otros países de habla alemana, como Suiza o las Universidades checoslovacas, donde se impartían las clases y seminarios en dicha lengua. En el campo de la Teoría del Estado y de la Teoría de la Constitución, el intercambio fue fecundo, y a ello contribuyó la fundación, el 13-14 de octubre de 1922, de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehren* (22). Entre sus miembros alemanes figuraban, entre otros, Anschütz, Thoma, Apelt, Heller, Holstein, Jacobi, Walter Jellinek, E. Kaufmann, Koellreutter, R. Laun, Nawiasky, Carl Schmitt, Rudolf Smend; entre

---

(18) Contenido en el volumen *Hans Kelsen: «La democracia»*, con Introducción de GIACOMO GAVAZZI, Il Mulino, Bolonia, 1981, págs. 385 y sigs.

(19) El contacto con el Círculo de Viena (neopositivismo) fue indirecto. Cfr. LOSANO: *ob. cit.*, pág. 144.

(20) H. KELSEN: *Gott und Staat*, en la obra editada por Ernst Topitsch, citada en nota 2, págs. 34 y sigs. Para una información más detenida de las relaciones de la Teoría pura del Derecho con el psicoanálisis, cfr. LOSANO, *ob. cit.*, págs. 143 y sigs.

(21) Cfr. lo que escribe GREGORIO ROBLES sobre el ambiente cultural vienés en su *Epistemología y Derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982, pág. 168: «Por aquel entonces —se refiere a la llegada a Viena, en 1929, del profesor Legaz Lacambra— esta ciudad era una auténtica Atenas del mundo europeo. Centro de cultura en todos los órdenes, su situación geográfica simbolizaba su espíritu de combinación y tolerancia de todas las tendencias espirituales en vigor. La música, el arte, la literatura, las ciencias jurídicas y la filosofía florecían en Viena como en ninguna otra ciudad del mundo.» Este juicio, breve pero expresivo, es acertado. Acaso la última observación es exagerada.

(22) Cfr. KONRAD HESSE: «Zum 50 Jahrestag der Gründung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer», en *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 97, cuad. 4, Tubinga, septiembre 1972, págs. 345 y sigs.

los suizos, Fleiner (*senior*), Ruck y Schindler, y entre los checos, Adler, Sander, Schranic y Spiegel. Su presidente e iniciador fue Heinrich Triepel; como vicepresidente, Anschütz, y como secretario, Stier Somló. En 1928 se celebró una sesión de trabajo en Viena y otra en Berna (23). Lo anterior corrobora la complementariedad entre el esfuerzo científico alemán y el austríaco. Afirmación obvia, pero que conviene recordar.

No obstante, cabe distinguir el significado de Viena y Weimar. De la primera, como indica Robles (24), Viena, «simbolizaba su espíritu de combinación y tolerancia de todas las tendencias espirituales en vigor». Esto es cierto si recordamos que durante el Imperio austro-húngaro su misma composición de pueblos, con culturas, lenguas y tradiciones distintas, motivó un espíritu de tolerancia o por lo menos de interés recíproco, mientras que durante el Imperio guillermino la inexistencia de variedades culturales relevantes y la fuerte tradición autoritaria desde su fundación, si bien no afectó demasiado a la enseñanza superior, así como el culto profesional casi hierático a la *Wissenschaft*, en todos sus campos ajeno a las luchas ideológicas y partidistas, si no impidió la tolerancia, al menos no contribuyó mucho a su despliegue. El panorama cambiará al derrumbarse el *Reich* guillermino y llegar a la República. Ahora bien, mientras en Alemania existieron numerosos centros y academias dedicados al cultivo de diversas ciencias, en Austria la presencia de las escuelas freudianas y del Círculo de Viena contribuyeron, por su mayor o menor conexión con las ciencias sociales, a prestarles cierta singularidad.

En el ambiente antes sumariamente descrito surgirá la Escuela de Viena, protagonizada por el maestro Hans Kelsen, al igual que la *Vereinigung* de profesores alemanes de Derecho político contribuirá a incrementar la colaboración de profesores e investigadores alemanes, austríacos, suizos y demás en torno a los postulados de la Teoría pura del Derecho. A recibir sus enseñanzas acudieron, como es sabido, profesores españoles como Luis Recaséns Siches y Luis Legaz Lacambra (25). Añadamos que la fundación del *Hans Kelsen Institut* en Viena, aparte de otras actividades académicas, editó una serie de estudios sobre la doctrina de Kelsen, que llega, fructíferamente, a nuestros días en otra situación muy distinta a la anterior (26).

---

(23) Para más detalles sobre el significado y actividades de esta asociación, cfr. PABLO LUCAS VERDÚ: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar (La teoría constitucional de Rudolf Smend)*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 45 y sigs.

(24) G. ROBLES: *ob. cit.* en nota 21.

(25) Cfr. G. ROBLES: *ob. cit.* («La recepción de Kelsen en la ciencia jurídica española»), págs. 151 y sigs.

(26) Cfr. el volumen 2 editado por dicho Instituto, dedicado al *Einfluss der reinen*

## 2. *Kelsen y la tradición judeo-cristiana*

Algunos autores han señalado la estirpe hebrea de Kelsen y han extraído de este hecho racial algunos paralelismos entre su doctrina y la tradición legal mosaica (27). Está muy lejos de nuestra mente emitir juicios peyorativos sobre este hecho. Es indudable que el judaísmo constituye una fuente del pensamiento occidental, y en la síntesis judeo-cristiana llega a nuestros días. En realidad, Hans Kelsen no fue un hebreo creyente y practicante, sino más bien agnóstico en cuestiones religiosas, aunque en varias de sus obras se revela una peculiar curiosidad científica por la teología cristiana y una respetuosa actitud ante la figura de Jesús. En este sentido dista del peculiar «catolicismo» de Carl Schmitt y de la actitud piadosa protestante evangélica de Rudolf Smend (28). De todos modos, una investigación sobre los supuestos

---

*Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Länder*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchandlung, Viena, 1978, con artículos de NORBERT ACHTERBERGER (influjo de la Teoría del Estado en Alemania), OTTO BONDY (en Australia), ÅKE FRÄNDBERG (en Escandinavia), HIDO HARA (en Japón), MICHEL VAN DER KERCHOVE (en Francia y Bélgica), VLADIMIR KUBES (en Checoslovaquia), MARIO G. LOSANO, MICHELLE MARCHETTI, MICHAELA ORSINI y DONATELLA SORIA (en Italia) y MARTIN USTERI (en Suiza).

(27) V. FROSINI: «Kelsen e Romano», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 60, 1983, pág. 204: «*Risale nel suo spirito originario alla antica proposizioni di rapporti e di valori della legge mosaica, depurata e rinnovata nella metodologia critica dell'illuminismo e del positivismo giuridico.*» La cita es de A. CARRINO: *L'ordine delle norme. Politica e Diritto in Hans Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1984, pág. 27, nota 18. CARRINO menciona la obra de M. ROBERT D'Odipe a Moise, Calmann-Levy, 1974, trad. italiana de S. Cantoni, Sansoni, 1981, y sostiene que el autor francés sigue una metodología que podría ser fructífera para un estudio sobre las fuentes culturales complejas del hebreo Kelsen.

(28) Rudolf Smend nació en 1882 en Basilea, descendiente de una vieja familia de juristas y teólogos protestantes procedentes de Westfalia (Lengerich, en la provincia de Trecklenburg). Su padre fue profesor de Antiguo Testamento y de lenguas orientales. Su primeros estudios fueron de Filosofía y de Teología. Siguió las enseñanzas de Welhausen, el máximo conocedor del Antiguo Testamento del siglo pasado. En 1918-1920 desempeñó funciones eclesiásticas en las conferencias sinodales de Renania y en el Altpreussische Generalsynode. Influyó en la elaboración del acuerdo entre Prusia y las Iglesias protestantes (1932). Después de la Segunda Guerra Mundial es miembro del Consejo de la Iglesia Protestante en Alemania y participa en la elaboración del Estatuto de dicha Iglesia. Funda el Instituto de Derecho Eclesiástico de la Iglesia evangélica en Gotinga. En 1951 funda la *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*. Sobre el catolicismo de Schmitt, cfr. C. GALLI: «Il cattolicesimo nel pensiero politico di Carl Schmitt», en *Tradizione modernità nel pensiero politico di Carl Schmitt*, Edizioni Scientifiche Italiana, 1987, págs. 119 y sigs.; R. ESPOSITO: «Cattolicesimo e modernità in Carl Schmitt», en *ibidem*, págs. 119 y sigs.



culturales y políticos kelsenianos no puede prescindir de los datos que arroja su procedencia judía. Como es sabido, entre los grandes maestros de la jurisprudencia germana figuran numerosos judíos. Stahl, Jellinek, Stammler, Leibholz. No es menester mencionar más nombres (unos creyentes, otros conversos al cristianismo, otros agnósticos). Tampoco es necesario exponer la ofensiva de los iuspublicistas alemanes nacional-socialistas contra las doctrinas mantenidas por los juristas germánicos de origen judío (crítica del liberalismo individualista, del Estado de Derecho, etc., y su rechazo visceral de la persona y obra del maestro).

Kelsen fue perseguido no sólo por sus simpatías políticas hacia el socialismo democrático, sino también por su condición judía, lo cual le forzó al exilio a Suiza y, finalmente, a los Estados Unidos, donde culminó su fecunda obra académica.

Según Friedrich (29), la religión judía ha cumplido un papel decisivo en la formación del concepto occidental del Derecho. «El Dios único —prosigue— se revela de modo muy distinto de los dioses griegos. Jehová, el Dios sin nombre de Israel, se diferenciaba claramente de los dioses que rodeaban a otros pueblos por su constante preocupación por la ley.» Apoyándose en Max Weber, Friedrich subraya la estrecha relación entre el sacerdote y el Dios legislador. La fe se alimentó de la posición del sacerdote como intérprete de la ley (30).

Como es sabido, Moisés no sólo salvó a su pueblo; además, sentó las bases de su convivencia mediante la religión, la moral y el Derecho recogidos en los cinco libros sagrados (Génesis, Exodo, Levítico, Números y Deuteronomio). Los judíos los reunieron bajo el nombre genérico de Torá (Ley). La tradición alejandrina los denominó Pentateuco. Así pasó a las Biblias cristianas. Además, hay que tener presente la autoridad de la tradición.

Así pues, la Ley es un postulado capital dentro del judaísmo, inescindible de la moral y de la religión en la ortodoxia hebrea. Ahora bien, Kelsen, a pesar de su estirpe hebrea, aunque se esmeró en operar desde las categorías de una metodología escéptica a todo aquello que no supone conocimiento racional, si bien responde a la dirección secularizadora y formalista que acompaña a la evolución del Estado y del Derecho moderno, cedió, en muchas ocasiones, a las tentaciones de lo metarracional, a elementos mítico-irracional, a consideraciones teológicas, a lo numinoso y al sentido del misterio.

---

(29) C. J. FRIEDRICH: *La filosofía del Derecho* (trad. de Margarita Alvarez Franco), Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1964, pág. 21.

(30) C. J. FRIEDRICH: *ob. cit.*, pág. 22.

En efecto, empezando por esto último, al estudiar Kelsen, en sus *Hauptprobleme* (31), la teoría de la autoobligación del Estado, escribe que es necesario un punto de transición en que los elementos amorfos de la sociedad se truequen en formas fijas del Estado y del Derecho. «Es el punto en que los usos sociales y la moral, en que los intereses económicos y religiosos se convierten en normas jurídicas, pasan a formar parte de la voluntad del Estado: el acto legislativo. Por donde el proceso de formación de la voluntad del Estado es algo así como el cordón umbilical que une permanentemente el Estado a la matriz de la sociedad. Es el gran *misterio* del Derecho y el Estado, que se opera en el acto legislativo: por serlo, está justificado que sólo se pueda hablar de él y tratar de ilustrarlo por medio de imágenes aproximadas» (32).

Kantorowicz (33) indica las implicaciones religiosas —por supuesto, secularizadas— de la *Grundnorm*, fundamentadora de la teoría gradualista del ordenamiento jurídico. Dicha norma fundamental hay que aceptarla como un dogma de fe. Kelsen reitera, con frecuencia, lo que parece un rito inconsciente para asegurar la necesidad de admitir la *Grundnorm* como algo supradordinado (34). V. Frosini (35) ha descrito el carácter misterioso que cumple la presencia de la *Grundnorm* concebida, spinozianamente, como *natura naturans* y no *naturata*, que no deriva de otra norma y carece de correspondencia con una hipótesis fáctica. Es «... una especie de Primer Motor Inmóvil aristotélico del ordenamiento jurídico, o incluso similar al Uno de los sistemas especulativos de tipo neoplatónico, emanación mística que irradia la juridicidad sobre las normas inferiores». Cuando, con razón, se opone a tal «norma madre, situada en el misterioso Reino de las Madres, del que nacerían las formas de los derechos existentes, el principio global, estructural, del ordenamiento jurídico concreto, en el que cada parte se refiere a las demás, hasta componer un conjunto condicionado y equilibrado (en equilibrio dinámico) de relaciones, en una figura total o *Gestalt*, se desvanece el encanto del círculo

(31) KELSEN: *Problemas capitales...* (trad. de W. Roces), cit., págs. 357-358.

(32) K. OLIVECRONA: *Law as fact*, cit. por GIOVANNELLI: *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Giuffrè, 1979, pág. 20, señala que la teoría kelseniana del Derecho como deber ser aparece como una relación mística. Niega la posibilidad de explicar racionalmente de qué modo de los hechos del mundo sensible pueden derivarse efectos en el pretendido mundo del deber, que es completamente diferente. Es una cuestión que, tomando la expresión kelseniana (*Hauptprobleme*), define como un misterio.

(33) H. KANTOROWICZ: *La definizione del diritto* (trad. italiana), UTET, Turín, 1962, pág. 67.

(34) GIOVANNELLI: *ob. cit.*, pág. 95.

(35) V. FROSINI: *La estructura del Derecho*. Estudio preliminar de Antonio Enrique Pérez Luño, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, pág. 135.

mágico kelseniano, trazado en torno a un centro fijo de imputación y de derivación normativa, la *Grundnorm*».

En definitiva, la norma fundamental se manifiesta como *deus ex machina*, como una sacralización hobbesiana, teofórmica del poder, como apunta Cotta (36). Viene a ser un *deus ex machina* semejante a la regla de derecho de Duguit, con la diferencia que esta última se basa y arranca del hecho social (solidaridad por semejanzas y solidaridad por división de trabajo). Viene a ser teofórmica porque sustituye la trascendencia de la tradición judeo-cristiana, la Ley, la Torá, por la trascendencia lógico-jurídica, secularización de la primera, expresada como hipótesis; finalmente, como ficción que vela, íntimamente, la trascendencia de la Ley eterna, del Derecho natural, de la justicia y salva todo el sistema mediante la coherencia, dinámica y auto-creada, del ordenamiento jurídico escalonado (37). La norma básica ocupa el lugar de la teología judeo-cristiana. O es el demiurgo. El sustitutivo suprapositivo de una metafísica tradicional por otra neokantiana de lógica trascendental. No es la primera vez que en un egregio tratadista del Derecho pueden decantarse elementos judeo-cristianos. En efecto, otro hebreo, el maestro de Kelsen, Georg Jellinek, estudió, en un sugestivo trabajo, a «Adán en la Teoría del Estado» (38).

Para el maestro de Heidelberg podría asombrar el título «Adán en la Teoría del Estado». No obstante, plantea el papel del bíblico Adán tanto en la doctrina del Estado medieval como en la moderna, así como la cuestión acerca de las huellas que dejó en la Teoría del Estado y en la estructura de los Estados modernos (39). La conexión entre Adán y la Ciencia del Estado parece algo natural si se considera que las concepciones del tiempo sobre el Estado dependen, esencialmente, del concepto del hombre, y esto a su vez depende, íntimamente, de su visión del origen del género humano, de suerte que la Teoría del Estado es una parte necesaria de toda concepción del mundo de cada tiempo, de modo que sólo así puede entenderse (40).

(36) S. COTTA: *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milán, 1981, pág. 36 (en nota).

(37) C. MARTYNIAK: «Le problème de l'unité des fondements de la Théorie du droit de Kelsen», en *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, París, 1937, habla del dominio sobrenatural, del que brota la norma fundamental bajo forma de mandato divino.

(38) G. JELLINEK: «Adam in der Staatslehre», en *Ausgewählte Schriften und Reden*, vol. II, Verlag von O. Häring, Berlín, 1911, y *Teoría general del Estado* (trad. de Fernando de los Ríos Arruti), 2.ª ed., Compañía Editorial Continental, México, 1958, pág. 238.

(39) G. JELLINEK: «Adam...», cit., pág. 23.

(40) G. JELLINEK: *ob. cit.*, págs. 23-24.

En su *Teoría general del Estado*, Jellinek subraya el influjo de las instituciones israelitas descritas por la Biblia tanto en la construcción de la Iglesia primitiva como en la Edad Media y en la época moderna. El Antiguo Testamento —insiste— ha desempeñado un papel de importancia en la historia de la doctrina política (41).

### 3. *La Teoría pura del Derecho en cuanto secularización de elementos judeo-cristianos*

En principio me parece que la *Reine Rechtslehre* viene a ser una secularización de presupuestos judeo-cristianos. Como escribe W. Leisner (42): «Después del infierno del poder arbitrario y del purgatorio del gobierno controlado, la existencia pura de la regla del Derecho significa el paraíso jurídico. En esta tercera Roma del Derecho, las decisiones ya no son actos de voluntad individual, sino más bien emanaciones de una voluntad general anterior, que se combina con la voluntad de aplicación actual, con un resultado esencialmente desvoluntarizado.»

La pureza *metódica* (repárese que la adjetivación seculariza, «cientifiza» al sustantivo) parte de la posición metodológica de H. Cohen, maestro de Kelsen (43). Esta posición del profesor de Marburgo estribaba en el formalismo, en la lógica del conocimiento puro (44). El método crea el objeto del

---

(41) G. JELLINEK: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 239. En las págs. 238-239 escribió: «Es verdad que la ley se expresa de modo imperativo; mas detrás de ella se oculta de un modo análogo a la que tanta semejanza tiene en este punto con ella, la ley de las Doce Tablas, el reconocimiento de los derechos subjetivos. El israelita tiene una personalidad determinada que puede valer frente a frente del rey porque el problema para éste consiste en otorgarle la protección jurídica conforme a la ley que a él mismo obliga. Sólo ante Jehová encuéntrase el israelita despojado de todo derecho.»

(42) W. LEISNER: «L'État du droit, une contradiction?», en *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, París, 1975, pág. 66, citado por J. LENOBLE y F. OST: *Droit, Mythe et Raison. Essai sur la dérive de la rationalité juridique*, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruselas, 1980, pág. 542, nota 150.

(43) H. COHEN: *Ethik des reinen Willens*, Berlín, 1907; reimpresión, Hildesheim-Nueva York, Olms, 1981, vol. 7, editado por H. Holzhei; J. HABERMAS: «Der deutsche Idealismus der jüdischen Philosophen», en *Philosophische-Politische Profile*, Suhrkamp, Francfort del Maine, 1984, págs. 43 y sigs., vincula a Cohen con la tradición liberal de los intelectuales hebreos, muy influidos por la Ilustración alemana. Tomo esta nota de CARRINO: *ob. cit.*, pág. 145, nota 28. Cfr. recientemente IRENE KAJON: *Ebraismo e sistema di filosofia*, Cedam, Padua, 1989.

(44) Tal es el título de una de las obras de H. COHEN: *Logik der reinen Erkenntnis*, 1902. El filósofo neokantiano de la Escuela de Marburgo escribió, además, una *Ethik des reinen Willens*, 1904, y una *Ästhetik des reinen Gefühls*, 1912.

conocimiento. Sólo lo formal es real, y cuanto más formal sea una metodología, más real podrá ser. Y cuanto más realmente se formule, en toda la profundidad de la cosa, una cuestión, más formalmente tiene que fundamentarse (45). El maestro de Kelsen fue judío. Cohen estudió filología hebrea (46), y ejerció notable influjo sobre él N. Steintal, notable filólogo y talmudista.

Sería interesante una exposición —sin prejuicios y bien fundamentada— de la mentalidad judía de Kelsen, particularmente en el punto de la pureza metódica. Como supuesto de partida, nos arriesgamos a sugerir que la doctrina pura del Derecho viene a ser una secularización de la tradición judeo-cristiana de la pureza; la racionalización jurídica del precepto: «No cometerás actos impuros.» La *pureza como prohibición*. Hay que subrayar la energía y reiteración con que nuestro autor la esgrime en toda su obra: «... Quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños» (47); «Han transcurrido más de dos décadas desde que emprendiera la tarea de desarrollar una teoría jurídica pura, es decir, una teoría del Derecho purificada de toda ideología política y de todo elemento científico natural, consciente de su singularidad en razón de la legalidad propia de su objeto» (48). «Se le llama 'pura' porque busca excluir del conocimiento del Derecho positivo todos aquellos elementos que le son extraños por aquí o por allá. Los límites de este objeto y sus conocimientos deben quedar claramente fijados en dos sentidos: la ciencia particular del Derecho, la disciplina comúnmente llamada jurisprudencia, debe ser distinguida de la filosofía, de la justicia, por una parte, y de la sociología, o conocimiento de la realidad social, por otra» (49).

Kelsen, como neokantiano, es decir, inspirándose en Cohen y además en Ernst Cassirer, realizó una transmutación de los conceptos sustanciales en conceptos funcionales puros (50). El dualismo entre *Sein* y *Sollen*, la confrontación Moral-Naturaleza, tiene sus raíces en el criticismo kantiano, pero,

(45) H. COHEN: *Logik der reinen Erkenntnis*, cit., pág. 581.

(46) Cfr. su *Die Religion der Vernunft aus den Quellen des Judentums*, 1915. Sobre el influjo de Cohen en nuestro autor, cfr. M. G. LOSANO: *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni di Comunità, Milán, 1981, págs. 33 y sigs.

(47) KELSEN: *Teoría pura del Derecho* (trad. de la 2.ª ed. en alemán por Roberto J. Vernengo), Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pág. 15.

(48) KELSEN: Prólogo a la primera edición de la obra citada en la nota anterior, pág. 9.

(49) KELSEN: «The pure theory of law and analytical jurisprudence», en *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 1, noviembre 1941. Trad. cast. de Eduardo A. Coghlan en *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1946, pág. 209.

(50) KELSEN: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht* (2.ª ed., fotocopiada), Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1928, pág. 212.

como escribe Bauer (51), mientras Kant se limitó a la desustancialización del mundo del ser, los neokantianos la extendieron a la formación de los juicios sobre el campo del deber ser. De este modo se excluye todo ser y se sustituye la moral por la lógica del *Sollen*. Así se desplaza la trascendencia por lo trascendental en el concepto del Derecho (Ebbestein) y así también se realiza el triunfo del pensamiento puro sobre el objeto (52). El maestro se mostró orgulloso de sus orígenes kantianos. Por eso, en carta dirigida a Renato Treves (53) le decía que la Teoría pura del Derecho ha hecho más fértil la filosofía de Kant y ha contribuido a su perfeccionamiento, aunque no se adhiera a todos los puntos de la filosofía kantiana del Derecho. Si se considera que la obra de Kant representa a la verdadera filosofía alemana, la Teoría pura del Derecho es la más alemana de todas las filosofías jurídicas elaboradas en Alemania desde la época de Kant. Kelsen sigue rechazando las críticas que consideran a su doctrina como antialemana y subraya su carácter universal.

Algún crítico malévolo podría argumentar que se trata de manifestar su patriotismo germano para compensar su estirpe judía. Desde otro punto de vista, más objetivo, aquí se corrobora la afirmación de Jellinek, en páginas anteriores mencionada (54), que al fin la jurisprudencia alemana ha encontrado a un nuevo Kant. Entonces, si la Teoría pura del Derecho es auténticamente germana, queda por demostrar, pese a su gran importancia, cómo, al mismo tiempo, es universal.

Seguidamente el maestro indica la diferencia que media entre su doctrina y la de Cohen sobre filosofía jurídica. Este último no ha sido capaz de sobrepasar el Derecho natural, en la medida que despreció el Derecho positivo y su importancia para la ciencia del Derecho. No ha sido capaz de llevar a las últimas consecuencias la filosofía kantiana. Cohen no se contentó con las categorías formales o los valores *a priori*. Posición que Cohen rechazó por su actitud religiosa (55).

---

(51) W. BAUER: *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit um die Weimarer Demokratie. Zur Politologie des Methodenstreites der Staatsrechtler*, Duncker und Humblot, Berlín, 1968, pág. 83.

(52) S. MARCK: *Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1925, pág. 1. Cfr. particularmente el capítulo II: «Kelsens Staatslehre ohne Staat», págs. 7 y sigs.

(53) KELSEN: Carta a Renato Treves, reproducida ahora en «Droit et société. Science du Droit. Sociologie. Deux lettres inédites de Kelsen», en *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, núm. 7, invierno 1987, pág. 334.

(54) Cfr. nota 1.

(55) Más adelante (págs. 335 de la revista citada en nota 53) Kelsen señala su deuda con Cohen, respecto a su teoría sobre la *Grundnorm*, y con Cassirer.

En el inicio de su *Teoría pura del Derecho* Kelsen afirma que es una doctrina sobre el Derecho positivo. Como indica Bauer (56), esta tesis contiene el meollo de su sistema: la pureza metódica, como teoría del conocimiento, como *genus proximum* científico, rechazando toda sociología, metafísica y ética. Más tarde (57) escribió que la despolitización exigida por la *Reine Rechtslehre* se refiere a la ciencia del Derecho y no a su objeto. Este no puede separarse de la política, pues es un instrumento esencial de aquélla. La Teoría pura del Derecho es una «Teoría pura del Derecho, y no la doctrina de un Derecho puro» (58). Por eso Arnold Brecht (59) apunta que hay que considerar al maestro de Viena no como un positivista jurídico, sino como un relativista transpositivista.

Como es sabido, Kelsen reaccionó tajantemente contra las objeciones a su pureza metódica frente a quienes denunciaron su trasfondo liberal o socialista.

Así, en su escrito contra Smend (60) subraya cómo no se ha entendido bien su doctrina al acusarlo de *liberal* Carl Schmitt y de *fascista* H. Heller. Esto es la prueba mejor, le parece, que no es ni una ni otra cosa, sino que es una teoría *objetiva* del Estado. Igualmente ha sido calificada, desde la derecha y desde la izquierda, de *formalismo*.

Cuatro años más tarde (61) reitera esta idea: «Los fascistas la explican como un liberalismo democrático; los demócratas, liberales o socialistas la tienen por avanzada del fascismo. Desde el lado comunista es descalificada como ideología del estatismo capitalista, y desde el lado del capitalismo nacionalista es descalificada como bolchevismo o, de pronto, como un disimulado anarquismo. Por su espíritu —aseguran otros—, estaría emparentado con la escolástica católica, mientras que otros creen reconocer en ella las notas características de una doctrina protestante del Estado y del Derecho. Y tampoco faltan aquellos que quisieron estigmatizarla como atea; en suma: no hay orientación política alguna de la que la *Teoría pura del Derecho* no haya sido sospechada. Pero justamente ello demuestra, mejor de lo que yo

(56) BAUER: *ob. cit.*, pág. 84.

(57) KELSEN: «Was ist die reine Rechtslehre», en *Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe für Giacometti*, 1953.

(58) KELSEN: *ibidem*.

(59) A. BRECHT: *Teoría política. Los fundamentos del pensamiento político del siglo XX* (trad. de Juan Manuel Mauri), Ediciones De Palma, Buenos Aires; Ed. Ariel, Barcelona, 1963, pág. 245.

(60) KELSEN: *Der Staat als Integration. Eine Prinzipielle Auseinandersetzung*, Verlag von Julius Springer, Viena, 1930, pág. 32 (en nota).

(61) KELSEN: *Teoría pura del Derecho*, edición de VERNENGO, cit., Prólogo a la primera edición, pág. 11.

podría hacerlo, su pureza.» La pureza es, pues, objetividad, neutralidad, templanza frente a subjetivizaciones y extremismos impuros.

La defensa de pureza que esgrime el maestro es inteligente y hábil, pero para ponderarla es menester subrayar el hecho de que su doctrina es un *hecho cultural*, es decir, Kelsen no es ajeno a ninguno de los *ismos* que le adjudican sus críticos. Por supuesto, en modo alguno quiero decir que Kelsen fue fascista, comunista o anarquista. Significa sólo que a estos movimientos políticos dedicó escritos importantes en los que corroboró su esmerada cultura política. Sabida es su simpatía por el socialismo democrático. Es cierto que no quiso inscribirse en el partido correspondiente, pero firmó un llamamiento para apoyar las candidaturas socialdemócratas. Kelsen —sostiene Sonia Dayan-Herzbrun (62)— pretendió conciliar su concepción pesimista de la naturaleza humana (ingrediente hebreo) con el ideal de liberación y de igualdad, que es la base del compromiso socialdemócrata. Según la profesora de París, Kelsen, racionalista embargado por las estructuras formales, no escapó, sin embargo, a la necesidad de legitimar sus tesis por un padre fundador, pero no pudo resguardarse de la atmósfera apasionada de la primera posguerra, de modo que para llevar a los austro-marxistas a sus tesis lanzó un *slogan* discutible: «*retour a Lassalle*» (63).

Diversos críticos han subrayado el trasfondo liberal de la doctrina del maestro. Entre ellos, Gerhard Leibholz (64) insiste en que la llamada doctrina pura del Derecho reposa, en definitiva, sobre una absolutización de los principios liberales del Derecho público, así como el sistema de Laband representa, en sentido amplio, la absolutización, en parte liberal, del Derecho público bismarckiano. Como sostuvo Hallowell (65), Kelsen culmina la tarea de Gerber-Laband-Jellinek al eliminar todas las consideraciones político-sociales de la teoría jurídica. Al mismo tiempo se esforzó en apoyarse en la tradi-

---

(62) SONIA DAYAN-HERZBRUN: «Le socialisme. Le Droit et l'État: L'hypothèse lassallienne reprise par Hans Kelsen», artículo inédito, presentado como ponencia al Congreso de la Sociedad Francesa de Sociología (noviembre 1987). Agradezco al profesor Javier Caballero Harriet la copia que me envió.

(63) H. KELSEN: «Marx oder Lassalle», en *Archiv Grünberg*, t. XI, Viena, 1926, pág. 298.

(64) G. LEIBHOLZ: «La formazione dei concetti nel diritto pubblico», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, año XI, fascículo III, mayo-junio 1931. Por su parte J. MOÖR: «Reinen Rechtslehre», en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, ed. por G. Anschütz, Verlag von Julius Springer, Viena, 1935, pág. 43, indica la aproximación a las teorías tradicionales del Derecho y del Estado que el maestro de Viena criticó.

(65) JOHN H. HALLOWELL: *The Decline of Liberalism as an Ideologie. With Particular Reference to german politico-legal thought*, University of California Press, Berkeley y Los Angeles, 1943, págs. 96-97.



ción liberal, en la medida que establece la validez del Derecho independientemente de cualquier autoridad personal. Del mismo modo quiso mantener el *Rechtsstaat*. Ahora bien, puesto que su doctrina concluye en que cada Estado es un *Rechtsstaat*, desposee al concepto de todo significado; lo vacía del contenido que le dio el liberalismo.

Kelsen (66) rechazó el «labandismo» que le reprocharon sus críticos. Según el maestro vienés, Paul Laband no logró separar el Derecho positivo de la política, ya que su doctrina fue en realidad una ideología del principio monárquico, opuesto al Derecho positivo. La diferencia entre la Teoría pura del Derecho y la doctrina de Laband estriba en que ésta no anunció los principios de una teoría jurídica, ya que se limitó a una interpretación de la Constitución. Añadía que ya desde sus *Hauptprobleme* se esmeró en distanciarse de las tendencias políticas —hábilmente disfrazadas— de la Teoría del Estado de Laband, de suerte que la doctrina pura del Derecho nació frente al labandismo. El mismo Laband, el jurista más conservador de la Corona prusiana, se revolvería en su tumba si supiera que se le atribuye la Teoría pura del Derecho.

Sin embargo, conviene recordar que Kelsen contradice cuanto afirmó en el Prólogo de su *Teoría general del Estado* (67). En efecto, decía en 1925: «Ahora, al resumir y completar los resultados de mis anteriores trabajos monográficos en un sistema de Teoría general del Estado, veo con más claridad que antes hasta qué punto descansa mi labor en la de los grandes predecesores; ahora me siento más unido que nunca a aquella dirección científica, que tuvo en Alemania como sus representantes más ilustres a Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek. Esta dirección, apartándose de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una Teoría del Estado positivo, esto es, una Teoría del Estado estrictamente jurídica, sin matiz político alguno.»

Ahora bien, la pureza metódica hinca sus raíces en supuestos teológicos de índole cristiana-spinozista, como intentaremos exponer.

---

(66) KELSEN: Carta citada a Renato Treves, pág. 333.

(67) KELSEN: *Teoría general del Estado* (trad. de Luis Legaz Lacambra), Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1934, pág. 7.

#### 4. *Los supuestos teológicos de la doctrina kelseniana.* *Teología y Derecho. El eco spinozista*

En la tercera edición de su *Tratado de Derecho constitucional*, Léon Duguit (68) al examinar la tesis kelseniana de la identidad del Estado = Derecho, afirma que en seguida salta a la mente la expresión de *panteísmo jurídico* (69).

Kelsen se interesó por el panteísmo en su obra sobre el concepto jurídico y sociológico del Estado (70). A su juicio, el panteísmo supone la supresión del método teológico y la renovación del sistema unitario. Apoyándose en Pohle, afirma que el panteísmo, que en el fondo es sólo ateísmo, se fundamenta en estos principios: Dios y el mundo son una esencia. Según antepongamos Dios o el mundo, se llega a estas dos consecuencias: Dios es todo y todo es Dios. La primera forma se puede llamar panteísmo cosmológico; la segunda, panteísmo ontológico. Así, pues, la primera conduce al *pancosmismo* y la última al *acosmismo*; una niega a Dios en favor del mundo; la otra, al mundo en favor de Dios. Sólo la primera, el pancosmismo, es el auténtico enemigo de la teología, y sólo como pancosmismo, el panteísmo histórico ha conseguido relevancia histórico-científica en la medida que por el sendero de este panteísmo de la ciencia natural se ha liberado de las cadenas teológicas.

La teología del Estado vio siempre con sospecha la tendencia a superar el dualismo Estado-Derecho y estableció, en cambio, una unidad sistemática porque amenaza tal unidad, negando su método y, por tanto, a aquélla misma. Se pueden distinguir dos direcciones: una considera el Derecho en el Estado; la otra, el Estado en el Derecho. En la Teoría del Estado y en la Teoría del Derecho se dan la misma alternativa señalada por Feuerbach en su crítica del concepto de Dios que mantiene la teología: «Dado que Dios suprime la naturaleza y la naturaleza a Dios, se desprende: ¡o Dios o la naturaleza! No hay término medio que armonice a los dos.» El ojo más torpe tiene que percibir

(68) L. DUGUIT: *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Editeurs E. de Boccard Successeurs, París, 1927, pág. 51.

(69) Duguit corrobora esta idea en las páginas siguientes apoyándose, además, en la obra de KELSEN *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2.<sup>a</sup> ed., Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1928, págs. 219 y sigs. GIUSEPPE VOLPE: *L'Ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1977, pág. 136, y ADRIANO GIOVANNELLI: *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Giuffrè, Milán, 1979, pág. 122, coinciden en denominar *teogónica* a la *Stufenbau* y *teogónico* al origen de la *Grundnorm*.

(70) KELSEN: *ob. cit.*, págs. 247 y sigs.

que el Estado es esencialmente distinto del Derecho, y viceversa. Suprimen al Estado y la doctrina del Estado o la del Derecho si quieren ajustarse a la exigencia de la lógica, a la ciencia, o dejan el Derecho en el Estado, es decir, reconocen al ordenamiento jurídico como orden estatal o dejan al Estado en el Derecho, suprimiéndolo, o sea, reconocen al orden estatal como ordenamiento jurídico. Sólo es posible tratar de una distinción del proceso genético, espiritual, que lleva al conocimiento de su identidad (Estado = Derecho). Ello supone la superación de los puntos de vista iusvalorativos y/o políticos.

En el primer caso se dice: el Derecho, el ordenamiento jurídico, es el Estado, esto es, el Derecho positivo; en el segundo: el Estado es el Derecho (71).

Siglos antes, Spinoza, en su *Tratado político* (72), afirmó que «todas las cosas son en Dios y dependen de El, de suerte que sin El no pueden ser ni concebirse». Así, pues, todo es inmanente en Dios. Nada puede concebirse sin Dios.

Como escribe Mercedes Allende Salazar (73), «la inmanencia de Dios en las cosas significa fundamentalmente que, aunque las cosas sean finitas y estén limitadas por otras, poseen, desde el punto de vista de su esencia, la potencia o la fuerza infinita de Dios, que les lleva a perseverar en el ser, a esforzarse y a luchar por afirmar su existencia frente a todo lo que tiende a negarlas». Estamos, pues, más que ante un panteísmo, en un *panenteísmo* (Dios está en todo), ante un monismo cósmico-divino que, en el fondo, es un ateísmo.

De modo semejante, la norma fundamental originaria (*Grundnorm, Urnorm*) y la estructura escalonada del ordenamiento (*Stufenbau*) vienen a cumplir, como indican Volpe y Giovannelli (74), una función teogónica: la creación incesante y pura (limpia de escorias iusnaturalistas, sociológicas, etcétera) de un ordenamiento unitario y sistemático que, como motor último y supremo, se conserva y autocrea. Autogénesis y sistematización; juridicidad, lógicamente pura, presente en cada uno de sus grados intermedios, que se crean y aplican simultáneamente *ad infinitum*...

El ordenamiento jurídico puro tiende a subsistir en la existencia como la potencia infinita de Dios spinoziana; propende a *in suo esse perseverare*.

Por otro lado, la distinción entre *natura naturans* y *natura naturata* des-

(71) Kelsen: *ob. cit.*, pág. 248.

(72) SPINOZA: *Tratado político* (trad. de E. Tierno Galván), Ed. Tecnos, Madrid, 1966.

(73) M. ALLENDE SALAZAR OLASO: *Spinoza. «Filosofía, pasiones y política»*, Alianza Universidad, Madrid, 1988, pág. 54.

(74) Autores y obras citados en la nota 69.

empeña un papel decisivo tanto en el sistema spinoziano como en el kelseniano; lo mismo en el panteísmo de Spinoza como en el panlogismo normativista de Kelsen, en la medida que éste sustituye la divinidad por la lógica, por la geometrización jurídica.

La *Grundnorm* cumple el papel del *pouvoir constituant* configurado por Sieyès, como apuntó Schmitt (75). La norma fundamental —subraya Marck (76)— significa la legitimación y establecimiento del llamado poder constituyente; «crea», en sentido lógico, al legislador; contiene, en relación con todo el Derecho positivo, la delegación en la normación, así como la Constitución delega a los órganos legislativos y la legislación delega a los órganos administrativos. La *Grundnorm* no es acto del Derecho positivo, y en sentido platónico, mediante la ciencia del Derecho fundamenta su contenido en cuanto hipótesis, conocimiento del ordenamiento jurídico, al que antecede lógicamente.

Para Kelsen (77), la *Grundnorm* es hipótesis pura, carente de realidad concreta y creadora del orden jurídico o estatal. «La norma fundamental (que no sólo es admisible, sino necesaria para la ciencia del Derecho) no tiene ningún contenido absoluto ni relativo, sino que se orienta hacia el material, cuya interpretación como unidad jurídica constituye su función exclusiva; por eso la autoridad suprema creadora del Derecho puede ser lo mismo el autócrata que el pueblo, pero el pacto social del iusnaturalismo posee un contenido absoluto. Sostener que sólo al pueblo compete la reforma constitucional porque él constituye la última fuente de todo derecho es puro Derecho natural» (78). Según lo anterior, sólo la *Grundnorm* cumple el papel del *pouvoir constituant*, pero no como elemento político iusnaturalista, lo cual chocaría con la pureza metódica, sino como hipótesis abstracta que crea, lógico-geométricamente, todo el ordenamiento jurídico (estatal). La *Grundnorm* es, pues, *Urnorm* primerísima y creadora vista desde el inicio; punto de imputación suprema, irrebable, contemplada desde todos los escalones inferiores. Por encima de ella no hay derecho alguno, sólo el vacío normativo; al final de la aplicación del Derecho, éste se agota y se entra en la facticidad social.

El eco spinozista —al margen si el maestro fuese o no consciente de ello— se corrobora contrastando las relaciones con el judaísmo de Spinoza

---

(75) C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución* (trad. de Francisco Ayala), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 91.

(76) S. MARCK: *Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1925, pág. 28.

(77) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 328.

(78) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 331.

y Kelsen. El primero abjuró; el maestro vienés no lo practicó, dado su agnosticismo. Ahora bien, los dos manifestaron auténtico respeto por el cristianismo, aunque sus dogmas difícilmente se concilian con sus convicciones científicas (79).

En su *Teoría general del Estado* (80) escribió: «Conviene ilustrar críticamente los procedimientos de la teología para poner en claro muchos problemas de la Teoría del Estado. Aquí nos interesa referirnos ante todo a la analogía entre la teoría de la autolimitación del Estado y el dogma de la encarnación del Verbo Divino. Cuando, por oposición al panteísmo, acentúa insistentemente la teología la trascendencia de Dios frente al mundo, tropieza con la misma dificultad que la Teoría política al afirmar la naturaleza meta-jurídica del Estado. En ambos casos, la dificultad y aun imposibilidad de la situación, considerada desde el punto de vista epistemológico, consiste en que dentro de una y la misma esfera del conocimiento aparecen dos sistemas distintos, dependientes uno de otro: Dios y mundo, Estado y Derecho, siendo así que la tendencia fundamental de todo conocimiento es conseguir la unidad sistemática» (81). Las referencias kelsenianas a conceptos y dogmas teológicos no deben desorientarnos. Una cosa es que Kelsen se sirva de la teología con propósitos comparativos culturalistas y otra muy distinta que los comparta. En realidad, el autor de la Teoría pura del Derecho representa un grado intenso de secularización y de laicización del Derecho y de su correspondiente conocimiento científico. La secularización —escribe Carrino (82)— y la irrupción en el orden de la cultura europea (en particular en Centroeuropa) de un espíritu hebreo cargado de sospechas hacia todo lo que no es puro espíritu, interioridad y consciencia del dolor y la finitud, son dos módulos hermenéuticos de las últimas fases de la historia europea que se revelan singularmente en Kelsen.

Prueba rotunda de esta secularización es lo que decía Kelsen en 1944 (83): «La Teoría pura del Derecho no considera su objeto como una

(79) Cfr. H. RITTER: *Histoire de philosophie moderne* (trad. de P. Challengell-Lacour), t. 1.º, París, Librairie Philosophique de Ladrage, MDCCCLXI, pág. 174, en su excelente exposición sobre Spinoza, le caracteriza así. No es menester recordar los diversos lugares en los que Kelsen se refiere, respetuosamente, a la figura de Jesús.

(80) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., págs. 100 y sigs.

(81) Para otros aspectos sobre Dios y Estado, y acerca del panteísmo, cfr. H. KELSEN: «Gott und Staat», en *Aufsätze zur Ideologiekritik. Mit einer Einleitung. Herausgegeben von Ernst Topitsch*, Luchterhand, Neuwied am Rhein, 1964, pág. 43.

(82) A. CARRINO: *L'ordine delle norme*, Edizioni Scientifiche Italiani, Nápoles, 1984, pág. 139. Cfr. el juicio acertado que emite sobre la *Reine Rechtslehre*, pág. 169.

(83) H. KELSEN: *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. de E. García Maynez), Imprenta Universitaria, México, 1950, Prólogo, pág. VII.

copia más o menos imperfecta de una idea trascendente. No pretende concebir el Derecho como creación de la justicia o como criatura humana de un Progenitor divino. La Teoría pura del Derecho insiste en una clara distinción entre Derecho empírico y justicia trascendente, excluyendo a esta última de su objeto específico. No ve en el Derecho la manifestación de una autoridad sobrehumana, sino una técnica social específica basada en la humana experiencia; la Teoría pura del Derecho se niega a ser una metafísica jurídica. Consecuentemente, no busca la base del Derecho —esto es, la razón de su validez— en un principio metajurídico, sino en una hipótesis jurídica, es decir, en una norma básica que debe establecerse por medio de un análisis lógico del pensamiento jurídico real.»

5. *La consideración del Derecho «more geometrico»  
como réplica secularizada de la tradición judeo-cristiana*

S. Marck se refirió al constructivismo matemático de Kelsen (84). Mejor aún: sería la consideración geométrica del Derecho. Ya Cohen, maestro de Kelsen, sostuvo que la ciencia del Derecho era como la matemática de las ciencias del espíritu (85). En 1919, en sus *Hauptprobleme* (86), nuestro autor decía: «Fijándonos en su carácter formal, podríamos muy bien llamar a la jurisprudencia, aunque este símil no sea ciertamente exacto en todos sus puntos, una especie de geometría del fenómeno jurídico total», y corroborará más adelante (87): «La jurisprudencia no es el Derecho creador y regulador, como la geometría no es el arte de la formación de los cuerpos (...) la ciencia geométrica incurrirá en la más grave de las infracciones contra el método a que debe atenerse si se empeñase en tomar en consideración, de cualquier modo que fuese, el contenido. Ninguna disciplina demuestra mejor que ésta, en efecto, que es posible crear 'formas sin contenido' sin aportar con ello, ni mucho menos, 'resultados sin valor' ni caer tampoco por ello, irremisiblemente, en el escolasticismo. Y lo que decimos de la geometría es aplicable en toda su extensión a la jurisprudencia» (88). De este modo, la geometría del fenómeno jurídico verifica la pureza metódica en la medida que toda geometría, por su abstracción, es pura.

---

(84) S. MARCK: *ob. cit.*, pág. 39.

(85) H. COHEN: *Ethik des reinen Willens. System der Philosophie*, 2.<sup>a</sup> ed., segunda parte, 1907, pág. 24.

(86) KELSEN: *Problemas capitales...*, cit., pág. 78.

(87) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 79.

(88) KELSEN: *ob. cit.*, págs. 79-80.

Dentro del contexto cultural en que se movió Kelsen hay que recordar la llamada geometría de los fenómenos sociales que caracteriza a la sociología de Georg Simmel, autor que influyó sobre el maestro (89), así como en las artes, principalmente en la pintura, el cubismo (90).

En su estudio sobre el sistema kelseniano de la Teoría pura del Derecho, que es un agudo comentario sobre el libro de Kelsen acerca de la soberanía y la Teoría del Derecho internacional (91), Adolf Merkl (92) se refiere a la apropiada imagen kelseniana de la *Normpyramide* del ordenamiento jurídico. Y en su trabajo sobre la doble faz del Derecho (93) se refiere a la multitud de fenómenos jurídicos, que, si colocados en la cima de la pirámide la presentan alargada hacia lo alto, puede también imaginarse en su base de modo que la Constitución aparezca como vértice de la pirámide.

Acertadamente, Heller (94) mantuvo que es «... imposible satisfacer los altos designios de la ciencia del Derecho si la aherrojamus en los conceptos de la ciencia matemática. Para cumplir con los imperativos de las disciplinas jurídicas necesitamos comprender la peculiar vinculación que existe entre la realidad y el valor y entender el mundo histórico-social como un proceso dialéctico dentro de su unidad y realidad». El brillante y malogrado Heller alude al influjo de Cohen sobre Kelsen en el punto anterior y añade esta atinada frase de Wilhelm Wundt (*Logik*, vol. II, pág. 606): «Los conceptos matemáticos derivan de las relaciones abstractas de las formas del entendimiento y conducen necesariamente a los elementos más simples de dichas formas. En cambio, la ciencia del Derecho toma sus conceptos de las complejas relaciones del trato humano y de la relativa arbitrariedad de las acciones. De acuerdo con estas ideas, y de conformidad con sus respectivas naturalezas, la ma-

(89) La *Soziologie* de GEORG SIMMEL es de 1909. Cfr. la trad. española: *Sociología*, dos volúmenes, Espasa-Calpe, Argentina, Buenos Aires, 1939.

(90) Cfr. lo que dice E. AIMONE GIBSON: «Crítica e ideología en el pensamiento de Hans Kelsen», en *Apreciación crítica de la Teoría pura del Derecho*, Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Escuela de Derecho, 1982, págs. 93 y sigs.

(91) KELSEN: *Das Probleme der Souveränität und der Theorie des Völkerrechts. Beiträge zu einer reinen Rechtstheorie*, pág. 119, donde habla de la pirámide normativa.

(92) A. MERKL: «Il sistema kelseniano di Teoria pura del Diritto», en *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi* (ed. de C. Geraci, Presentación de M. Patrono y Nota bibliográfica de W. Dietrich Grussmann), Giuffrè, Milán, 1987, pág. 84.

(93) A. MERKL: *Il duplice volto del diritto*, ob. cit., pág. 102.

(94) H. HELLER: *La soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional* (trad. y estudio preliminar del Dr. Mario de la Cueva), Universidad Nacional Autónoma de México, 1965, págs. 162-173.

temática es lo más simple de todas las acciones, en tanto el Derecho es la más compleja» (95).

Ciertamente, la concepción geométrica del Derecho fortifica la tesis de la pureza metódica. En la medida que la matemática es ciencia exacta, pura, y la geometría conocimiento de formas trascendentales. El tratamiento del Derecho positivo, trascendiéndolo lógicamente y depurándolo de sus ingredientes psicosociales, ideológicos, consigue una rigurosa doctrina con valor universal. Así, la *reine Rechtslehre* es la expresión científica general, es decir, aplicable a cualquier material jurídico-positivo que se observe y trate desde sus presupuestos metodológicos. En este sentido, la geometrización jurídica kelseniana viene a ser la réplica secularizada, y depurada, de los ingredientes judeo-cristianos y de la metafísica iusnaturalista. La pureza metódica no depende, pues, de imperativos religiosos, morales, sino de magnitudes lógicas que se desarrollan, coherentemente, en el plano puramente formal-trascendental como en la matemática. Que este tratamiento y su correspondiente solución sea adecuada, es decir, que cuadre con la realidad propia del Derecho, es otro asunto. No olvidemos que la teoría kelseniana es precisamente, a su entender, una *doctrina pura* del Derecho, y no del *Derecho puro*. Ahora bien, que sea posible trascender el Derecho de sus impurezas sin residuos y ese tratamiento sea concluyente, aislándolo de la justicia, de la realidad socio-económica, etc., plantea la revisión crítica de todos los presupuestos metodológicos kelsenianos. Si los aceptamos, quedamos prendidos en sus secuencias algebraicas-geométricas, pero a condición de pagar el duro precio de apartarse de la realidad que condiciona todo Derecho positivo.

En resumen, la geometrización del fenómeno jurídico entraña un poderoso esfuerzo imaginativo, creador, formalizado. Kelsen elaboró un magnífico edificio de formas vacías. Trátase de distinguir, como ya señaló W. Wundt (96), dos modos de trascendencia: la trascendencia real y la imaginación. En tanto que en toda operación científica se produce una trascendencia de la realidad necesaria para la producción de conceptos, la trascendencia imaginaria aplicada a la Teoría del Estado corre el grave riesgo que acabe por no dominar sus conceptos, sino que éstos dominen a ella (97). Así, pues, la doctrina pura del Derecho y de los kelsenianos más ortodoxos, a fuerza de insistir en sus

---

(95) Cfr. también, de H. HELLER: «Die krisis der Staatslehre», en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 55, J. C. B. Mohr, Tubinga, 1926. Ahora en HERMANN HELLER: *Gesammelte Schriften*, vol. II, A. V. Sijthoft, Leiden, 1971, págs. 20 y 22.

(96) W. WUNDT: *System der Philosophie*, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1889, págs. 190 y sigs.: «Mathematische transcendenz reale und imaginäre transcendenz».

(97) Como agudamente afirmó HELLER: «Die krisis...», cit., pág. 30.



postulados e inferencias normológicas puras, terminaron por caer prisioneros de ellas. Persisten en mantener, tozudamente, un discurso ajeno a la realidad incluso más terca, tozuda, pero inesquivable. Esto era evidente en los tiempos de la República de Weimar y lo es aún más ahora. Si la teoría normativista del Estado es una Teoría del Estado, pero sin el Estado, el positivismo kelseniano —como indicó Heller (98)— es un positivismo sin positividad (99).

La firme convicción de la Escuela de Viena en sus postulados de pureza metódica se asemeja a una actitud credencial cuasi-religiosa, con lo cual la réplica lógico-trascendental, matemática, a la *empirie*, rechazada como impura, termina por contradecir sus principios por el fervor con que la defiende.

Por otro lado, la Teoría pura del Derecho hay que contrastarla no sólo en función del ambiente cultural de su tiempo. Es conveniente también examinarla a la luz de la crisis de la Teoría del Estado y de la constitución del período weimariano. Esto significa que la *Methodenstreit* de entonces reflejaba tanto el contraste entre los diversos enfoques metodológicos de los autores más representativos como la dramática situación de la República de Weimar hasta su disolución por el hitlerismo. Entiéndase bien que no se trata de puntualizar las diversas críticas esgrimidas contra Kelsen por la ofensiva anti-formalista (Schmitt, Smend, Heller), sino de confrontar: *a*) la doctrina pura del Derecho con la situación crítica de la Teoría del Estado en aquel período, y *b*) de extraer las correspondientes consecuencias. Veamos: R. Smend (100) insiste, al inicio de su obra capital, en el hecho de que la imagen que ofrece tanto la filosofía del Estado como la teoría política es de crisis profunda y de claudicación. La crisis de la Teoría del Estado en Alemania no se debe sólo a la guerra y a la revolución. Se debe al mundo de las ideas. Deriva de la crisis del neokantismo. No es algo casual que los presupuestos metodológicos de la obra de Kelsen se apoyen en fórmulas clásicas de enfrentamiento con el positivismo, fórmulas que el propio neokantismo ha desechado hace tiempo.

Por su parte, Heller (101) se lamentó que la ciencia positiva del Derecho de sus días se caracterizaba por la creencia de que la pregunta acerca de la esencia del Derecho era una cuestión metajurídica (102): «El conflicto de

(98) HELLER: *ob. cit.*, pág. 23.

(99) Heller se apoya en S. MARCK: *ob. cit.*, págs. 25 y sigs.

(100) R. SMEND: *Constitución y Derecho constitucional* (trad. de J. M.<sup>a</sup> Beneyto Pérez), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, págs. 43 y sigs.

(101) H. HELLER: *La soberanía...*, cit., pág. 127.

(102) Posición de KELSEN: *Das Problem der Souveränität*, cit., pág. 1, nota 1. La

competencias entre la ciencia y la filosofía del Derecho, que es negativo, dejaría de existir si la ciencia del Derecho pudiera y quisiera servirse de los resultados de la filosofía del Derecho para la determinación de su materia. Pero si en manera alguna, ni siquiera de forma provisional, se hace el intento de determinar cuál es el contenido que se precisa para el Derecho, y si se insiste en considerarlo como una norma susceptible de cualquier contenido, con esta afirmación se hace imposible toda discusión científica.»

En su artículo sobre la crisis de la Teoría del Estado (103) advirtió que la *Allgemeine Staatslehre* de Kelsen apenas consideró dicha crisis y, por tanto, no se preocupó en superarla.

En resumen, para Heller (104), «no hay comunidad política de aspiraciones ni comunidad jurídica sin una base común de valores políticos. En el desquiciamiento de esta base de valores está la honda razón de la crisis política de Europa, y sólo un modo de pensar que, despreciando el conocimiento de la realidad, se consagra exclusivamente al conocimiento por el conocimiento y separa radicalmente la teoría de la práctica, incurriendo, respecto de esta última, en el agnosticismo (...). Si fuera cierto que la jurisprudencia constituye una 'matemática de las ciencias del espíritu' habría que despersonalizarla radicalmente; matemáticamente no podría haber ni un derecho subjetivo, ni un sujeto de derecho, ni tampoco un Estado. Con estos supuestos, el logicista sólo puede comprender la democracia como una normocracia despersonalizada» (105).

También Smend insistió en la necesidad de una comunidad de valores y en los aspectos ético-estimativos del Derecho constitucional (106) para afrontar la crisis del Estado y del Derecho constitucional. En cambio, la aguda crítica de Schmitt a las posiciones de Kelsen y su disección del Estado burgués liberal de Derecho constituyen una interpretación singular de la crisis del Derecho y del Estado occidental, que en definitiva en alguna medida contribuyeron a desmantelarlos y abrió el camino a una visión auto-

---

jurisprudencia, en cuanto ciencia del Derecho positivo, se enfrenta con el conocimiento teórico de la política, que intenta buscar lo que debe ser el Derecho, el Derecho justo.

(103) HELLER: «Die krisis der Staatslehre», cit., pág. 5.

(104) HELLER: *Europa und der Faschismus* (1929), ahora en *Gesammelten Schriften*, cit., vol. II, pág. 476. Cfr. trad. española de *Escritos políticos* (Prólogo y selección de A. López Pina, versión española de Salvador Gómez Arteché), Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 31 y sigs.

(105) Sobre esto, cfr. A. BOLAFFI: «Verfassungskrise und Sozialdemokratie. Hermann Heller und die Kritiker der Weimarer Verfassung am Vorabend der Krise der Republik», en *Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu Ehren*, ed. por Christoph Müller Ilse Staff, Suhrkamp, Francfort del Maine, 1985, págs. 64 y sigs.

(106) P. LUCAS VERDÚ: *La lucha contra el positivismo...*, cit., págs. 62 y sigs.

crítica de aquéllos (107). En consecuencia, la gnoseología y epistemología kelsenianas, estrechamente entrelazadas en forma de una *mathesis* de la fenomenología jurídica, suponen una escapada solipsista, una arriesgada fuga de la realidad política subyacente, la de la crisis de la democracia de sus días. Ciertamente, los normativistas puros podrán recrearse en la secuencia de sus inferencias lógicas vacías de contenido, indiferentes al curso crítico, violento, de los acontecimientos político-sociales: por un lado, aparece la efervescencia de los enfrentamientos políticos que amenazaron y destruyeron el Estado de Derecho y la democracia liberal; por otro, los seguidores de la pureza metodológica viven ajenos, inconscientes, a todo lo contrario. La crítica schmittiana se basará en la excepcionalidad, en la necesidad del soberano que decida en el caso excepcional, etc. Frente al relativismo y agnosticismo kelsenianos, frente al excepcionalismo destructor schmittiano, Smend y Heller reclamaron los valores; el primero rechazó tanto el apoliticismo acívico como la estatolatría opresora; el segundo, la disyunción absoluta entre el ser y el deber ser, entre la normalidad y la normatividad. Fueron dos caminos diferentes, pero constructivos, que desgraciadamente no pudieron prosperar.

En las ciencias del Estado y del Derecho, una gnoseología y una epistemología ciegas ante los valores y la realidad conducen inexorablemente, por su relativismo y agnosticismo, a allanar el camino a los enemigos de la democracia y de la libertad, aunque no fuese ésa su intención. La Teoría pura del Derecho no supera la crisis de la Teoría del Estado ni vale para resolver la situación crítica de la estructura de la convivencia política (108).

---

(107) Cfr. P. LUCAS VERDÚ: «Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debedor de la cultura política occidental», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 64, CEC, Madrid, 1989, págs. 25 y sigs. Sobre la crisis del Estado burgués y del positivismo jurídico weimarianos, cfr. el libro de J. A. ESTÉVEZ ARAUJO *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1988.

(108) «... y así resulta —escribió L. RECASÉNS SICHES en su «Estudio preliminar» a su traducción, con Justino Azcárate, de H. KELSEN: *Compendio de la Teoría general del Estado*, 2.ª ed., Editora Nacional, México, 1980, pág. 6— que el sistema de Kelsen abre hasta la entraña la más honda crisis de la moderna Teoría del Estado. Ante la obra kelseniana surge inevitablemente la necesidad de una revisión de la Teoría del Estado hasta sus primeros cimientos. Sobre todo, en sus supuestos, en su método y en su objeto (...). No hallará el lector en el presente libro un transunto expreso de esa crisis porque el autor sigue marcha sistemática, con aliento de seguridad; pero las ideas en él expuestas han producido en casi todo el ámbito de la Teoría del Estado y del Derecho la conciencia de la crisis a que aludo, en gestación de aguda controversia frente a Kelsen» (págs. 6-7).

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL METODO  
Y LOS CONCEPTOS CAPITALES DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO

1. *Los presupuestos kantianos del método kelseniano*

Ante todo conviene advertir que aquí no intento examinar completa y detalladamente la magna obra del maestro, pues numerosos autores lo han hecho desde puntos de vista afines y contrarios. Sólo pretendo decir algo sobre los puntos esenciales de su doctrina: aquellos que interesan al propósito de este trabajo.

La dificultad para emprender dicho examen estriba en el hecho de que estamos ante un *opus perpetuum*, tanto en el sentido claro de *monumentum aere perennius* como de *perpetuum mobile*, es decir, de una doctrina en perpetua transformación. Así la describe, brillantemente, Mario G. Losano, excelente conocedor de la obra kelseniana (109). La obra póstuma de Kelsen, como el resto de sus escritos, retoma temas anteriores y vuelve a problemas antes tratados, proponiendo soluciones diversas. Y añade el autor italiano la constancia de los temas con cambios marginales mediante incrementos y reelaboraciones sucesivas, lo cual permite que crezca y se renueve la doctrina que lo produjo (110).

Estas observaciones de Losano son pertinentes. Entiendo que el maestro se mostró siempre muy celoso de su doctrina tanto respecto a algunos de sus seguidores, ante el temor de que tergiversasen su pensamiento, como frente a sus detractores, no ahorrando a veces réplicas contundentes (111).

Por otro lado, nos encontramos ante una táctica defensiva de la ortodoxia de su doctrina y al mismo tiempo ante un prurito de divulgación de la misma mediante la repetición, cierto es que introduciendo matices en la misma. Dicho de otro modo: nuestro autor se esmera en reiterar argumentaciones conocidas y en exponer sus tópicos capitales para conseguir una obra perpetua y

(109) MARIO G. LOSANO: «La dottrina del diritto del logicismo all'irrazionalismo», en H. KELSEN: *Teoria generale delle norme* (trad. de Mirella Torre), Giulio Einaudi Editori, Turín, 1985, pág. xvii.

(110) LOSANO: *loc. cit.*

(111) Por ejemplo, contra las críticas de R. SMEND, cfr. H. KELSEN: *Der Staat als Integration. Eine Prinzipielle Auseinandersetzung*, Julius Springer, Viena, 1930. El escrito se aproxima a las características de un libelo. Cfr. también su réplica a la Teoría egológica del Derecho de C. COSSIO. Cfr. también H. KELSEN: «Teoría pura del Derecho y Teoría egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossío "Teoría egológica y Teoría pura"» (trad. de E. García Maynez en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, núm. 10, abril-junio 1953, págs. 169 y sigs.

móvil. Lo mismo hicieron sus contemporáneos Schmitt y Smend con el fin de autoprotger sus correspondientes teorías. Los tres, y entre ellos sobre todo Kelsen, insistieron en todos sus escritos sobre los temas que propusieron como armazón y pivote de sus aportaciones, unas veces indiferentes a las críticas y otras rechazándolas o retorciéndolas para confirmar, *a sensu contrario*, sus respectivos métodos y conclusiones.

Se ha reiterado por los comentaristas —seguidores o contrarios—, sin olvidar a los que parcialmente acogían su pensamiento, que la gnoseología y la epistemología kelsenianas, en definitiva, el método kelseniano, arranca de Kant. Es una observación ya canónica que, sin embargo, el maestro matizó, y no tanto por afán de demostrar su originalidad como para evitar las objeciones que, esgrimidas contra el filósofo de Koenigsberg, pudieran lógicamente repercutir sobre la Teoría pura del Derecho.

Aparte de esto, lo importante es, a mi entender, que tanto respecto a Kant como acerca de Kelsen es preciso no olvidar la atmósfera intelectual, en definitiva, cultural, que nutre a entrambas producciones (112); recordemos que el mismo Kant se refirió a la *revolución copernicana* que él operó en el campo de la metafísica. ¿Qué quiso decir con esta metáfora? Claramente lo aclaran Reale y Antiseri (113):

«Hasta aquel momento se había intentado explicar el conocimiento, suponiendo que era el sujeto el que debía girar alrededor del objeto: empero, puesto que así quedaban sin explicación muchas cosas, Kant invirtió los papeles y supuso que el objeto era el que debía girar en torno al sujeto. Copérnico había llevado a cabo una revolución análoga: si la Tierra permanecía quieta en el centro del universo y los planetas giraban alrededor de ella, muchos fenómenos quedaban inexplicados, y, por tanto, a Copérnico se le ocurrió mover a la Tierra y hacerla girar en torno al Sol. Dejando de lado la metáfora, Kant considera que no es el sujeto el que, al conocer, descubre las leyes del objeto, sino al revés, el objeto es el que se adapta —cuando es conocido— a las leyes del sujeto, que le recibe desde el punto de vista cognoscitivo.»

El término *trascendental* es un elemento básico en la *Crítica de la razón pura*. Recorre toda esta obra con diversas acepciones, pero su significado

(112) Cfr., sobre el itinerario espiritual de Kant, la sugestiva obra de G. REALE y D. ANTISERI *Historia del pensamiento filosófico científico*. Vol. II: *Del humanismo a Kant*, Ed. Herder, Barcelona, 1988, págs. 727 y sigs.

(113) REALE y ANTISERI: *ob. cit.*, págs. 735-736.

más propio es éste: Trascendental es todo conocimiento que tiene relación no con objetos, sino con nuestro modo de conocer los objetos, en la medida en que debe ser *a priori*. Mientras para la metafísica clásica los trascendentales eran las condiciones del ser en cuanto tal, de modo que su eliminación suponía la eliminación del objeto mismo, después de la revolución kantiana ya no cabe hablar de condiciones del objeto en sí, sino sólo de condiciones del objeto en relación con el sujeto. Entonces trascendental es aquello que el sujeto pone en las cosas en el acto mismo de conocerlas (114).

Kelsen (115) reconoció, matizándola, su deuda con Kant. Señaló que es absolutamente cierto que el fundamento filosófico de la Teoría pura del Derecho reposa en la filosofía kantiana, o más precisamente, en la interpretación que Cohen hizo de dicha filosofía. La Teoría pura del Derecho se basa en el Derecho empírico. Kelsen añade que él aplica el método trascendental a la Teoría del Derecho positivo. Su empirismo reviste, pues, el mismo sentido que se encuentra en la filosofía trascendental de Kant. Así como el pensamiento de este último se enderezó contra la metafísica, la Teoría pura del Derecho lo hace contra el Derecho natural. En la medida que la doctrina kelseniana intenta, de modo inédito, representar la filosofía kantiana como una teoría del Derecho positivo frente a Stammler, todavía vinculado al ius-naturalismo, sobrepasa, en cierta medida, el pensamiento de Kant, pues éste, en su doctrina del Derecho, abandonó el método trascendental. Por eso la doctrina pura del Derecho administra, lo más fielmente posible, la herencia espiritual de Kant, hace más fértil su filosofía pura del Derecho. Kant, insiste Kelsen, no fue consecuente al extender su pensamiento trascendental al estudio del Estado, del Derecho, de la moral y de las teorías sociales, porque en estos campos se manifestó como un metafísico.

Así, pues, el parentesco científico de Kelsen con el pensamiento kantiano es evidente, sea directamente, sea a través del neokantiano Cohen, que el mismo Kelsen revisa críticamente (116). En efecto, el maestro reprocha a Cohen no haber sabido superar la doctrina del Derecho natural, despreciando el Derecho positivo y su importancia para la ciencia jurídica. Cohen no se atrevió a desarrollar hasta el fin la filosofía trascendental kantiana. No se contentó con las categorías formales o los valores *a priori*. Esto le habría llevado al relativismo ético. Posición que rechazó por su actitud religiosa, a semejanza de Kant. En definitiva, la filosofía del Derecho de Cohen es, como la de Stammler, una doctrina del Derecho natural y no del Derecho positivo.

(114) REALE y ANTISERI: *ob. cit.*, págs. 736-737.

(115) KELSEN, carta a Renato Treves, en *Droit et Société*, núm. 7, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1987, págs. 334-335.

(116) KELSEN: *loc. cit.*, págs. 334-335.

Recaséns Siches (117) señaló cómo del mismo modo que para Kant «el sujeto crea el objeto, así también el conocimiento normativo es lo que determina al Derecho o Estado. Claro que para Kelsen, lo mismo que para Kant, no se trata de una creación real, sino sólo de hacer posible el objeto de conocimiento; es decir, de su determinación o explicación».

El iusfilósofo español (118) continúa describiendo el paralelismo Kant-Kelsen.

Mientras la filosofía trascendental de Kant parte del hecho de la ciencia física, estudiando las condiciones de su posibilidad, o sea, explicando las condiciones de su validez, Kelsen arranca del hecho jurídico, de la existencia del Estado como hecho normativo, interrogándose sobre las condiciones de posibilidad del orden jurídico. Según Kant, sólo hay un conocimiento empírico, fenoménico, de las cosas, y la experiencia sólo es posible merced a ciertos supuestos *a priori*. Según Kelsen, el único Derecho es el positivo, y para que su conocimiento y existencia sean posibles es menester una serie de supuestos *a priori*, que son base del conocimiento jurídico (119).

## 2. Kelsen y la filosofía de la naturaleza de su tiempo

Si el pensamiento kantiano está condicionado por el ambiente espiritual-cultural y por los conocimientos de las ciencias físico-naturales de su tiempo, algo parecido ocurre con la Teoría pura del Derecho. Engels (120) sostuvo que, desde Descartes a Hegel y desde Hobbes hasta Feuerbach, «los filósofos no avanzaban impulsados solamente, como ellos creían, por la fuerza del pensamiento puro. Al contrario, lo que en la realidad les impulsaba eran, precisamente, los progresos formidables y cada vez más raudos de las ciencias naturales y la industria».

Los tratadistas soviéticos, entre ellos A. M. Deborin (121), subrayan el

---

(117) L. RECASÉNS SICHES: «Estudio preliminar sobre la Teoría pura del Derecho y del Estado de Hans Kelsen», en *Compendio de Teoría general del Estado* (trad. de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate), 2.ª ed., Editora Nacional, México, 1980, pág. 70.

(118) RECASÉNS SICHES: *loc. cit.*, pág. 72.

(119) RECASÉNS SICHES: *loc. cit.*, pág. 73.

(120) F. ENGELS: «Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana», en CARLOS MARX: *Obras escogidas*, t. II, Ed. Progreso, Moscú, 1966, pág. 372.

(121) A. M. DEBORIN: *Las doctrinas político-sociales de la época moderna*. Tomo II: *Ensayos sobre el pensamiento político-social en Alemania. Desde fines del siglo XVIII a principios del XIX* (trad. de J. Laín Entralgo), Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, 1968, pág. 215.

influjo beneficioso que la física de Newton ejerció sobre Kant. Los historiadores soviéticos de la filosofía (122) llaman la atención sobre los trabajos de Kant relativos a las ciencias naturales correspondientes a su período «precrítico». Así su *Historia natural universal y teoría del cielo* (1755). «A diferencia de Newton, el pensador alemán intenta utilizar los principios de las ciencias naturales para explicar el sistema solar y su origen.» Sin embargo, el profesor P. N. Galarza (123) afirma que la teoría kantiana del Derecho sirvió para fundamentar la tendencia idealista de la ciencia jurídica burguesa: el *normativismo*. Este atribuye a las normas jurídicas carácter absolutamente independiente con respecto a las leyes del desarrollo social (124).

En cuanto a Kelsen, hay que precisar su relación con la física y las ciencias naturales de su tiempo, de las que se sirvió para fundamentar su metodología y epistemología jurídicas. Tres filósofos científicos son citados por el maestro, y de ellos tomó algunas ideas. Son éstos: Richard Avenarius (París, 1843-Zurich 1893) (125); Ernst Mach (Turas, Moravia, 1838-Munich, 1916) (126). Joseph Petzold (1862-1929), discípulo y amigo de Avenarius, divulgó sus obras e influyó en el Círculo de Viena (127).

Estamos ante el *empiriocriticismo*, término acuñado por Avenarius. Es una filosofía que pretende «alcanzar una posición que esté por encima de las partes, y que se plantea como un decidido intento que hace un hombre para considerar críticamente lo que otros hombres afirman experimentar».

(122) M. T. IOVCHUK, T. I. OIZERMAM, E. I. SCHIPANOV: *Historia de la filosofía*. Tomo I: *Historia de la filosofía premarxista*, Ed. Progreso, Moscú, 1978, pág. 317.

(123) P. M. GALARZA: «Las teorías políticas y jurídicas de los representantes del idealismo alemán de fines del siglo XVIII y principios del XIX», en *Historia de las ideas políticas. Desde la Antigüedad hasta nuestros días* (trad. de M. B. Dalmacio), 2.ª ed., Ed. Cartago, Buenos Aires, 1959, pág. 318.

(124) Las referencias bibliográficas a autores soviéticos no las hago por pruritos de academicismo pedantesco. Se deben, aparte de su pertinencia, a que es una posición canónica de aquéllos resaltar el formalismo del pensamiento burgués al servicio de la explotación y además, insisten en los factores socioeconómicos que condicionan, intensamente, los productos intelectuales de la burguesía.

(125) R. AVENARIUS escribió estas obras: *Filosofía como pensamiento del mundo, según el principio del mínimo dispendio de fuerza. Prolegómenos a una crítica de la experiencia pura; Crítica de la experiencia pura*, 2 vols. (1888-1890), y *El concepto humano del mundo* (1876-1891).

(126) Obras de E. MACH: *La mecánica en su desarrollo histórico-crítico* (1883), *El análisis de las sensaciones y la relación entre lo físico y psíquico* (1900), *Los principios de la técnica desarrollada de modo histórico-crítico* (1896), *Lecciones científico-populares* (1896) y *Conocimiento y error* (1905).

(127) Obras de J. PETZOLD: *Introducción a la filosofía de la experiencia pura* (1894-1904), *El problema del mundo* (Leipzig, 1911) y *La ley del desarrollo generalizado* (Munich, 1923).



Propone un retorno a la experiencia que precede a la distinción entre lo físico y lo psíquico, que no puede interpretarse de un modo idealista y/o materialista (128).

El profesor Bermudo (129) describe cómo a finales del siglo pasado la física viene a ser objeto de estudio de los filósofos, «filósofos» que salen del campo científico, pero su discurso es filosófico. Incluso rebasan el «problema de fundamentación de la física para irrumpir en concepciones filosóficas generales».

Este ambiente científico impresionó sin duda alguna al joven Kelsen. Veamos. Ante todo, varios puntos de vista que aparecen en los representantes del llamado empiriocriticismo influirán posteriormente sobre nuestro autor. Así, por ejemplo, la idea de *pureza*. En efecto, en la obra de Avenarius *Kritik der reinen Erfahrung*, Leipzig, 1880. Como escriben Reale y Antiseri (130), «... la filosofía entendida como crítica de la experiencia pura asume la obligación de purificar el ambiente cultural de aquellos productos del cerebro que constituyen las distintas *Weltanschauungen* (visiones del mundo; por ejemplo, la espiritualista o la materialista), fuentes perennes de contraposiciones estériles y de disputas imposibles de zanjar». Una vez más se comprueba cómo cuando brota una doctrina o tendencia madura y sugeridora en cualquier ámbito del pensamiento, en este caso en el científico-filosófico, no es raro que repercuta en ámbitos relativamente alejados, como es el de la jurisprudencia. Insistamos en que en la formación intelectual del joven Kelsen influyen los puntos de vista empírico-criticistas de Avenarius y Mach, sobre todo por su elevado aire de cientificidad, por lo menos así considerado en el giro del siglo XIX al actual.

Mientras Mach fue antes un científico que un filósofo, Avenarius fue el filósofo «... que, en constante referencia a las investigaciones de los fisiólogos, psicólogos y sociólogos de los siglos XVIII y XIX, buscó una justificación del saber filosófico, tratando de construir una filosofía como ciencia rigurosa, similar a las ciencias positivas de la naturaleza» (131). La tarea de Avenarius estriba en averiguar en qué consiste la experiencia *pura*. Esta se aproxima a la consideración natural, ingenua y popular de la experiencia. Empero, la experiencia *pura* versa en distinguir las percepciones de los objetos, el recuerdo de éstos, las visiones imaginarias de las ideas y de los juicios, las valoracio-

(128) REALE y ANTISERI: *ob. cit.* Vol. II: *Del romanticismo a hoy*, págs. ....

(129) J. M. BERMUDO: *La filosofía moderna y su proyección contemporánea. Introducción a la cultura filosófica*, Barcanova, Barcelona, 1983, pág. 469.

(130) REALE y ANTISERI: *ob. cit.*, pág. 363.

(131) REALE y ANTISERI: *ob. cit.*, págs. 360-361.

nes, etc.; tal es la tarea científica y básica de la crítica de la experiencia pura (132).

Reale y Antiseri hablan de la aproximación de la experiencia *pura* a la experiencia *ingenua popular*. Me atrevo a avanzar una interpretación particular sobre el *carácter ingenuo de la Teoría pura del Derecho*. Veamos. Pese a la innegable altura lógico-científica de esta doctrina, cabe arriesgar, aunque sea en sentido metafórico, la consideración de que el purismo metodológico se basa en una ingenuidad, y esto en un doble sentido: *a*) la ingenuidad de que cabe un conocimiento ingenuo del fenómeno jurídico. Este conocimiento ingenuo significa algo noble, en el sentido etimológico de la palabra *ingenuitas-atis*, que, entre otras cosas, vale por condición de hombre libre, nobleza de sangre, sentimientos nobles, lealtad, sinceridad, honradez... Así, pues, frente a los elementos heterogéneos (éticos, político-sociales, económicos, psicológicos) que empañan el puro conocimiento lógico-jurídico, se levanta la ingenuidad sin mácula de los del puro normativismo jurídico. El término *reim* quiere decir, entre otros significados, nobleza. Así, *reiner Adel* (nobleza hacendada), *reine Tiere* (animales puros, limpios ya para los sacrificios, para las comidas entre los judíos), de suerte que subliminalmente aparecen en la construcción kelseniana las raíces de la tradición judeo-cristiana. Hebrea en cuanto a la pureza que exige la Torá; cristiana en cuanto manda no cometer actos impuros. Además, *b*) la ingenuidad (*Unbefangenheit, Naivität*) adquiere otra dimensión a través de la excesiva logicización del fenómeno jurídico, pura lógica del conocimiento jurídico que se aleja de la realidad, de manera que —como dice el mismo Kelsen— estamos ante una Teoría pura del Derecho y no del Derecho puro, pues, como señalan numerosos críticos, este último es inescindible de los variados elementos que lo impurifican o desvirtúan, según Kelsen. En definitiva, la insistencia kelseniana en los presupuestos metodológicos puros de su doctrina en toda su obra, y en particular en su *Teoría general del Estado*, esmerándose, como él mismo dice, en operar como un nuevo rey Midas que todo lo que toca lo convierte en juridicidad, se aproxima a un rito religioso, al agua lustral utilizada por los antiguos romanos para purificar con sacrificios y ceremonias las cosas impuras. El territorio, el pueblo, la soberanía, etc., se purifican, frente a la impureza que ensucia a la teoría convencional y se incorporan a la teoría lógico-normativista del maestro.

La fama que en su tiempo adquirieron Avenarius y Mach entre los círculos intelectuales de su tiempo fue notoria, de modo que el joven Kelsen no escapó a su impacto.

---

(132) REALE y ANTISERI: *ob. cit.*, pág. 361.

Incluso suscitó la crítica feroz de Lenin en su obra *Materialismo y empiriocriticismo* (1906; escrito mediocre de una personalidad escasamente versada en filosofía y en física), de modo que, como escribe Bermudo (133), «la crisis de la física, a través del debate sobre el empirismo, elevaba a plantear cuestiones políticas, de estrategia revolucionaria» (134).

Encontramos otros puntos de vista de los empiriocriticistas que anuncian el pensamiento kelseniano: así, el esfuerzo epistemológico por conseguir la unidad y coherencia de toda operación científica para crear conceptos universales y productivos; la crítica de toda forma de dualismo exigida por la economía del pensamiento (Avenarius), que recuerda el principio de Guillermo de Ockham de no multiplicar los seres más de lo necesario (135); el rechazo de toda metafísica y la concepción relativista del movimiento científico; el principio gnoseológico conforme al cual «los conceptos auxiliares se admiten en el discurso exclusivamente para organizar hipótesis de un sistema» (136). Los postulados metafísicos insertos en la ciencia chocan contra la economía del pensamiento, lo cual significa que las leyes científicas pueden conocer un amplio campo de hechos con el mismo esfuerzo intelectual (Mach).

Allan Janik y Stephen Toulmin, en su estimulante libro sobre la Viena de Wittgenstein (137), afirman que la influencia de Mach sobre el positivismo kelseniano desempeñó un papel significativo en la redacción de la Constitución austríaca de 1920: «... de la que Kelsen fue, no en pequeña parte, responsable», opinión que recoge Losano (138). Esta afirmación de los autores antes citados la apoyan en la obra de Field (139).

---

(133) BERMUDO: *ob. cit.*, pág. 470.

(134) Aunque Kelsen no se refirió, que sepamos, a esta obra de Lenin, son agudas sus críticas al pensamiento leninista sobre el Derecho y el Estado. Cfr. H. KELSEN: *The Communist Theory of Law*, Frederick A. Praeger, Nueva York, 1955, págs. 51 y sigs., 125 y sigs. y 154 y sigs.

(135) BERMUDO: *ob. cit.*, pág. 461.

(136) BERMUDO: *ob. cit.*, pág. 476.

(137) A. JANIK y S. TOULMIN: *La Viena de Wittgenstein* (trad. de Ignacio Gómez de Liaño), Taurus, Madrid, 1983, pág. 167.

(138) LOSANO: *ob. cit.*, pág. 144.

(139) F. FIELD: *The last Days of Mankind: Karl Kraus*, Macmillan, Londres, 1967; Sain Martin's Press, Nueva York, 1967. No he podido consultar este libro para comprobar tan interesante y tal vez sorprendente afirmación.

### 3. *La huella del empiriocriticismo en Kelsen.* *El influjo de Fritz Mauthner*

Hemos insistido en el influjo de Avenarius, Mach y Petzoldt. Conviene ahora probarlo.

En su primera obra extensa e importante, los *Hauptprobleme*, Kelsen, al inicio de la misma (140) explica cómo el concepto de ley o de norma surgió primeramente en el campo de las nociones políticas. Nuestro autor se apoya en Eucken, quien en su *Geistige Strömungen der Gegenwart* (1919), pág. 154, señaló la transferencia del concepto de ley al campo de la naturaleza. Aquí adquirió nueva fisonomía para revestir con ella al hombre y proyectar así luz nueva sobre la vida y los actos del hombre. Trátase de un ejemplo significativo de cómo el hombre ve reflejarse su propia imagen en el universo, de donde vuelve a recibirla, ampliada y, al mismo tiempo, transformada. Los unos ven en esto simplemente un círculo vicioso y un caso de antropomorfismo; los otros esperan de esta proyección y reversión un ensanchamiento interior del hombre.

Fritz Mauthner (141), influido por Mach, consideraba que el término «ley de la naturaleza» es una metáfora que data de tiempos mitológicos. Dicha metáfora se refirió y se adaptó por los científicos. Al comienzo de su *Teoría general del Estado* Kelsen (142) menciona al «ingenioso escritor», experto en análisis del lenguaje, con estos términos: «La palabra que designa el objeto de la Teoría general del Estado ha servido de ejemplo a un ingenioso escritor para poner de relieve el hecho de que el hombre sustantivo de una ciencia es siempre una palabra a la que previamente se ha extraído todo contenido propio; un sustantivo resulta tanto más aprovechable cuanto más vació es: 'de una calabaza puede hacerse una botella, vaciándola de su contenido natural' (Mauthner).» Y más adelante (143) nos dice: «... la formación vulgar de conceptos —apoyada por nuestro idioma sustantivista, completamente an-

(140) KELSEN: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica* (trad. de la 2.ª ed. por Wenceslao Roces; notas, revisión y presentación de Ulises Schmill), Ed. Porrúa, México, 1987. Capítulo I: «Ley natural y norma», pág. 4.

(141) F. MAUTHNER: *Beiträge zu einer Kritik der Sprache*, J. G. Cotta, Stuttgart, 1901-1904, vol. I, pág. 162. Mauthner fue más bien un periodista que un filósofo. «Llegó a la epistemología y a la teoría del conocimiento tras casar una posición liberal y anti-autoritaria con un empirismo machiano en lo que a filosofía respecta», dicen A. JANIK y S. TOULMIN: *La Viena de Wittgenstein*, ob. cit., pág. 162.

(142) *Teoría general del Estado*, cit., pág. 3.

(143) KELSEN: ob. cit., págs. 81-82.

tropomórfico (Mauthner)— hállase enteramente dominada por la primitiva concepción antropológica, que siempre ve tras el árbol el sátiro y tras la fuente la ninfa, como, en general, tras cada objeto, un espíritu duplicando inútilmente la naturaleza. Esta concepción influye también en la teoría jurídica, haciendo creer a ésta que el sujeto de derecho, el titular de derechos subjetivos, constituye un objeto jurídico esencialmente distinto del Derecho objetivo».

Y concluye afirmando que el sujeto de derecho es la reduplicación del Derecho subjetivo, y en la medida que se reduce al Derecho objetivo, es la reproducción sustantiva del último: «... al Derecho como objeto se contra-pone —a la manera de la imagen reproducida en el espejo— el Derecho como objeto» (144).

En sus *Hauptprobleme* (145) aclara que las leyes naturales no son reglas «a las que *deban* atenerse los fenómenos naturales al modo de las leyes civiles, conforme a las cuales *deben* ser juzgados los actos de los ciudadanos. Estamos ante una acepción del concepto de ley natural que, con razón, rechaza Mach (*Erkenntnis und Irrtum*, 2.<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1906, pág. 449). La ley natural no está contenida, ni mucho menos, en los objetos sobre los que versa, sino que es una fórmula conceptual para reducir a unidad esos objetos, o, como escribe Mach (*op. cit.*, págs. 453 y sigs.), «un producto de nuestra necesidad psicológica de orientarnos en la naturaleza, de no vernos sumidos en la ignorancia y en la confusión con respecto a los fenómenos naturales».

Más adelante (146) reenvía a Mach (*op. cit.*, pág. 454), que, a su juicio, «caracteriza muy sutilmente el proceso de proyectar sobre el mundo exterior lo que no es más que un principio de síntesis y orientación mental» (147).

En su libro sobre el concepto sociológico y jurídico del Estado (148) examinará la crítica positivista (empiriocriticista) del concepto de sustancia y del Estado mantenida por Avenarius y Petzoldt.

Kelsen nos explica cómo la crítica del concepto de sustancia mantenida por Hume, Kant, Avenarius y Mach condujo a la disolución de este concepto

---

(144) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 477. Remite a la obra de F. MAUTNER *Wörterbuch der Philosophie. Neue Beiträge zu einer Kritik der Sprache*, Georg Müller, Munich, 1910, vol. II (artículo *res publica*).

(145) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 6, nota 10.

(146) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 13.

(147) Decía MACH: «Es perfectamente natural que, en tiempos de poca agudeza de la crítica epistemológica, se proyecten sobre la naturaleza los motivos psicológicos, atribuyéndosele a ella. Dios o la naturaleza aspiran a la máxima sencillez y a la máxima belleza; aspira asimismo a una rigurosa ordenación y precisión con arreglo a las leyes, y, finalmente, tiende al ahorro y a la economía en todos los fenómenos, es decir, a obtener el máximo de efectos con el mínimo esfuerzo.»

(148) KELSEN: *Der soziologische...*, cit., págs. 205 y sigs.

en todos sus modos de aparición en el campo de la ciencia natural y ha pasado, casi textualmente, al concepto del Estado. También Petzoldt (149) —señala el maestro— subrayó que la admisión de cualidades, de modos de interrelación detrás de las cosas, que aparecen como soportes de algo como materia, fuerza, alma, átomo, éter, *sustancia*, es una duplicación antropomórfica, mitológica, del mundo. Lo mismo sucede en el ámbito del Derecho: una duplicación del mundo jurídico cuando se ve al Estado como *soporte* (*Träger*) del Derecho. El concepto de sustancia conduce a una absolutización y se manifiesta también en el concepto de soberanía del Estado.

El concepto de sustancia reduplica o destruye en dos partes el mundo, tanto natural como jurídico, enfrentándose con la tarea filosófica, que busca siempre la unidad. Esta afirmación vale también para el problema de las interrelaciones Estado-Derecho, de modo que es menester intentar disolver las hipótesis del Derecho de los diversos Estados reduciendo a una simple expresión unitaria el Derecho. Así se logra un concepto puro del mismo, liberándolo de las duplicaciones sustancialistas. Es algo semejante a lo que Avenarius hizo con la disolución del concepto de sustancia en la concepción del mundo, lo que denominó «la restitución del concepto natural del mundo» (*Der menschliche Weltbegriff*, Leipzig, 1891, págs. 63 y sigs.).

En su obra póstuma (150) el maestro subrayó cómo Ernts Mach sostuvo que los razonamientos analógicos no son objeto de la lógica, sino de la psicología, y más adelante cita al mismo autor en conexión con el *argumentum a maiore ad minus* (Mach, *Erkenntnis und Irrtum*, Leipzig, 1917, página 125) (151).

---

(149) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 208, nota 2, remite al trabajo de PETZOLDT: «Die Weltprobleme vom Standpunkt des relativistischen Positivismus», en *Wissenschaft und Hypothese*, vol. XIV, 2.ª ed., 1912, y de E. CASSIRER: *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, 1910.

(150) KELSEN: *Teoria generale delle norme*, cit., pág. 460.

(151) Por otro lado, KELSEN, en su *Teoria pura del Derecho*, ed. por Vernengo, págs. 98-99, sostiene que la «...ciencia moderna de la naturaleza es un resultado de una emancipación de la interpretación social de la naturaleza, es decir, de una emancipación del animismo. En una formulación casi paradójica podría decirse que, en los comienzos de la evolución, durante el período animista de la humanidad, sólo ha habido sociedad, como orden normativo; mientras que la naturaleza como orden causal sólo pudo ser creada por la ciencia una vez que ésta consiguió liberarse del animismo. El instrumento de esa emancipación es el principio de causalidad». KELSEN abundó también en estudios de antropología cultural en *Society and Nature*, The University of Chicago Press, 1953; *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung*, W. P. van Sturkum, La Haya, 1959; «Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip», en *The Journal of Unified Science (Erkenntnis)*, núm. 8, 1939 (trad. española: *Idea del Derecho natural...*, cit., págs. 53 y sigs.). Por último, en *Teo-*

4. *Breves consideraciones sobre el formalismo kelseniano.*  
*Cultura y formas. La lógica como instrumento de la pureza metódica*

Muchas páginas se han dedicado a la cuestión del formalismo kelseniano. La mayor parte de ellas críticas. Aquí intentaremos precisar el alcance y significado cultural del mismo.

La controversia formalismo-antiformalismo jurídicos, que persiste *ad nauseam*, parece inútil por tres motivos: *a)* porque todo Derecho tiene elementos formales tanto en su aspecto teórico [dogmática, jurídica en cuanto *gramática* (152) y *sintaxis* del Derecho] como en su aplicación (procedimientos jurídicos y en su interpretación); *b)* porque existen diversas especies de formalismo en cuanto a reflexiones y tendencias jurídicas, de modo que habría que precisar contra qué tipo de formalismo jurídico se enderezan las críticas, y *c)* porque en las corrientes formalistas pueden rastrearse elementos, contenidos no formalistas, y, viceversa, en las tendencias antiformalistas se advierten elementos formalistas, aunque en ambos casos sean escasos o haya que buscarlos en los orígenes o en el fondo de tales orientaciones.

Para Kelsen, la Teoría pura del Derecho considera la forma de los fenómenos jurídicos. Precisamente por ser pura rechaza todos los contenidos políticos, sociológicos, étnicos, psicológicos, aunque claro está que éstos tienen su estatuto científico en sus respectivos ámbitos, pero no en el de la juridicidad. La pureza opera como un imperativo epistemológico que prohíbe y evita cualquier mezcolanza o yuxtaposición con las formas puramente jurí-

---

*ria generale delle norme*, pág. 59, afirmó que el dualismo entre causalidad e imputación está en la base del dualismo entre ciencias naturales causales: la física, la química, la biología, la psicología y las ciencias sociales normativas, como la ética y la ciencia jurídica. Aquí se manifiesta el dualismo fundamental entre ser y deber ser.

(152) KELSEN escribió en sus *Hauptprobleme*: «Sin embargo, la jurisprudencia se asemeja también en esto a la gramática, según el riguroso e ingenioso paralelo trazado precisamente por Hatschek; claro está que no a la gramática histórico-psicológico-explicativa, que trata de poner en claro por qué y cómo se habla de este o del otro modo, sino a la gramática puramente normativa, la que indica cómo se debe hablar, pero no tomando el contenido de las normas lingüísticas de la razón, sino del «lenguaje escrito», comparable en este respecto al Derecho positivo» (pág. 7, nota 11 de la traducción española). Posteriormente, como vimos, Kelsen se refiere a los «ingeniosos» argumentos de Fritz Mauthner sobre el lenguaje. Este afirmó que la filosofía es teoría del conocimiento y esta última es crítica del lenguaje. La crítica del lenguaje es la tarca encaminada a liberar el pensamiento, a expresar que los hombres nunca podrán lograr ir más allá de una descripción metafísica de las palabras, ya utilicen el lenguaje cotidiano, ya el lenguaje filosófico (*Wörterbuch der Philosophie. Neue Beiträge zu einer Kritik der Sprache*), J. G. Cotta, Stuttgart, 1901-1903, vol. I, pág. XI.

dicas. Los críticos de Kelsen arremetieron contra el formalismo de su Teoría pura del Derecho. Sin embargo, estas acusaciones hay que precisarlas, por su evidente exageración. Losano (153) subraya que nadie afirmaría hoy que, para nuestro autor, la realidad jurídica es pura forma (*Sollen*), pues a menudo Kelsen dijo que su doctrina es Teoría pura del Derecho y no del Derecho puro. Si bien en su primera obra importante (*Hauptprobleme*) sólo consideraba al Derecho estáticamente y se inspiraba en el formalismo de Cohen (154), para quien el método crea su objeto. Ahora bien, Kelsen reconoció que la oposición entre forma y contenido era relativa y problemática, de modo que los conceptos jurídicos básicos eran solo relativos (155) y la distinción entre forma y contenido en sí misma es problemática» (156).

Errázuriz Mackena (157), en su minucioso estudio sobre la Teoría pura del Derecho, escribe acertadamente que Kelsen «reconoce, y a medida que pasan los años en mayor medida, que el Derecho no es algo formal o puro —entendidos aquí como sinónimos de *a priori* desde un punto de vista epistemológico—, sino que existe con independencia de la tarea científica del jurista. Los elementos «no-puros», es decir, los impuestos por la realidad del mundo jurídico, inciden progresivamente en las construcciones conceptuales de la *teoría pura*, hasta el extremo de que sus nociones se pliegan cada vez más dócilmente a los contenidos fenoménicos» (158). Errázuriz insiste en que no debe confundirse el formalismo jurídico con la doctrina de Kelsen (159), y concluye este punto diciendo que «Kelsen trata de lograr una Teoría pura del Derecho, no una Teoría del Derecho puro. Sólo que lo no-puro en el Derecho no sería Derecho ni sería jurídicamente conceptualizable, lo que es una precisión cabal para entender el positivismo jurídico» (160).

Jugando con las palabras —a que tan propensos, desde Marx y Engels,

---

(153) M. G. LOSANO: *Forma e realtà in Kelsen*, cit., págs. 15 y sigs.

(154) H. COHEN: *Logik der reinen Erkenntnis*, 1902, pág. 587.

(155) Cfr. J. ESQUIVEL PÉREZ: *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la Teoría del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, pág. 21.

(156) KELSEN: «Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre», en *Juristische Wochenschrift*, 58, 1929, pág. 1723. En su escrito, que parece casi un libelo, *Der Staat als Integration. Eine Prinzipielle Auseinandersetzung*, Verlag von Julius Springer, Viena, 1930, pág. 32, nota, alude con ironía al reproche de formalismo que se le achaca.

(157) CARLOS J. ERRÁZURIZ MACKENA: *La Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1988, pág. 58.

(158) ERRÁZURIZ remite, para corroborar su afirmación, al Prólogo de la 2.ª ed. de la *Teoría pura del Derecho* de KELSEN (ed. por Vernengo, pág. 13).

(159) ERRÁZURIZ: *ob. cit.*, pág. 59.

(160) ERRÁZURIZ: *ob. cit.*, pág. 61.



suelen ser los autores alemanes—, H. Klenner (161), jurista de la República Democrática Alemana, califica a la Teoría pura del Derecho como vacía de Derecho (162). Son frecuentes los reproches, mediante el manejo de los términos, esgrimidos contra nuestro autor. Así, por ejemplo, la Teoría del Estado kelseniana es una doctrina..., pero sin el Estado (*eine Staatslehre ohne Staat*) (163).

Tales reproches no intimidaron a Kelsen, hasta el punto que él mismo los utilizó con ironía e incluso con cierta indignación (164). Ahora bien, las controversias que se basan en juegos de palabras y en argumentaciones ingeniosas parecen apartarse de la realidad. No pisan suelo firme, de modo que las cosas dependerían más del dominio de la dialéctica más o menos retórica que del fondo real en que descansan. Quiero decir que tanto el formalismo como el antiformalismo exageran en la medida que desdeñan los matices y excepciones importantes. Conviene escapar tanto del psicologismo que se aleja de los datos reales como de un estructuralismo sociológico que desdeña las formas. Sucede que mientras el formalismo se circunscribe unilateralmente a la lógica del Derecho, el antiformalismo es más omnicompreensivo y variado (165).

---

(161) H. KLEINER: *Rechtslehre. Verurteilung der reinen Rechtslehre*, Francfort del Maine, 1972. Sobre KLEINER, cfr. «Reine und politische Rechtslehre. Zu Hermann Kleinners —Kelsen— Verurteilung», en *Der Staat*, vol. 14, cuaderno 1, 1975, págs. 69 y sigs.

(162) KLEINER: *Die reine Rechtslehre als Rechtslehre*.

(163) S. MARCK: *ob. cit.* Capítulo II: «Kelsens Staatslehre ohne Staat», págs. 7 y sigs. La expresión, como es sabido, la reitera H. HELLER: *Teoría del Estado* (trad. de Luis Tobío), FEC, México, 1947, pág. 75: «...el experimento kelseniano vino a conducir, por modo paradójico, a una Teoría del Estado sin Estado, ciertamente, pero no a una Teoría del Estado totalmente emancipada de lo político». También OTTO KOELLREUTTER: *Grundriss der allgemeine Staatslehre*, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1933, pág. 6, utiliza la expresión «Staatslehre ohne Staat».

(164) Por ejemplo, KELSEN, en el Prólogo a la 1.ª ed. de la *Teoría pura del Derecho*, págs. 10 y 11, argumenta, ingeniosamente, contra esos ataques: «Los unos opinan despectivamente que se trata de una teoría enteramente vacía de contenido, un juego vacío de conceptos huecos...» La califican de doctrina fascista, liberal, bolchevique, anarquista, emparentada con la escolástica católica, con la doctrina protestante del Estado y del Derecho, la califican de atea... «en suma: no hay orientación política alguna de que la *Teoría pura del Derecho* no haya sido sospechada. Pero justamente ello demuestra mejor de lo que yo podría hacerlo su pureza». Así, la descalificación que esgrimen sus adversarios se vuelve contra ellos, en la medida que si la doctrina de Kelsen es precisamente pura, la de sus críticos es impura, aparece contaminada.

(165) A. HERNÁNDEZ GIL: *Formalismo, antiformalismo y codificación*, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, pág. 11, dice que «la actitud antiformalista cubre sectores más amplios que la formalista, no ya porque posiblemente tiene más

El primero es unidimensional, el segundo es multidireccional. Lo cual no significa que a Kelsen no le interesen los temas antropológicos, sociológicos, filosóficos y políticos, porque en su abundante obra aparecen materiales interesantes sobre los que opina agudamente. Lo que sucede es que, por lo general, los reconduce —salvo excepciones— a sus criterios gnoseológicos y epistemológicos, de cuño original neokantiano, de modo unitario y coherente. Esto autoriza a bucear en aquellos factores extranormativos —aunque él se esfuerce en normativizarlos— para poder hablar de los supuestos ideológicos y culturales subyacentes en su doctrina.

Hermann Klenner (166) contrapone la versión absolutista valorativa de la doctrina marxista con el relativismo axiológico de la Teoría pura del Derecho (167). A su juicio, la *reine Rechtslehre*, si bien no prejuzga el sometimiento del hombre a los detentadores de los medios de producción, tiene que considerarse en la sociedad en que ha surgido y a la que sirve. Aludimos a esta posición y a la mantenida por los juristas soviéticos (168) como casos extremos de antiformalismo esgrimido desde el marxismo contemporáneo. Posición extrema que suscita la crítica a su unidimensionalismo.

Me interesa ahora decir algo sobre la cultura y las formas en conexión con el formalismo kelseniano, que, como hemos visto, hay que aquilatar.

Decía Kelsen (169) que el «reproche de 'formalismo' es siempre el medio de defensa de una teoría jurídica que desborda sus límites jurídicos». Empero, es importante examinar el papel que la *forma*, en cuanto estructura jurídico-política, cumple en su teoría, y esto debe hacerse insertándola en el mundo de la cultura.

Desde los griegos, el concepto de forma ha sido capital tanto en el campo

adeptos, sino porque se pronuncia sobre todos los aspectos y vida del Derecho —la ontología, la filosofía, la metodología, la ciencia, la técnica de elaboración y aplicación, etc.—, en tanto la actitud formalista hoy vigente queda principalmente circunscrita a una lógica del Derecho».

(166) H. KLEINER: *loc. cit.*, pág. 88.

(167) Cfr. N. ACHTERBERG: «Die Reine Rechtslehre in der Staatstheorie der Bundesrepublik Deutschland», en *Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtswissenschaft in Verschiedenen Ländern. Schriftenreihe des Hans Kelsen*, Instituts Mainz-sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1978, págs. 14-15.

(168) V. A. TUMANOV: «Crítica de las doctrinas burguesas contemporáneas reformistas y revisionistas sobre la naturaleza del Estado y del Derecho», en *Teoría del Estado y del Derecho*, de N. G. ALEXANDROV y otros (trad. A. Fierro), Ed. Grijalbo, México D. F., 1966, págs. 380 y sigs., dice que la doctrina normativista del Derecho es... otro modo de enmascarar el espíritu de clase del Derecho burgués, es la negación de la posibilidad misma de plantear semejantes cuestiones».

(169) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 405.

artístico como en el filosófico y el político (170). Es obvio que su concepto de forma está en conexión inescindible con la cultura de la Hélade y en parte llega a nuestros días.

Mientras la estética griega no se disoció completamente del contenido, la morfología kelseniana se convierte en una estética trascendental, como se ve claramente en su doctrina sobre la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, que ciertamente no es una configuración estática, fija, sino dinámica. No obstante, la forma kelseniana prescinde del contenido, y aunque, como vimos, la objeción de «formalismo» hay que matizarla, en el fondo los contenidos se relativizan completamente a la forma trascendental. Sin duda, su construcción es bella por su coherencia y luminosidad, pero el logro estético no es prenda segura para que sirva adecuadamente a las exigencias de una morfología política. Dicho de otro modo: es una teoría válida, en términos generales, para el ámbito lógico-jurídico —único que importa a nuestro autor—, pero insuficiente y aun equívoca para la realidad político-social. Forma y contenido, norma y realidad; perfección de los contenidos a través de los sentidos para cristalizarlos en formas estéticas, visibles, apreciables y estimables, es una de las tareas perennes de la realización y reflexión de la experiencia artística desde todos los tiempos. Pero todo esto hay que encuadrarlo en una cultura determinada (171). Trátase del *sentido* que tienen las formas, y en particular del sentido de la morfología jurídico-política (172). En su obra

(170) Sobre la forma política en la cultura griega y su carácter estético, cfr. lo que digo en mi *Curso de Derecho Político*, vol. II, segunda reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 212 y sigs.

(171) O. SPENGLER: *La decadencia de Occidente. Bosquejo de una morfología de la historia universal* (trad. de M. García Morente), vol. I, 12.ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1976, pág. 174, decía: «... el concepto de forma artística —que es igualmente un 'contraconcepto'— no pudo aparecer hasta que los hombres tuvieron conciencia de un 'contenido' en las creaciones artísticas, es decir, cuando el lenguaje expresivo del arte, con todos sus efectos, hubo cesado de ser algo enteramente natural y evidente, como sucedía, sin duda alguna, en el tiempo de las pirámides, de los castillos micenianos y de las catedrales góticas. Entonces la atención se posa súbitamente sobre la producción de las obras, y para la pupila inteligente sepáranse ante todo arte vivo el aspecto causal y el aspecto fatal (el sino)». Cfr., del mismo autor, sus estimulantes ideas sobre morfología hitórica en *ob. cit.*, vol. I, págs. 29 y sigs., y sobre la cultura como profenómeno de toda la historia universal, págs. 151 y sigs. KELSEN se refiere varias veces a SPENGLER y a su obra capital. Cfr. *Teoría general del Estado*, cit., pág. 4. Crítica (págs. 488-490) la tesis de SPENGLER de que no hay más que Estados de clase, Estados en los que gobierna una sola clase.

(172) Sobre el sentido del Derecho y del Estado, en conexión con la certidumbre y seguridad jurídicas, cfr. H. HELLER: *Teoría del Estado*, cit., págs. 124, 212 y 218: «La forma jurídica necesita de tanta más precisión y practicabilidad cuanto más nu-

sobre los conceptos fundamentales del arte, Wölfflin (173), después de afirmar que toda obra artística es una estructura, un organismo y su característica esencial es la forzosidad, es decir, que en ella ha de ser todo como es, sin que sea posible variar nada, distingue entre *forma cerrada* y *forma abierta*.

La primera es una representación con medios, más o menos tectónicos, que hace de la imagen un producto limitado en sí mismo, que en todas sus partes se refiere a sí mismo. En cambio, *forma abierta* es aquella que alude constantemente a lo externo a ella misma; tiende a la experiencia desprovista de límites, aunque es claro que siempre conlleva una limitación tácita que posibilita el carácter de lo concluso en sentido estético (174).

Si aplicamos estas categorías a la doctrina kelseniana resultaría que su estética trascendental se edifica como un conjunto de formas lógicas cerradas, en las que no es posible variar nada, merced a su determinación, limitada en sí misma, de modo que todas sus partes se refieren a ella misma. La representación *piramidal* de esta estructura, la estructura gradualista del ordenamiento jurídico (*Stufenbautheorie*), es el ejemplo claro de un conjunto dinámico de normas dentro de una forma cerrada.

H. Heller (175) subrayó el funesto error del positivismo histórico y logístico surgido del influjo seductor ejercido por la ciencia matemática. Según esto, donde no hay «validez general», donde no puede establecerse una «ley» no puede verse un problema científico. Pero el sentido del Estado no puede determinarse con objetividad matemática, pues depende de su función histórica dentro de sí de una estructura total, históricamente cambiante, de la vida social, que es inescindible de los valores.

Kelsen, en su obra póstuma (176), sostiene que las proposiciones de la ciencia jurídica, como las de toda ciencia, son aserciones, descripciones y, en cuanto tales, indican el sentido de actos del pensamiento. Son afirmaciones relativas a normas que han de distinguirse de las normas que son su sujeto. Estas afirmaciones serán verdaderas o falsas, pero las normas, en cuanto sentido de acto de voluntad, aparecen, ante todo, como prescripciones; no

---

merosas y complejas sean las relaciones sociales. Este aspecto técnico del derecho que se manifiesta unas veces en la determinación racional del contenido jurídico y otras en la certidumbre de la ejecución, es lo que llamamos seguridad jurídica» y 249: «La institución estatal se justifica, pues, por el hecho de que en una determinada etapa de la división del trabajo y del intercambio social, la certidumbre del sentido y de ejecución del Derecho hacen preciso el Estado.»

(173) E. WÖLFFLIN: *Conceptos fundamentales en la historia del arte* (trad. del alemán por José Moreno Villa), 7.ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1979, pág. 177.

(174) WÖLFFLIN: *ob. cit.*, pág. 178.

(175) H. HELLER: *Teoría del Estado*, cit., pág. 124.

(176) KELSEN: *Teoría generale delle norme*, cit., pág. 318.

son ni verdaderas ni falsas, sino válidas o no, con lo cual las formalizaciones jurídicas kelsenianas quedan a salvo por su validez y no dependen de su superación por otras enunciaciones, como, por ejemplo, sucede en la geometría no euclidiana, que soslaya el postulado de Euclides (177).

En páginas anteriores examinamos las críticas de los empiriocriticistas al concepto de sustancia. Pues bien, ahora conviene decir algo sobre el influjo de Ernts Cassirer (1874-1945) en Hans Kelsen (178).

Antes conviene decir algo acerca de aquel filósofo. Es un representante célebre de la Escuela de Marburgo, neokantiano y liberal. Profesor luego de la Universidad de Hamburgo, dimitió al ser nombrado Hitler canciller del *Reich*. Se trasladó a Oxford, donde enseñó seis años, y emigró a los Estados Unidos, donde falleció en 1945.

Escribió sobre Rousseau, Spinoza, Kant, Descartes y Leibniz. Sobre teoría del conocimiento, filosofía del lenguaje y acerca de la función simbólica.

Según Cassirer, las ciencias de la cultura manifiestan la permanencia de la oposición entre la explicación por las causas y la explicación por las formas. El principio básico de las ciencias de la cultura no descansa en la noción de valor, según Rickert, sino en el de forma. Así, pues, la forma es el concepto propio de las ciencias de la cultura; Cassirer no pretende excluir de las ciencias de la cultura la explicación causal. Aunque ésta sea legítima y útil, no satisface por completo, ya que la cultura está llena de significaciones que superan a la causa. Las ciencias de la naturaleza se distinguen de las ciencias de la cultura en que las primeras determinan y las segundas caracterizan (179).

Kelsen examina la posición del idealismo crítico mantenido por Cassirer en su libro *Substanzbegriff und Funktionsbegriff (Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik)* (Berlín, 1910), escrito que influyó a su vez

(177) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 319, nota 12, rechaza que la superación de la geometría euclidiana influya con efectos importantes en la ciencia jurídica, pues mientras los principios con que operan la matemática y la física, aunque sean inexactos, son modificados por estas ciencias del mismo modo que los enumeraron, las normas jurídicas no pueden estatuirse, ni modificarse, por la ciencia jurídica. Esta función corresponde sólo a la autoridad jurídica. Por tanto, no se plantea el problema de la superación de la geometría euclidiana en la ciencia jurídica.

(178) Sobre esto, cfr. H. KELSEN: «Der Kritische Idealismus und die Auflösung des Staatsbegriffes (Cassirer, Sander)», en *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., págs. 211 y sigs.

(179) Cfr. la exposición sintética, poco clara, que hace JULIEN FREUND: *Las teorías de las ciencias humanas* (trad. de Jaume Fuster), Ediciones Península, Barcelona, 1975, págs. 105 y sigs.

sobre Siegfried Marck (180). Nuestro autor suscribe las tesis casirianas, a saber: que los conceptos básicos de la ciencia natural como átomo, materia, éter, fuerza y alma guardan semejanza con los conceptos fundamentales de la jurisprudencia, y especialmente con el Estado. En el mismo desarrollo de la ciencia se registra el cambio del concepto de sustancia en el concepto de función. El maestro austriaco confiesa que, en los tiempos en que intuía la cohesión epistemológica entre la ciencia natural y la ciencia jurídica, es decir, en sus *Hauptprobleme*, intentó demostrar que el Estado no es una «realidad» distinta del Derecho, con determinadas cualidades, sino que es un punto conceptual unitario, un punto jurídico de imputación (*Zurechnungspunkt*) (181).

Es la expresión de la unidad sistemática del Derecho, el punto transversal común de todas las líneas de imputación, el punto unitario de todos los juicios de imputación que versan sobre el fundamento, en el fondo, de la proposición jurídica. Cuando Cassirer dice que el átomo es «una idea» en el sentido estricto del término kantiano, en tanto que tiene un uso capital inevitable y necesariamente regulador, es el entendimiento para lograr un fin determinado en vista del cual las líneas de dirección de todas sus reglas convergen en un punto. Todo ello corrobora el paralelismo entre el concepto de Estado y el del átomo. A semejanza del átomo, el Estado es una «Idea», pero no la idea del Derecho, en el sentido sociológico o iusnaturalista-metafísico o ético, sino una ideología, la idea de la unidad del Derecho: «Una idea se concibe como la finalidad del orden de manifestaciones, pero no se coloca con estas manifestaciones metódicamente en el mismo escalón» (182). Si tomamos la unidad del Derecho no como algo dado, sino que se plantea cómo se logra o crea esta unidad, es decir, según el principio que establece y garantiza aquella unidad, entonces logramos una consideración estática en la cual se propone como cumplido el postulado de la unidad del Derecho. Ahora bien,

---

(180) Cfr. el Prólogo a la obra de S. MARCK *Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, cit. KELSEN, en su *Teoría general del Estado y del Derecho* (trad. de E. García Maynez), Imprenta Universitaria, México, 1950, págs. 95-96, expone que la duplicación del objeto del conocimiento es característica del pensamiento mitológico primitivo (animismo). En la concepción animista de la naturaleza, «... cada objeto del mundo sensible es considerado como la morada de un espíritu invisible como del objeto, que 'tiene' a éste en la misma forma en que la sustancia tiene sus cualidades y el sujeto gramatical sus predicados. Así, pues, la persona jurídica, tal como generalmente se la entiende, 'tiene' asimismo sus deberes jurídicos y sus derechos subjetivos. Es la sustancia jurídica a la que pertenecen, como cualidades, los deberes y los derechos. La idea de que la persona 'tiene' deberes y derechos implica la relación entre sustancia y cualidad».

(181) KELSEN: *Der soziologische...*, cit., pág. 212.

(182) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 213.

si buscamos desde la óptica dinámica según una regla básica, conforme a la cual se establece la unidad exigible del material jurídico, de las proposiciones jurídicas, entonces llegamos al concepto del Estado como expresión de esta unidad de la función fundamental creadora de dicho material.

En la misma medida que el concepto de Estado cobra significado como esquema básico ordenador del material jurídico, entonces resulta que la diferenciación entre Estado y Derecho, como principio del orden y del todo ordenado, tiene que admitirse el paralelismo con los conceptos capitales de la ciencia natural en el sentido del idealismo trascendental (183 y 184).

La conclusión kelseniana parte del «enfoque epistemológico de Cohen, según el cual es la dirección del conocimiento la que determina el objeto del conocimiento, de tal modo que éste es creado partiendo de un origen lógico. Empezamos a darnos cuenta que el Estado, en cuanto objeto del conocimiento jurídico, no puede ser otra cosa que Derecho, ya que el conocer o el concebir jurídicamente no significa nunca sino el concebir algo como Derecho» (185).

Ahora unas palabras sobre el *logicismo* kelseniano, que es pasto constante con el que se alimentan sus críticos.

En la *Teoría general del Estado* (186) el maestro escribe: «Si hay un criterio absoluto para averiguar el carácter científico del conocimiento del Derecho o del Estado, no puede ser otro que la unidad del punto de vista gnoseológico, lo cual constituye, al propio tiempo, la unidad del sistema que recibe el nombre de Estado o Derecho.»

A primera vista podría decirse que el texto anterior no cuadra con la lógica, porque la teoría de la ciencia se divide en formal y material: la primera es la *lógica* y la segunda es teoría del *conocimiento* (gnoseología) (187). De todas formas, por su origen neokantiano, en Kelsen predomina más el interés por la gnoseología y la epistemología que por la lógica: el método crea el objeto de conocimiento; estamos ante un conocimiento trascendental que prescinde de los contenidos extraños al concepto kelseniano de la juridicidad. La *Teoría pura del Derecho* versa sobre el Derecho positivo en ge-

(183) KELSEN: *ibidem*.

(184) KELSEN: *ob. cit.*, págs. 214-215, continúa desarrollando el paralelismo entre los puntos de vista de Cassirer y los suyos, que no reproducimos.

(185) KELSEN: *Hauptprobleme* (trad. de W. Roces), Prólogo a la 2.ª ed., pág. I.

(186) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 171.

(187) J. HESSEN: *Teoría del conocimiento*, 3.ª ed., Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1936, pág. 22: «Puede definirse también la teoría del conocimiento como la teoría del pensamiento *verdadero*, en oposición a la lógica, que sería la teoría del pensamiento *correcto*. Esto ilumina a la vez la fundamental importancia que la teoría del conocimiento posee para la esfera total de la filosofía. Por eso es también llamada con razón la ciencia filosófica fundamental, *philosophia fundamentalis*» (págs. 22-23).

neral. Pretende, «... exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta qué sea el Derecho y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el Derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica» (188). Y sigue diciendo el maestro (189) que su doctrina «pura» respecto al Derecho quiere obtener sólo un conocimiento orientado al Derecho, excluyendo lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. «... Quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. *Este es su principio fundamental en cuanto al método*» (190).

Hay, pues, que subrayar la insistencia constante de Kelsen en el método para conocer el Derecho positivo, en la gnoseología de las normas jurídicas y en su posterior relación científica (epistemología jurídica, ciencia del Derecho). Según esto, podrá discutirse, decididamente, su actitud gnoseológica y epistemológica, pero, en cambio, habrá que precisar su actitud lógica, momento que media entre las dos anteriores, es decir, conviene aquilatar su posición ante lo que denomina *Amselek* (*tentación logicista*) (191). Ello plantea la cuestión de si Kelsen mantiene una postura constante sobre la lógica jurídica a lo largo de toda su obra. Tal tentación fuerza al teórico a adoptar, respecto a las normas jurídicas establecidas por los poderes públicos, no la actitud del observador frente a un objeto dado, frente a los instrumentos de medida que respetan la existencia y estructura de aquél, sino la de un lógico respecto a simples «proposiciones», es decir, respecto a enunciados verbales del espíritu a controlar, justiciables ante el tribunal de la razón, susceptibles de consolidarse o no.

El texto anterior es una crítica al método kelseniano, pero no tanto a un presunto logicismo que no está presente en toda su obra. En este sentido, Losano (192) ha demostrado la progresiva revisión que Kelsen hizo de su propia doctrina, la cual culmina con la negación de la aplicación al Derecho de cualquier principio lógico. Su aceptación del irracionalismo jurídico modifica la posición anterior, a partir de 1960, y caracteriza a su obra póstuma (193). En efecto, en esta última sustituye el logicismo de la Teoría pura

(188) KELSEN: *Teoría pura del Derecho*, ed. por Vernengo, cit., pág. 15.

(189) KELSEN: *ibidem*.

(190) Subrayado por el autor del artículo.

(191) P. AMSELEK: «Réflexions critiques au tour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique», en *Estudios de filosofía del Derecho y ciencia jurídica en memoria y homenaje al catedrático don Luis Legaz y Lacambra (1906-1980)*, CEC, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983, vol. I, pág. 64.

(192) LOSANO: «La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo», en H. KELSEN: *Teoria generale delle norme*, cit., págs. XVII y sigs.

(193) LOSANO: *loc. cit.*, pág. XXI.



del Derecho por una llamada constante a la voluntad del legislador y del juez. En ella estriba el fundamento último de la norma individual o general. Es lícito, según Losano, hablar del paso de Kelsen al irracionalismo (194).

Unos años antes de la aparición de la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*, Legaz Lacambra (195) consideró la obra kelseniana como el sistema lógicamente más grandioso producido por el pensamiento jurídico moderno: separación lógica entre el ser y el deber ser; conceptualización puramente lógica de la categoría del deber ser; interpretación lógica de la norma como juicio hipotético, exigencias lógicas de unidad del sistema que elimina todo dualismo, culminando en la grandiosa construcción monista del ordenamiento jurídico universal, «lógicamente indiferente el punto de vista elegido de primacía del orden interno o del Derecho internacional, son dos hitos fundamentales que jalonan la construcción logicista del sistema de Kelsen...». Me parece que cuando Legaz carga el acento sobre la logicidad de todos esos conceptos y tópicos kelsenianos lo hace más para subrayar la coherencia y rigurosidad metódica y sistemática de su pensamiento que para reprocharle su logicismo. En efecto, así podría interpretarse la afirmación que añade el iusfilósofo español, «... que, como la de Stammler, pero con distinto sentido que éste, se halla también integrada en la teoría del conocimiento (PLV), de impronta más rígidamente neokantiana, con aplicación literal y consecuente de la productividad del método, o sea, la idea de que el objeto científico es un producto del método científico. Por eso el sistema de Kelsen es, más ra-

(194) Cfr., del mismo LOSANO: *Forma e realtà...*, cit., págs. 125 y sigs.; *La dottrina pura del diritto e la logica*, págs. 125 y sigs. L. MARTÍNEZ ROLDÁN: *Nueva aproximación al pensamiento jurídico de Hans Kelsen*, Guías de Estudio La Ley, Madrid, 1988, págs. 79 y sigs. Cfr. la correspondencia epistolar entre H. KELSEN y U. KLUG: *Normas jurídicas y análisis lógico* (trad. de Juan Carlos Gardella), CEC, Madrid, 1988. Cfr. el Prólogo escrito preliminar de E. BULYGIN: «Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al Derecho», en esta misma obra, págs. 9 y sigs. Cfr. también KELSEN: *Teoria generale delle norme*, cit., pág. 458 (capítulo LXI: «¿Existe una logica specificamente 'giuridica'?»). Nuestro autor concluye que no se puede hablar de una lógica específicamente «jurídica». Es la lógica general la que se aplica tanto a las proposiciones descriptivas de la ciencia jurídica como a las normas jurídicas prescriptivas, en la medida en que la lógica les sea aplicable (pág. 462). Cfr. MANSON TERRAZAS: *Kelsen y la lógica jurídica formal*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso (Chile), Edeval, 1984; J. MILLAS: «Los determinantes epistemológicos de la Teoría pura del Derecho», en *Apreciación crítica de la Teoría pura del Derecho*, Valparaíso, Edeval, 1982, págs. 3 y sigs.; M. LACLAU: «Relación entre lógica y Derecho en el último período de Kelsen», en *ibidem*, págs. 153 y sigs.; C. COSSÍO: *La valoración jurídica y la ciencia del Derecho*, Arayú, Buenos Aires, 1954, pág. 52.

(195) L. LEGAZ LACAMBRA: «Lógica y ciencia jurídica», en *Boletín da Faculdade de Direito*, vol. XXXIII, Coimbra, 1958, págs. 15-16.

dicalmente que el de Stammier, una teoría de la ciencia jurídica». Ciertamente, al final escribe: «Pero, por lo mismo, se ha podido decir del sistema de Kelsen que representa también la expresión de una lógica jurídica, acaso por vez primera formulada en toda su plenitud.»

Fritz Sander, seguidor de Kelsen durante cierto tiempo y luego adversario suyo, incluso personal (196), criticó precisamente la posición metódica del antiguo maestro (197). Sander examina la tesis de la pureza metódica, que al rechazar todos los hechos «metajurídicos» (sociológicos, políticos e históricos), todos los momentos teleológicos del campo de la ciencia jurídica, que sólo se plantean de modo formal-normativo, se equivoca. Ante todo, el «Derecho» no es un concepto formal-conceptual, sino una conexión material-empírica; el contenido del Derecho no se pone frente a su forma como algo meta-jurídico, sino que entraña la consideración de hechos capitales, la materia jurídica. Las «formas» del Derecho son configuraciones categóricas de todos los tipos de contenido jurídicos importantes, formas empíricas de todos los supuestos fácticos con contenidos jurídicos relevantes. Son, por tanto, conceptos jurídicos categóricos y empíricos. Tienen validez objetiva respecto al conocimiento de hechos jurídicos relevantes en el proceso del Derecho, dentro de la experiencia jurídica.

##### 5. *Etapas del desarrollo científico de Kelsen*

Los expositores y comentaristas de la doctrina kelseniana han descrito las fases del despliegue de su pensamiento científico-jurídico. Unos, como Mé-tall (198), lo hacen ciñéndose a su biografía y actividad científica, distribuyendo su obra, por materias: «*Teoría general del Derecho*» (Teoría pura

---

(196) KELSEN: Prólogo a la 2.<sup>a</sup> ed. de sus *Hauptprobleme* (trad. de W. Roces), cit. Tras alabar varios escritos de Sander, añade: «A esclarecer estos problemas ha contribuido sobre todo el descubrimiento de la analogía entre el *concepto sustancia* de las ciencias naturales y el *concepto de Estado* y los esfuerzos hechos por abordar el paralelismo entre el Derecho y las ciencias de la naturaleza. Así debemos reconocerlo, no obstante la oposición doctrinal y la enemistad personal que este autor manifiesta contra nosotros en sus últimos trabajos, en los cuales ha creído oportuno abandonar la ruta de la Teoría pura del Derecho, que hasta entonces venía siguiendo.» Sobre el enfrentamiento Sander-Kelsen, cfr. R. ALÁDAR MÉTALL: *Hans Kelsen. Vida y obra*, págs. 75 y 78-79.

(197) F. SANDER: *Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtser-fahrung*, reimpresión de la edición de Leipzig y Viena de 1922, Scientia Verlag, Aalen, 1969, vol. II, pág. 1114.

(198) MÉTALL: *ob. cit.*, págs. 110 y sigs.

del Derecho), *Exposición y crítica y fenómenos jurídico-positivos* (Derecho Constitucional, Derecho internacional), *Filosofía del Derecho* (doctrina de la justicia, doctrina del Derecho natural), *Sociología* (retribución y causalidad, creencias anímicas), *Teorías políticas* (democracia, socialismo, bolchevismo) y *Crítica de la ideología*. Esta exposición, aunque contiene datos relevantes, sin embargo es más bien descriptiva. Ahora bien, la obra de MétaI se publicó en su original alemán en 1969 y por eso no comprende la producción kelseniana posterior, entre ella su obra póstuma sobre la teoría general de las normas, aparecida en 1979 (199).

Por su parte, Losano (200) estudia la evolución de la doctrina pura del Derecho como *opus perpetuum* y como *perpetuum mobile*, con acertadas y eficaces expresiones (201).

El análisis losiano tiene la ventaja de que recorre la evolución científica del maestro del logicismo al irracionalismo —como vimos— y además contempla su obra entera.

El autor italiano puntualiza las modificaciones e innovaciones en la doctrina kelseniana. De este modo completa sus observaciones sobre la aportación de Kelsen, que va desde la primera fase a la segunda. Losano se plantea la cuestión acerca del verdadero Kelsen tras haber recorrido toda su obra. Es frecuente que en diversos autores clásicos se pueda hablar del primero y segundo Ihering o del primero y segundo Radbruch, porque la doctrina refleja siempre al hombre. Ante estos casos, el jurista contemporáneo puede adoptar dos posiciones: *a)* registrarlas, y *b)* depurarlas. En el caso primero se trata de una exégesis de los escritos kelsenianos y en el segundo deberá comprobar las diversas fases del pensamiento del maestro austríaco señalando los fragmentos que mejor se adaptan a su propósito para reconstruir la doctrina unitaria que no nos dejó su autor. Esta segunda tarea es culturalmente aceptable con tal de que se represente no como la *verdadera* doctrina kelseniana, sino como su desarrollo o revisión. Por último, subraya que los dos enfoques tienen igual dignidad cultural.

A mi juicio, cabe añadir otro punto de vista, que es el mantenido en este trabajo.

Estriba en analizar el pensamiento de Kelsen en función del ambiente ideológico-cultural y socioeconómico de su época (202). Por consiguiente, es

(199) H. KELSEN: *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1979.

(200) *Forma e realtà in Kelsen*, cit., págs. 42 y sigs.

(201) LOSANO: *La dottrina pura del diritto del logicismo al irrazionalismo*, cit.

(202) En el libro de G. ZARONE *Crisi e critica dello Stato. Scienza giuridica e trasformazione sociale tra Kelsen e Schmitt*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles,

posible e interesante analizar aquellos elementos subyacentes en sus escritos más significativos. Parece posible distinguir el impacto de tales supuestos en el *período gnoseológico-epistemológico*, que arranca de los *Hauptprobleme* y se desarrolla en obras inmediatamente posteriores (203). Aquí se perfilan los conceptos básicos de su doctrina, que parten de su visión neokantiana con el subsuelo político social que implica el criticismo, «el formalismo» y el relativismo.

Durante el *período weimariano*, los supuestos políticos relativistas-agnósticos se concretan, sea en sus interpretaciones de las normas constitucionales, sea en sus *Anseinandersetzung*, con Smend y Schmitt, sobre la integración, sea acerca de la defensa de la Constitución y de la justicia constitucional, amén de sus diversos puntos de vista sobre anarquismo, liberalismo, socialismo, fascismo y bolchevismo y de su interpretación del parlamentarismo y de la dictadura. Menos importante es su crítica de la Teoría del Estado y del Derecho comunista. Empero, esta aportación corresponde ya al período *norteamericano*, cuando contrasta sus puntos de vista con los anglosajones Austin, Holmes, Gray y Cardozo. Por último, en su obra póstuma, sobre teoría general de las normas, se cierra la obra perpetua y dinámica del maestro con las modificaciones antes mentadas. Naturalmente, entreveradas con las fases señaladas aparecen sus juicios sobre la sociología, aceptando a veces,

1982, y en el de A. CARRINO *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1984, encontramos observaciones y desarrollos que hemos tenido en cuenta. En realidad, el tema es más amplio, y aunque en numerosos críticos antikelsenianos hallamos datos y referencias, ello requiere una investigación más sistemática.

(203) KELSEN: «Sobre los límites entre el método sociológico y el jurídico», en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 19, México, 1969, edición original alemana J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1911; «Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft. Eine methoden-kritische Untersuchung», en *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswissenschaft im deutschen Reiche*, 40, 1916; «Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besondere Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als ob», en *Annalen der Philosophie*, 1, 1919; *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1920; reimpresión, Scientia Verlag, Aalen, 1960; *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1922, 2.<sup>a</sup> ed. 1928; reimpresión, Scientia Verlag, Aalen, 1981; *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer, Berlín, 1925 (trad. cit. de Legaz); «Juristischer formalismus und reine Staatslehre», en *Juristische Wochenschrift* 58, 1929; *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, F. Deuticke Verlag, Viena, 1934. La edición alemana de 1960 contiene significativas innovaciones. Cfr. la trad. citada y editada por Vernengo. Hay que añadir sus diversos trabajos sobre el iusnaturalismo.

rechazando las más, las aportaciones de Max Weber, de Simmel y disputando con Ehrlich. Del mismo modo hay que recordar sus relaciones con Freud y el psicoanálisis, su crítica del pensamiento ideológico y su contacto, muy indirecto, con los neopositivistas del Círculo de Viena, escuela que también tiene su trasfondo político-social.

Naturalmente, por tratarse de una teoría continua y dinámica, las fases mencionadas no deben estimarse como compartimentos estancos, de modo que sus ideas, posiciones, aceptaciones y rechazos se reiteran, a veces tediosamente, como por orgullo intelectual o probablemente para corroborar la exactitud y coherencia de sus tesis, sin olvidar su espíritu de jefe de escuela, expresado con calculada elegancia (204).

(204) Kelsen decía en el Prólogo a la 1.<sup>a</sup> ed. de su *Teoría pura del Derecho*, ed. por Vernengo: «Con satisfacción pude comprobar hoy que no he quedado solo en ese camino. En todos los países civilizados, en todos los círculos donde se cumplen tan diversos trabajos profesionales jurídicos, tanto en los teóricos como en los prácticos, e inclusive en representantes de ciencias próximas, encontré una aprobación animadora. Se cerraron vínculos más estrechos entre un círculo de investigadores con idénticos propósitos, que se suele denominar mi 'escuela' y que sólo lo es en el sentido de que allí cada uno intenta aprender del otro, sin renunciar por ello a proseguir su propio camino. No es escaso tampoco el número de aquellos que, sin adoptar la *Teoría pura del Derecho*, en parte sin nombrarla, e inclusive rechazándola directa y poco amistosamente, toman de ella resultados esenciales. A éstos agradezco especialmente, puesto que ellos testimonian, aun contra su voluntad, mejor que los partidarios más fieles, la utilidad de mi doctrina» (pág. 9). No es éste el parecer de F. ERMACORA: «Die Bedeutung und die Aufgabe der Wiener Schule für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht der Gegenwart», en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. X, cuadernos 3-4, 1960, págs. 348 y sigs. A su juicio, la Escuela de Viena se ha derrumbado, pues de sus fundadores sólo queda Kelsen como consecuente defensor de sus ideas, pues Verdross y Merkl no parecen reconocerse en ellas. Incluso la ciencia alemana del Estado abandona las tesis de Kelsen y Merkl. El edificio conceptual de la Escuela de Viena, incluidas las tesis de Merkl, aparece en el Derecho público —consciente o inconscientemente— como un bloque errático que se alcea. Ermacora indica que, no obstante, aun puede olvidarse que ciertamente en la práctica del Derecho público austriaco se aplican las tesis de la escuela vienesa. Se mantienen en el ámbito del Derecho positivo con mayor pureza y seguridad principalmente frente a las exigencias políticas que se defienden con éxito. Ya no interesan ni se aprovechan las tesis, sino la decisión de la voluntad. Es una inversión espectacular; todo lo contrario al propósito del fundador de la Escuela. Empero, la postura de Ermacora debe matizarse, pues hay que citar en contra las aportaciones, por ejemplo, de R. WALTER: *Der Aufbau der Rechtsordnung*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1974 (trad. de Ernesto Wolkening: *La estructura del orden jurídico. Disertación jurídico-teórica basada en la Teoría pura del Derecho*, Ed. Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1984). Walter dedica este estudio a su maestro Adolf Julius Merkl. Cfr. del mismo autor, en colaboración con MAYER: R. WALTER y H. MAYER: *Grundriss des Österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 4.<sup>a</sup> ed., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Vie-

El maestro austríaco parece contradecirse cuando, en el Prólogo a la primera edición de su *Teoría pura del Derecho* (205), escribía: «El ideal de una ciencia objetiva del Derecho y del Estado sólo tiene perspectivas de un reconocimiento general en un período de equilibrio social.» Claro está que, consciente de esta «confesión», añade seguidamente: «De ahí que nada parezca tan poco correspondiente con su tiempo como una doctrina sobre el Derecho que pretende mantener su pureza, cuando para los otros no hay, en general, poder alguno al que no estén dispuestos a ofrecerse; cuando se ha perdido todo recato, al punto de reclamarse abierta y sinceramente por una ciencia jurídica politizada, pretendiendo para la misma el rótulo de 'pura'; elogiando así como virtud lo que a lo sumo podría excusar una amarga necesidad personal.»

A mi juicio, es sugestiva la caracterización de Vlädimir Kubës (206). Este autor describe cuatro etapas en el despliegue científico kelseniano. El profesor checo señala, como *primera fase*, la correspondiente a los *Hauptprobleme* (1.ª ed. 1911). La caracteriza por ser *negativa y destructora*, en la medida que somete a severa crítica las direcciones tradicionales de la teoría jurídica. Censura las tendencias acriticas y el sincretismo metodológico. Otro jurista checo, Franz Weyr, leal y admirador amigo de Kelsen (207), indicó que en los *Hauptprobleme* falta una conceptualización del punto central de todo conocimiento normativo, es decir, de la norma como expresión del *Sollen*. No explica el concepto de norma jurídica y su relación con el concepto de proposición jurídica (*Rechtssätzen*). Sólo ocasionalmente cabe decir que norma y proposición jurídica significan lo mismo. En cambio, el deber jurídico lo con-

---

na, 1982, págs. 1 y sig., que parten de las tesis kelsenianas. W. SCHILD: *Las Teorías puras del Derecho (Reflexiones sobre Hans Kelsen y Robert Walter)* (trad. de E. Volkenig), Ed. Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1985. En el Prólogo dice que se propone comparar los fundamentos de la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen con las tesis jurídico-teóricas de Robert Walter, «quien tiene fama de ser el más egregio de los 'kelsenianos' que viven...» (pág. ix). Sin embargo —y esto parece abundar la tesis de Ermacora en la página 57, aclara: «... es preciso observar que, para Walter, reviste capital importancia la determinación de la noción del Derecho. Por tanto, la teoría del conocimiento y de la ciencia sostenida por Kelsen pasa a segundo plano y, mirándolo bien, debe ser abandonada». Ahora bien, si se sigue esta dirección, ¿estaremos ante el auténtico Kelsen?

(205) KELSEN: *Teoría pura del Derecho*, cit., pág. 12.

(206) V. KUBES: «Das neueste Werk Hans Kelsen über des allgemeinen Theorie der Normen und die Zukunft der reinen Rechtslehre», en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31, núms. 3-4, Springer Verlag, Viena-Nueva York, págs. 158 y sigs.

(207) Recordamos que KELSEN dedicó su *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2.ª ed., a su amigo Fran Weyr.

sideró entonces esencialmente normativo. Su concepción del ordenamiento jurídico era *unidimensional*, basado fundamentalmente en la ley. Por tanto, se trataba de un punto de vista *estático*. De entonces data el *método normativo puro* que desarrolla en sus obras posteriores. Lo mismo sucede con la noción de *persona*, que consideró como objeto de imputación.

La *segunda etapa* se inicia con la 2.<sup>a</sup> edición de los *Hauptprobleme*. Ahora, la perspectiva estática por influjo, reconocido por el maestro de Merkl e indirectamente por Bierling, se transforma en una concepción *dinámica* del Derecho. Ello implica la superación de la cesura absoluta entre el *Sollen* y el *Sein*. Según Kuběš, un paso más lo constituye la tesis de Kelsen, que sólo el *hombre*, como realidad natural y no la persona, a través de la norma jurídica, es obligado y facultado jurídicamente. Aquí se produce, como subrayó Julius Moór, una conexión norma-realidad, y, como aclaró Weyr, así la originaria concepción fundamental entre el mundo del ser y el mundo del deber ser se abandona, porque en ella no hay sitio alguno para los individuos físicos, sino sólo para el punto de imputación normativa. Por último, en la segunda etapa se relativiza la contraposición absoluta entre el ser y el deber ser (208).

En la *tercera etapa*, Kelsen se aproxima a los influjos norteamericanos. Intensifica la relativización de la contraposición entre el ser y el deber ser, de suerte que es puramente formal y llega a perder sentido.

En la *cuarta etapa*, que comienza en 1963, si se compara con las iniciales se advierten contradicciones con las tesis capitales de la Teoría pura del Derecho. Influído por W. Dubislav, llega a la *trágica* conclusión de que una *norma presupone un «Imperator»*. Por eso Verdross (209) escribió que así Kelsen vuelve a la fundamentación nominalista del Derecho de Guillermo de Ockham (1290-1349). La obra póstuma del maestro significa el ápice de este despliegue *trágico*, que se aproxima a la Escuela de Upsala (Hägerström, Lundstedt, Olivecrona, Ross). La aplicación del método trascendental y el estricto dualismo del ser y el deber ser con los conceptos del deber jurídico, de la norma jurídica, del sujeto del deber, etc., y la tarea de una lógica *jurídica concreta* sufren una conmoción.

Del examen que acabamos de hacer de las fases del pensamiento de Kelsen, según los autores citados, se desprenden varias consideraciones.

---

(208) KELSEN: *Die philosophischen Grundlagend der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Pan Verlag Rof Heis, Charlottenburg, 1928.

(209) ALFRED VON VERDROSS: «Two Arguments for an empirical foundation of Natural-Law Norms: An examination of Johannes Messner's and Victor Rafts Approaches», en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 3, núm. 1, 1975, pág. 151.

En primer lugar, tienen un *alcance hermenéutico*, imprescindible para conocer e interpretar cabalmente su obra. Esto demuestra que su teoría no sólo depende de su propio desarrollo intelectual, sino también de las diversas respuestas del autor a las críticas que le hicieron. Además, Kelsen, desde el comienzo de su obra, adoptó una *postura polémica* tanto contra residuos iusnaturalistas, metafísicos, sociológicos con que se enfrentó como en las frecuentes disputas en que intervino para defender sus tesis, sea para, reiteradamente, demostrar la pureza de su teoría y su fundamento científico, sea para consolidar puntos concretos (defensa de la Constitución, justicia constitucional, sentido del parlamentarismo). Insistimos en que cada una de sus obras manifiesta no sólo críticas contra la teoría tradicional, sino disputas con sus coetáneos y críticos (210). Aquí no importa tanto subrayar el prurito kelseniano de mantener su doctrina atacando a los contrarios, lo cual es natural, y, a mayor abundamiento, lo aprovecha para precisar sus tesis; lo que interesa es que quienes discutieron con él esgrimieron conceptos, argumentaciones y puntos de vista que chocaron *toto caelo* con los suyos. Discrepaban no sólo desde los enfoques gnoseológicos y epistemológicos, también según la atmósfera cultural en que se movían. Esto plantea la cuestión de si ese entorno cultural, que envuelve al Derecho y al Estado en todo momento, fue captado y explicado más satisfactoriamente por Kelsen o por sus adversarios. Dicho de otro modo: ¿es base suficiente para comprender el Estado y el Derecho el método neokantiano, el método lógico trascendental, en sus conexiones empiriocriticistas, etc., adecuado para explicar los problemas jurídicos y para captar el sentido del Estado? ¿Son el relativismo, el formalismo —sin connotaciones peyorativas— y la *generalidad* suficientes y convenientes? ¿Es admisible la relativización de la sustancia a la función y/o cualidad? ¿Son rechazables todas las hipótesis que el maestro critica? ¿Es convincente una Teoría *general* del Estado o es más apropiada una Teoría concreta del mismo (Heller)? El abanico de interrogantes podría extenderse aún más.

Kelsen mantiene el relativismo y considera que es el fundamento de la democracia. Otra disputa significativa (211). Ahora bien, se ha dicho que en el

---

(210) ERICH KAUFMANN: «Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie», en *Rechts-idee und Recht. Rechtsphilosophische und ideengeschichtliche Bemühungen aus fünf Jahrzehnten*, Verlag Otto Schwartz Co., Gotinga, 1960, vol. III, pág. 230, dice que «... seiner Bücher sind ja nur eine Kette von Polemiken».

(211) Cfr. RENÉ DE WISME WILLIAMSON: «Antirrelativismo: una concepción metafísico-religiosa», en WILLIAM EBESTEIN: *Pensamiento político moderno* (trad. de Dolores López y Vicente Cervera), vol. I, Taurus, Madrid, 1961, págs. 60 y sigs. Además, MORRIS GINSBERG: «Antirrelativismo: una concepción racionalista secular», en *ob. cit.*, págs. 82 y sigs.



fondo de todo relativista se oculta un dogmático. Por lo menos esta afirmación tiene una base psicológica. Así, pues, el relativismo kelseniano esconde un dogmatismo. La sutil dialéctica que el maestro siempre desplegó en sus polémicas con sus adversarios no basta para demostrar la exactitud y coherencia de sus tesis. Si es inexorable relativizar el concepto de sustancia al de función, la esencia a la cualidad, la facticidad a la normatividad sin residuo alguno, la esencia de la democracia al relativismo, el ser al deber ser lógico-jurídico, etc., ¿no encierra también todo esto una posición metafísica? (212). Si, como fundamento de la democracia, se sostiene que hay que dudar de las propias opiniones, pues en ello estriba la tolerancia, entonces hay que convenir, con Ginsberg (213), que tolerancia y duda «... no siempre van unidas, y a veces el perseguidor fanático es una persona que funda su propia duda en la duda de los demás. Cabe —añade— una justificación racional —y moral, sostenemos nosotros— de la democracia. Afirmar lo contrario conduce a una democracia hasta el suicidio».

En definitiva, la doctrina pura del Derecho se apoya convenientemente en una situación cultural específica. Es la ideología liberal —más o menos abierta a preocupaciones socialdemócratas— subyacente a la crisis del Derecho y del Estado del período de entreguerras. Su motivación filosófica corresponde al relativismo y criticismo formalista nutrido por el agnosticismo científico de la época. Viene a ser una huida hacia delante de la realidad, cuyo mejor refugio es el logicismo trascendental, pero cuando éste falla, pese a la evidente grandiosidad de sus secuencias lógicas, al contemplar los datos terribles de una realidad antinormativa, quiere salvarse al final retornando al irracionalismo. «La norma —escribe Kelsen (214)—, para existir —es decir, para ser válida—, debe estatuirse mediante un acto de voluntad. No hay norma sin un acto de voluntad que la estatuya, o bien —como se formula, por lo general, este principio— ningún imperativo sin *Imperator*; ningún mandato sin comandante». De este modo, Kelsen pasa del optimismo nominalista-relativista al pesimismo-voluntarista; de la metafísica trascendental a la metafísica decisionista (*imperativista*).

El iuspositivismo puro kelseniano, aparte de los ingredientes neokantianos, supone la continuación y perfeccionamiento de dos corrientes que predominaron en Alemania desde 1890 hasta el final de la Primera Guerra Mundial.

La primera tendencia, representada por Karl Bergbohm (*Jurisprudenz und*

---

(212) En esto se basa la aguda crítica de ERICH KAUFMANN: *loc. cit.*, págs. 197, donde habla del «racionalismo metafísico» de Kelsen. El logicismo metafísico es el motivo fundamental de la filosofía del Derecho de Kelsen, pág. 198.

(213) GINSBERG: *loc. cit.*, pág. 66.

(214) KELSEN: *Teoria generale delle norme*, cit., pág. 6.

*Rechtsphilosophie*, Leipzig), obsesionado con el fantasma del Derecho natural, al que veía como *criptoiusnaturalismo* incluso en algunas posiciones positivistas. Esta postura, que rayaba en el fanatismo, influirá en Kelsen en la medida que le servirá para rechazar las tesis contrarias que el maestro estima metafísicas o que se convierten en hipóstasis no científicas.

Coincidirá también Kelsen con aquél en la unidad y plenitud de todo Derecho positivo. La idea de las «lagunas» es una ficción (215). Para el positivismo de Bergbohm, el objeto de la ciencia del Derecho debe desprenderse de residuos extrajurídicos. Sólo se somete a la condición de su sanción. Cualquier otro presupuesto del objeto «derecho» es Derecho natural.

La segunda corriente a la que se vincula Kelsen proviene de Laband (216).

(215) KELSEN: *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. de E. García Maynez), cit., págs. 152 y sigs., y *Teoria generale delle norme*, págs. 379 y sigs. En la página 207 escribe: «El ordenamiento jurídico vigente puede aplicarse siempre al caso concreto o admitiendo la acusación y condenando al imputado, o bien rechazándolo y absolviéndolo: *Tertium non datur*. En esto consiste la plenitud del ordenamiento jurídico.» Cfr. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, cit., pág. 13.

(216) KELSEN dice en el Prólogo a su *Teoría general del Estado*, cit., pág. VII: «... veo con más claridad que antes hasta qué punto descansa mi labor en la de los grandes predecesores; ahora me siendo más unido que nunca a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representantes más ilustres a Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek. Esta dirección, apartándose de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una Teoría del Estado positivo, esto es, una Teoría del Estado estrictamente jurídica, sin matiz político alguno». El autor describe la posición metodológica —paralela a la seguida por las ciencias naturales—, y encaminada, más o menos conscientemente, por la crítica kantiana de la razón: «Dualismo de ser y deber ser; sustitución de hipóstasis y postulado metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia; transformación de antítesis absolutas (por cualitativas y transistemáticas) en diferencias relativas, cuantitativas, intra-sistemáticas; paso de la esfera subjetivista del psicologismo al ámbito de la validez lógico-objetiva: he aquí algunos momentos esenciales de este método y las directrices de mi labor teórica». R. TREVES: «Kelsen et le kantisme», en *Droit et Société*, cit., pág. 328, puntualiza las críticas de Leibholz, Heller y Erich Kaufmann sobre la Teoría pura del Derecho como continuación de la vía abierta por Laband y otros juristas que introdujeron en el Derecho público los métodos específicos del Derecho privado. Según R. Treves, a diferencia de los autores que seguían el método inductivo de la dogmática jurídica, Kelsen se ocupa de conceptos puros, y su pensamiento se orienta al *a priori* jurídico»: problema fundamental y previo de la ciencia jurídica.

En la carta de Kelsen a Treves, de agosto de 1933 (citada en nota 53), aquél rechaza la acusación de «labandismo». Reconoce que Laband intentó separar el Derecho positivo de la política, sin conseguirlo, porque en realidad es una ideología del principio monárquico. La diferencia fundamental entre la Teoría pura del Derecho y la de Laband estriba en que éste no enunció los principios de una teoría jurídica, pues se limitó a una interpretación de la Constitución. Desde sus *Hauptprobleme* se esforzó Kelsen en

El constitucionalista, anteriormente mercantilista, se caracterizó por transportar el método del Derecho privado al ámbito del Derecho público. Tal método lo calificaba de rigurosamente jurídico basado en categorías lógicas.

Varios autores coinciden en calificar a esa posición metódica como cobertura legal de una función política, que consistía en legitimar las relaciones del Derecho público del *Reich* guillermino recién fundado para asegurar su existencia, excluyendo cualquier confrontación política (217). Como dice Roehrsen (218), el método labandiano, su método *jurídico*, se pone al servicio del poder, y su rechazo de la política ayuda a quien detenta el poder, en la medida que excluye cualquier discusión sobre su ejercicio. Cuando Laband recurre al Derecho privado como modelo inspirador, en el fondo esto entraña la comprensión, con todas sus consecuencias, incluso en el nivel episteológico (219), del mundo burgués.

---

distanciarse de las tendencias políticas hábilmente difrazadas por la doctrina del Estado de Laband, terminando así: «*Il est par ailleurs aussi très étonnant que tous ceux qui me reprochent d'être un adepte du labandisme soient les mêmes qui insistent sur la dangerosité que ma théorie représente pour l'Etat. Laband lui-même, le juriste le plus conservateur de la couronne prussienne, se retournerait dans sa tombe en apprenant que la Théorie pure du Droit lui a été attribué*» (pág. 333).

Tres cuestiones suscitan estas afirmaciones: a) ¿Cómo conciliar el repudio del *labandismo*, si ocho años antes, en el Prólogo de su *Teoría general del Estado*, se remitía a Laband?; b) Kelsen desenmascara el pensamiento criptopolítico del *Kronjurist* guillermino. ¿No cabe hacer lo mismo con el jurista de la *Teoría pura del Derecho*? c) Una vez más se comprueba el estilo polémico de Kelsen: la mejor defensa es el ataque a los adversarios, subrayando sus supuestas o reales contradicciones, que en definitiva cubren las que afectan al maestro. Por último, convendría señalar la evolución del pensamiento kelseniano, pues el reconocimiento de Laband corresponde a la primera etapa de su despliegue científico, a la *Teoría general del Estado* (1925), en transición a la segunda. En ésta aparece la primera edición de su *Teoría pura del Derecho* (1934), un año después de su carta a Treves, cuando la doctrina de la pureza metódica comenzaba a sistematizarse.

(217) W. WILHELM: *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, ed. por P. L. Luchini, Giuffrè, Milán, 1974, pág. 177. C. SCHMITT anticipó esto en su *Hugo Preuss. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, pág. 9. Cfr. también PETER VON OERTZEN: *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine Wissenssoziologische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft. Herausgegeben und mit einem Nachwort von Dieter Stertzel*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt del Maine, 1979.

(218) C. ROEHRSEN: «Apología di Paul Laband nel sessantesimo anniversario della morte: Le origini e il significato del metodo 'giuridico' della scienza del diritto pubblico», en *Materiali per una storia della cultura giuridica. Raccolti da Giovanni Tarello*, vol. VIII, 1, Società Editrice Il Mulino, 1978, pág. 109.

(219) ROEHRSEN: *loc. cit.*, pág. 105. La burguesía será incapaz de afirmar valores;

Las tendencias positivistas se caracterizan, entre otras cosas, por lo siguiente: *a)* el rechazo de cualquier base metafísica del Derecho; *b)* del mismo modo, su terror, o por lo menos cautela, respecto a posibles innovaciones revolucionarias, inspiradas en el Derecho natural. Resulta paradójico comprobar cómo en los orígenes del positivismo encontramos raíces iusnaturalistas que luego se abandonarán ante el temor de que otros estratos no burgueses los esgriman contra el sistema jurídico establecido; *c)* el ejemplo tentador de las ciencias naturales, basadas en la investigación y contraste de los hechos; *d)* la obsesión por la certeza y previsión jurídica, que, según los iuspositivistas, se alteraría o entorpecería con yuxtaposiciones metafísicas. Naturalmente, estas tesis redundan, en definitiva, en favor de la burguesía capitalista en la medida que sirven para sostener sus intereses.

En este sentido se rechaza el iusnaturalismo clásico por obsoleto y/o medievalizante y porque choca con el paso de la estructura comunitaria a la societaria, y lo mismo el iusnaturalismo revolucionario y sus derivaciones, ya que amenaza sus posiciones.

Por otro lado nos encontramos, con motivo de este asunto, ante las interrelaciones teoría del conocimiento y Derecho natural (220). Desde Max Scheler y Karl Mannheim sabemos —como recuerda Dobretsberger (221)— que los distintos modos de pensamiento mantenidos a través del conocimiento registran momentos de auge y de caída. Se dan determinadas situaciones sociales que favorecen el pensamiento realista y otras que fomentan los presupuestos para un tipo de pensamiento crítico. Cuando cambian las formas de vida social se pasa de un modo de pensar a otro. El pensar realista corresponde a la sociedad cerrada. La forma estatal autocrática tiende a la estabilidad; excluye cambios del sistema. El sistema económico correspondiente coloca el obrar humano bajo leyes económicas. El hombre vive como miembro de esta sociedad vinculado a ella porque le garantiza cierta seguridad de condiciones de subsistencia, eximiéndole de responsabilidad personal por su actuación, pues aquélla corresponde a las leyes *eternas* de la sociedad. Este tipo de pensamiento defiende un legado tradicional.

---

aparta los contenidos. La moderna *episteme* carece de instrumentos para afirmar o comprender los valores en sí. A lo sumo, se incluyen en el concepto de civilización burguesa (pág. 114). Por último, el autor italiano subraya que Laband, ciertamente, fue un autoritario, pero no un reaccionario (págs. 112 y sigs.).

(220) Cfr. J. DOBRETSBERGER: «Erkenntnistheorie und Naturrecht», en *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet*, Verlag Sauer & Anvermann, Francfort del Maine, 1967 (reimpresión de la edición de Julius Springer, Viena, 1931), págs. 1 y sigs.

(221) DOBRETSBERGER: *loc. cit.*, pág. 9.

En cambio, el pensamiento crítico supone la disolución de la forma de sociedad. El individuo participa, y se corresponsabiliza, con el destino del Estado democrático. Decide, en la libre concurrencia del mercado, su propio obrar sobre la riqueza y el éxito o acerca de la indigencia y caída. En el inicio de toda teoría del conocimiento —prosigue Dobretsberger— se plantea la duda, la necesidad de justificar todo conocimiento acerca de su propio pensar para que pueda valer científicamente, pues cada uno es responsable de las consecuencias que derivan de su conocimiento. *Este sentimiento de responsabilidad es la raíz sociológica del criticismo*. Su estilo de pensamiento y de vida es dinámico frente a cualquier legado tradicional. La sociología del saber subraya la estricta relación entre el poder del Estado y la teoría del conocimiento (222). La victoria de la forma de Estado democrático, de la economía liberal, la persecución del interés individual, crea la condición sociológica óptima para el conocimiento crítico. El pensamiento crítico expresa la sensibilidad del individuo, que tiene que crear sus condiciones vitales para luchar contra las asechanzas de la naturaleza y contra los obstáculos de la sociedad. La creencia en el progreso es el alma del pensamiento, según hipótesis; de este modo se perciben en todas las ciencias, en la economía, en la teoría social y en la ciencia natural las huellas de la crítica del conocimiento.

Por último, Dobretsberger (223) señala que en todo sistema doctrinal de las ciencias sociales cabe indicar dos tipos de conocimiento: 1) el *sistemático*, que se basa en fundamentos gnoseológicos, y 2) el *aporético*, que, independiente del camino cognoscitivo, se consigue mediante una comprensión inmediata. El primero se vincula al método gnoseológico, el segundo se ajusta al material científico tradicional de todos los tiempos. Mientras el primero corresponde a la ideología morfológico-social de su tiempo, entre ellas el Derecho natural, el segundo aparece incondicionado como conocimiento, en la medida que representa en cada ciencia particular algo supertemporal.

---

(222) Cfr. KELSEN: «Forma de Estado y filosofía», en *Esencia y valor de la democracia*, cit., págs. 154 y sigs. «Esta pugna de concepciones metafísicas es paralela a la antítesis de actitudes políticas: a la concepción metafísica absolutista del mundo se adecúa la aptitud autocrática, así como la democracia corresponde a la concepción científica del universo, al relativismo crítico» (pág. 154). En su *Teoría general del Estado*, cit., págs. 171 y sigs., expone el significado epistemológico de las teorías dualista y monista sobre el primado del orden jurídico interno y el primado del Derecho internacional. Y más arriba afirma rotundamente: «Si hay un criterio para averiguar el carácter científico del Derecho o del Estado, no puede ser otro que la unidad del punto de vista gnoseológico, lo cual constituye, al propio tiempo, la unidad del sistema que recibe el nombre de Estado o Derecho.»

(223) DOBRETSBERGER: *loc. cit.*, págs. 12-13.

El autor checo (224) ve en la Teoría general del Estado kelseniana el enfoque cognoscitivo en su *aspecto sistemático* cuando Kelsen (225) dijo que su misión consistió «... en desenvolver los objetos tratados hasta ahora bajo el nombre de 'Teoría general del Estado' partiendo de un principio fundamental único: la idea del Estado como orden coactivo de la conducta humana. En tanto que he logrado este propósito, pareceme que he establecido un sistema natural y no artificial, y que en lugar de un complejo de cuestiones sólo exteriormente enlazadas entre sí he creado una conexión real interior y, por tanto, verdaderamente sistemática. Pero, al mismo tiempo, el descubrimiento de esta conexión confirma la verdad del mencionado principio fundamental: la idea normativa se comprueba en su virtualidad sistemática». Como resultados de tal sistemática aparecen la identificación Estado = Derecho, el carácter coercitivo del Derecho, la doctrina de la creación gradualista del ordenamiento jurídico, la teoría de la imputación jurídica, etc. Estos conocimientos —indica Dobretsberger— brotan inmediatamente de la consideración del Estado como unidad sistemática y coherente, objeto de la ciencia.

En cuanto al enfoque *aporético*, los conocimientos versan sobre la facticidad del Derecho, sobre la articulación espacial del Estado acerca del problema de la soberanía y de las formas estatales como métodos de creación del ordenamiento jurídico, etc.

¿Cabe hablar, a la luz que suministra el análisis de las fases del pensamiento del maestro, como sucedió en Ihering y en Radbruch, de un *primer* y de un *segundo* Kelsen, significando un giro radical en sus presupuestos metodológicos? A mi juicio, si bien es cierto que se observan en su despliegue científico algunas contradicciones y bastantes matizaciones, hay un núcleo que permanece igual, enriquecido con nuevos aspectos, coherentes con los presupuestos anteriores, de índole gnoseológico y epistemológico. Ciertamente, atenuaría algunas exageraciones, pero siempre se esforzará, sobre todo en sus polémicas con sus críticos, en demostrar, con habilidad más o menos sofística, en preservar aquellos presupuestos científicos.

Acaso podría, al hilo de su larga trayectoria vital, distinguir la etapa inicial, *la del joven Kelsen (Hauptprobleme, 1911)*, de la *fase madura (Reine Rechtslehre, 1934, 2.ª ed., 1960; Allgemeine Staatslehre, 1925)* y de la *última etapa*, que termina con la *Allgemeine Theorie der Normen*, obra póstuma. Sin duda no es una caracterización perfecta, pero coincide con la establecida por Métall, quien combina el desarrollo del kelsenismo con sus peripecias vitales. La tarea de ir apuntando los estímulos sociopolíticos que condicionaron, des-

(224) DOBRETSBERGER: *loc. cit.*, pág. 13.

(225) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., Prólogo, pág. VIII.

de el principio, su producción académica, junto con el influjo de los centros académicos en que impartió su enseñanza (por ejemplo, en los Estados Unidos), sería interesante, aunque exige paciencia casi benedictina.

Sin tener que recurrir a comparaciones con otros autores anteriores contemporáneos, que abandonaron espectacularmente posiciones teoréticas iniciales, cabe hablar *del otro Kelsen*. ¿Qué significa esto? Quiero decir que a lo largo de su evolución científica se preocupa de temas ideológicos, culturales y político-sociales, sea *paralelamente* a sus creaciones gnoseológicas-epistemológicas, que aplica a temas del Derecho y del Estado y del Derecho internacional, sea *yuxtapuestamente*, es decir, dentro de esos mismos trabajos, lo cual suscita la duda sobre la coherencia kelseniana: ¿no contradicen estas apostillas sociológicas, psicológicas (referencias a Freud), antropológicas, filosófico-teológicas e histórico-políticas el mensaje de la pureza metódica? ¿Acaso el *canon* de la *reine Rechtslehre* no sufre con tales concesiones?

La curiosidad científica, incluso la erudición y el estilo del maestro, su amplia sabiduría, es común a otros autores germanos, por ejemplo, Schmitt, Smend y Heller. Son el fruto de la categoría excepcional y de la rigurosidad de la Universidad alemana durante el Imperio guilfermino, que desemboca en Weimar. Kelsen, como otros profesores germanos de su tiempo, tuvo la suerte de contar con excelentes maestros: filósofos, historiadores, sociólogos, y vivió muy atento a sus aportaciones científicas, en definitiva, a los hechos culturales y político-sociales de su tiempo.

No se me escapa la objeción a mi tesis *del otro Kelsen*: el paralelismo y la yuxtaposición culturalista en el discurso kelseniano no contradicen ni son incoherentes con su método y conclusiones. Tales referencias contribuyen, incluso, a reforzar, mediante analogías, comparaciones y contraposiciones, toda su argumentación. Es algo típico del neokantismo y criticismo que sobre él influyen. Kelsen no fue jamás (sobra decirlo) un diletante en sus contribuciones a otros campos culturales, sino un certero y sugerente investigador, cuyos análisis, se compartan o no, merecen tenerse siempre en cuenta. En este sentido, la austeridad, incluso ascetismo, de la doctrina pura del Derecho y del Estado aparecen como ejemplo indiscutible del logro científico.

Kelsen (226), al comienzo de su *Allgemeine Staatslehre*, se plantea, cauteloso, la aporética, la dificultad de la Teoría del Estado: «Lo que hace tan problemática toda Teoría del Estado es más bien la inaudita discordancia interna de la propia terminología científica. Y la razón capitalísima de que ni aun dentro del ámbito científico haya podido ser fijada, siquiera aproximadamente, la significación de la palabra *Estado* radica en que su objeto roza los

---

(226) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 3.

intereses políticos del investigador más que ningún otro objeto propio de las ciencias sociales, hasta el punto de que el conocimiento de la esencia de dicho objeto tiene el peligro de convertirse en juicio de valor.»

La cuestión radica en comprobar si el maestro austríaco sorteó realmente ese *peligro*; si supo resistir el roce de los intereses políticos; si la gnoseología y epistemología kelsenianas fueron lo suficientemente austeras y asépticas para no contaminarse con juicios de valor y para escapar de condicionamientos sociopolíticos. La respuesta a esta cuestión hay que centrarla subrayando que, pese a sus eficaces argumentaciones dialécticas contra sus objetores, en su doctrina están latentes contenidos sociopolíticos concretos, aunque él mismo no fuera consciente de ello. Dicho de otro modo: conviene saber si, a la postre, la *impureza* del Derecho contaminó la pureza de su Teoría sobre el mismo (227).

Carrino (228) describe, acertadamente, los contenidos materiales del formalismo kelseniano. Señala la ideología y ambiente secularizadores que inspiran la Teoría pura del Derecho (no sólo es teoría general del Derecho, además es filosofía política). Es el punto más alto y coherente «... de una laicización capilar de la existencia, de una 'racionalización' mundana, de un inmanentismo definitivo de los procesos vitales del hombre». La secularización (229) y la irrupción en la cultura centroeuropea de un espíritu hebreo cargado de sospechas hacia todo lo que no es puro espíritu, interioridad y consciencia del dolor y de los defectos «... son dos módulos hermenéuticos de los últimos acontecimientos europeos que se manifiestan particularmente efectivos en Kelsen, partícipe de aquellos sucesos». Su doctrina es consciente de las complejas y articuladas coordenadas espirituales del tiempo de la crisis y de la angustia «nihilista»; es «... una autorreflexión radical de la ciencia y del pensamiento a la altura de la disolución de todo nexo orgánico comunitario y del emerger de una atención prepotentemente *nueva* por el valor de lo que es *normativo*, de lo que *debe ser* en la dimensión de una pura espiritualidad en cuanto valor pleno y sin residuos de 'naturalidad' contingentemente política, social o económica» (230).

---

(227) Cfr. el capítulo «Kelsen y la morfología política» de un próximo libro que preparo.

(228) A. CARRINO: *L'ordine delle norme*, cit., págs. 138 y sigs.

(229) Sobre la secularización, cfr. la reciente obra de G. MARRAMAO *Poder y secularización* (trad. de Juan Ramón Capella, Prólogo de SALVADOR GINER), Ediciones Península, Barcelona, 1989.

(230) A. CARRINO: *ob. cit.*, pág. 139. Más adelante apunta la dimensión antropológica de Kelsen, vinculada a una conciencia cultural de clara ascendencia hebrea. Cfr. también la nota 11 de dicha página.



En definitiva, los presupuestos gnoseológicos y epistemológicos de la doctrina kelseniana no son inmunes al subsuelo ideológico-cultural subyacente, y aún más, contribuyeron a configurar un modelo del Estado = al Derecho y un concepto de la democracia, fundada en el relativismo, que no pudieron resistir los embates del totalitarismo tanto de izquierda como de derecha, sucumbiendo ante este último. Por otro lado, no parece que Kelsen sea consecuente con su postura cuando escribe (231): «Un derecho privado es, pues, en última instancia, un derecho político. El carácter político de los derechos privados revélase de manera mucho más patente cuando se advierte que el otorgamiento de tal derecho al individuo es la técnica jurídica específica del Derecho civil, y que este último es la técnica jurídica específica del capitalismo privado, que es al mismo tiempo una instancia política. El derecho privado es la institución de un orden jurídico capitalista; el derecho político, la de un orden jurídico democrático.»

La ambición kelseniana consiste —señalan Lenoble y Ost (232)— en dotar a la Teoría del Derecho de una epistemología específica al modo como Kant, en su tiempo, hizo respecto al conocimiento adecuado a las ciencias naturales.

Desde su *Hauptprobleme* a su obra póstuma es un tema recurrente en casi todos sus escritos. Descripción y construcción del objeto de la ciencia del Derecho son tareas constantes en su obra. Estas dos tareas han de apartarse tanto de la idealización (iusnaturalismo) como de su *explicación causal* (sociologismo) para obtener un normativismo puro, depurado de elementos tanto metafísicos como sociológicos. De este modo, el análisis del Derecho positivo a través de la norma produce el positivismo normativista, cuyo canon, dogmático y disciplinario, es la pureza metódica.

Kelsen —observan Lenoble y Ost (233)— idealiza la ciencia positiva, como ocurrió con otros autores alemanes anteriores y contemporáneos. Ahora bien, los avances científicos posteriores y los epistemológicos que los sustentan han revisado la imagen de evidencia y exactitud que la ciencia positivista pregonaba. «Lejos de ser un *cuadro* de la realidad, la teoría científica es una reconstrucción, una interpretación conjetural. Sus operaciones verificadoras se inscriben en el campo de inteligibilidad abierto por postulados teóricos, de

---

(231) KELSEN: *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., pág. 92.

(232) J. LENOBLE y F. OST: *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1980, pág. 483.

(233) LENOBLE y OST: *ob. cit.*, pág. 493.

suerte que no hay una observación lingüística y verificadora pura *a priori* y completamente revelante» (234).

En principio, afirmar que la obra de Kelsen se inscribe en la cultura política de su tiempo parece una banalidad. Empero, este asunto requiere examinarlo con alguna atención. ¿Qué significa esto? Veamos.

Ya apuntamos el ambiente secularizado y racionalista que tiñe a su aportación científica. Además de esto hay que añadir que la gran obra del maestro, aunque se evade por la altura de sus vuelos teóricos, está, no obstante, marcada por el ambiente político-existencial de su tiempo, a saber: la disolución de la República de Weimar, con reflejo evidente en toda Centroeuropa por la crisis de la democracia y del Estado liberal de Derecho. Mientras Schmitt aprovecha, *perversamente*, esa situación crítica y luego la derrumba para fundamentar su discurso corrosivo, Heller intenta remontarla con su idea del *sozialer Rechtsstaat* y Smend, desde su *Integrationslehre*, intenta integrar la democracia, cimentándola en los valores, el maestro vienés se escapa, olímpicamente, de la situación. Empero, como ésta es inexorable, *el otro Kelsen*, el atento a la problemática político-social, participará en las disputas sobre los tópicos acuciantes del tiempo: defensa de la Constitución, integración del Estado, crisis del parlamentarismo, socialismo marxista y socialismo reformista, etc. (235 y 236).

(234) Kelsen siempre insistió en la *cientificidad* de su doctrina. Cfr., por vía de ejemplo: «Desde el comienzo mismo fue su objetivo elevar la ciencia del Derecho, que se agotaba casi completamente —abierta o disimuladamente— en una argumentación jurídico-política al nivel de una ciencia del espíritu.

Correspondía desplegar sus tendencias, orientadas no a la función configuradora de su objeto, sino exclusivamente al conocimiento del Derecho, para acercarla, en la medida en que fuera de alguna suerte posible, al ideal de toda ciencia: objetividad y exactitud» (Prólogo a la primera edición de su *Teoría pura del Derecho*, ed. por Vernengo, cit., pág. 9).

(235) Cfr. la obra de G. MARRAMAO *Lo político y las transformaciones. Crítica del capitalismo e ideologías de la crisis entre los años veinte y treinta* (trad. de Alfonso García Ruiz y José Aricó), Ediciones Pasado y Presente, Siglo XXI, México, 1982, págs. 154 y sigs.: «Técnicas sociales. Estado y transición entre socialdemocracia weimariana y austromarxismo». Sobre la controversia Kelsen-Bauer, cfr. págs. 175 y sigs. y 182 y sigs. OTTO BAUER escribió: «De Stammler a Rickert y a Kelsen se desarrolla una crítica a Marx que, valiéndose de argumentos kantianos, gnosológicos y críticos, se discute la posibilidad de una ciencia de leyes causales del desarrollo social. Así, la teoría marxiana de la necesidad histórica e ineluctable de la revolución social debería superarse y reducirse el socialismo a un postulado ético, a simple máxima de valoración y acción en el ámbito del ordenamiento social existente» (M. ADLER: *Ein Beitrag zur Geschichte des «Austromarxismus»*, en *Der Kampf*, IV, Praga, 1937, págs. 297 y sigs.).

(236) Sobre estas cuestiones cfr. las consideraciones que hace A. CARRINO: *Stato e filosofia nel marxismo occidentale. Saggio sul Karl Korsch*, Casa Editrice Eugenio

Estamos ante una yuxtaposición de puntos de vista, y respecto a la línea logicista de Kelsen (distinta de la antropológica y sociopolítica que desarrolla en otros escritos), puede aplicarse, *mutatis mutandis*, la aguda afirmación del escritor Robert Musil: cuando se comienza con la lógica, en la cual el pensamiento resulta naturalmente del pensamiento anterior, no se sabe dónde se va a acabar.

#### 6. Breves indicaciones sobre los supuestos antropológicos de la doctrina kelseniana

Aquí no vamos a referirnos a las investigaciones kelsenianas sobre temas de antropología cultural y social (237). Se trata de extraer de su doctrina jurídica la imagen que ofrece del hombre. El tema ha cobrado interés en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial y se ha concretado en el análisis del artículo 1 de la *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania* (238), que, como es sabido, ha influido en el artículo 10.1 de nuestra Constitución.

Klaus Stern (239) sostiene que la dignidad humana es el fundamento de los derechos humanos y menciona diversas sentencias del Tribunal Constitucional alemán sobre la imagen del hombre (240).

---

Jovene, Nápoles, 1981, págs. 73-74 (paralelismo Kelsen-Max Weber): mientras este último define, histórica y sociológicamente, al Estado como monopolio legítimo de la violencia, Kelsen lo traduce, jurídicamente, como el ordenamiento, como centro de imputación del uso exclusivo del poder coactivo. «... El Estado, Dios inmanente del nuevo mundo, perpetúa así la bíblica prerrogativa de la venganza», apostilla CARRINO, páginas 251 y sigs. Críticas de Korsch y Lukacs a Kelsen. Críticas de los mismos a las tesis de la defensa de la Constitución de Schmitt y de Kelsen (págs. 262 y sigs.). Ya veremos, más adelante, los condicionamientos ideológicos y culturales de la *Stufenbau-theorie*. Cfr. además N. ACHTERBERGER: *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1982, págs. 92 y sigs., y en especial págs. 93-94, donde describe la apertura de la *Normstufenbau* a aspectos metajurídicos que la determinan.

(237) KELSEN: *Society and Nature. A sociological Inquiry*, The University of Chicago Press, 1943.

(238) Cfr. *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, editada por E. BENDA, W. MAIHOFFER, H.-J. VOGEL: *Unter Mitwirkund von Konrad Hesse*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1983 (E. BENDA: *Die Menschenwürde*, páginas 109 y sigs.: «Das Menschenbild des Grundgesetzes»).

(239) K. STERN, en colaboración con M. SACHS: *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Cfr. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1988, págs. 6 y sigs.: «Der Mensch und Seine Würde».

(240) STERN y SACHS: *ob. cit.*, págs. 31 y sigs.

Parece claro que, desde la perspectiva de la Teoría pura del Derecho, es muy difícil explicar estos preceptos, que contienen referencias indiscutibles a postulados axiológicos e incluso iusnaturalistas. Esto no quiere decir que en la obra de Kelsen no se encuentre una concreta imagen del hombre: la del *homo iuridicus normativizado*.

En efecto, para Kelsen (241), si «el hombre ha de ser objeto del conocimiento jurídico, tiene que diluirse en el Derecho. Pero lo que el orden jurídico se apropia no es todo el hombre, no el hombre en cuanto tal, es decir, la unidad específica de la biología y la psicología con todas sus funciones; sólo algunas acciones humanas particulares —a algunas de las cuales se les designa negativamente como «omisiones»— son las que hallan entrada en la ley jurídica como condiciones o consecuencias. Lo mismo que todo contenido, la conducta humana sólo puede ser objeto de la ciencia del Derecho en cuanto contenido de la proposición jurídica».

Más adelante escribe (242): «También el substrato de la llamada persona 'jurídica' es, en cuanto objeto del conocimiento jurídico, una proposición jurídica, un complejo de normas de Derecho, por medio de las cuales se regula la conducta recíproca de una pluralidad de hombres que persiguen un fin común.» «La proposición jurídica no contiene más que conducta humana, es decir, conducta de hombres concretos. Únicamente la referencia de tal conducta a la unidad —provisional o definitiva— de un sistema total o parcial de normas de Derecho lleva al concepto de 'persona'» (243).

Según esto, ¿entra en la norma jurídica el concepto de dignidad del hombre? Y si la respuesta es afirmativa, ¿cómo puede explicarse desde el agnosticismo y relativismo axiológicos ese concepto? En conclusión, la pureza metódica kelseniana no puede resolver esta cuestión: o admite que la dignidad humana y su imagen correspondiente son valores, y entonces contradice su punto de vista, o lo rechaza, y entonces la cuestión queda sin resolver (244).

La pureza metódica se enfrenta con el método causalista de las ciencias naturales y con la metafísica sustancialista-teleológica del iusnaturalismo —in-

(241) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 83.

(242) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 87.

(243) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 92. Cfr. pág. 346: «... la teoría jurídica muestra que en esta nueva esfera tiene que crearse con sus propios elementos, un nuevo sujeto, completamente distinto del 'hombre' del sistema de la naturaleza: la persona jurídica, supuesto que se precisa un sujeto como 'portador' o 'titular' de las funciones específicas de este sistema».

(244) Es significativo que Robert Walker, «que tiene fama de ser el más egregio de los 'kelsenianos' que viven —según W. SCHILD: *Las teorías puras del Derecho* (trad. de E. Volkening), Ed. Tempis, Bogotá, 1933, pág. IX—, no estudia, en su manual, el tema de la dignidad humana». Cfr. R. WALKER y H. MAYER: *Grundriss des österreichi-*

sistamos en la reiterada posición kelseniana de rechazar todos los dualismos—. Así, pues, el monismo metódico del maestro praguense es unidimensional y reduccionista. *Unidimensional* porque se mueve sólo a través de categorías lógicas, del espíritu (*Geist*). El concepto kelseniano del *Geist* es oscuro. Se entiende en cuanto afirmación contraria a las conexiones naturalísticas. Como dice Münch (245), la *Weltanschauung* kelseniana es una visión *talmúdica* del «valor» de la «ley», del «espíritu», respecto al cual la naturaleza es la *caída*, el caos.

Es, además, *reduccionista*, en la medida que restringe los aspectos psicológicos, ideológicos y culturales humanos para configurar un *homo iuridicus normativizado*, como acabamos de ver. Esta técnica es muy antigua. Ya fue aplicada por los economistas liberales con la figura del *homo oeconomicus*. Como sostuvo Groppali (246), «... los economistas aislaron las necesidades económicas de todas las demás, que indudablemente no tienen menor peso en la conducta humana, y se ilusionaron con el *homo oeconomicus*, que más bien que una abstracción representaba una realidad».

«En otras palabras: el puro fenómeno económico, como el puro fenómeno jurídico, como el puro fenómeno político, etc., no existe en la realidad, sino que son meras abstracciones, que, por otra parte, son necesarias y constituyen la base de las diversas ciencias.»

Es evidente que el Derecho, y su correspondiente conceptualización científica, no pueden prescindir de un conjunto de formalizaciones que tienen alcance técnico-instrumental. Por eso tiene razón Barcellona (247) cuando afirma que la hostilidad contra todo lo que toma cuerpo y se manifiesta fuera de la norma y de las instituciones establecidas ha sido siempre una orientación negativa por parte de los poderes constituidos (248).

El positivismo de Kelsen por un lado, el epistemológico, es optimista: mediante la pureza metódica es posible captar el Derecho positivo limpio de impurezas e incrustaciones naturalísticas y/o metafísicas, pero por otro es el resultado de una antropología pesimista respecto a la ética y a la políti-

---

*schen Bundesverfassungsrecht*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1982, acaso porque sea un asunto típico de la posguerra alemana, aparte de que la Constitución austriaca no expresa ese postulado.

(245) S. MÜNCH: *Kultur und Recht*, Meiner, Leipzig, pág. 19, cit. por CARRINO: *L'ordine delle norme*, cit., pág. 110, nota 9.

(246) A. GROPPALI: *Doctrina general del Estado* (trad. de A. Vázquez del Mercado), Porrúa Hermanos y Cía., México D. F., 1944, pág. 27.

(247) P. BARCELLONA: *I soggetti e le norme*, Giuffrè, Milán, pág. 172.

(248) Más adelante, BARCELLONA: *ob. cit.*, págs. 190 y sigs., describe cómo el desarrollo de la abstracción está vinculado a la organización capitalista del trabajo.

ca (249). Carrino (250) subraya que el maestro apenas se refiere en su *Teoría general del Estado* y en su *Teoría general del Derecho y del Estado* a la familia. Esto significa que rechaza cualquier momento de comunión orgánica. Así, pues, su posición es individualista. Kelsen se educó en un mundo que desconfiaba de la familia, sus convicciones falaces, en una cultura lacerada por los conflictos entre padres e hijos. «Sólo el individuo —continúa Carrino—, con sus impulsos contrastantes, es el presupuesto objetivo, lo absolutamente originario en su completa autonomía, en su total existencia disuelta de todo ligamen ficticio.»

Sólo partiendo de esta *metafísica* del individuo que lleva a los extremos, aunque son coherentes consecuencias el iusnaturalismo trascendental de tipo kantiano, se puede captar el sentido auténtico de la obra del jurista vienes. Así se explican la disolución del concepto de persona, la total superación del hombre por la norma, etc., como hemos visto. Ello implica su inclinación a la *Gesellschaft* antes que a la *Gemeinschaft* (251).

Parafraseando a Fichte podemos decir que el tipo de Teoría del Estado y del Derecho depende del concepto del hombre que sostienen quienes lo estudian. En este sentido, toda doctrina del Derecho y del Estado descansa en una base antropológica (252). Los criterios antropológicos de la doctrina kelseniana arrancan de una gnoseología y epistemología lógico-trascendental, formalista, que al apartar tanto los elementos naturalísticos (físico-psicológicos) como metafísicos, político-sociales, etc., vacían al hombre y a todo lo humano de sustancia. La abstracción, el garantismo formalizado, típicos de una mentalidad liberal con preocupaciones sociales, son insuficientes para, por ejemplo, explicar satisfactoriamente el fundamento y aplicabilidad de los derechos socioeconómicos.

Por otro lado, varios autores llamaron la atención acerca de la contradicción en que incurre Kelsen al abordar la cuestión de la validez del Derecho. Su doctrina se contamina con elementos causales-explicativos, y además su

(249) Así lo indica CARRINO: *L'ordine della norme*, cit., pág. 128.

(250) CARRINO: *ob. cit.*, págs. 129 y sigs.

(251) CARRINO: *ob. cit.*, págs. 16 y sigs. Cfr. también págs. 180 y sigs.

(252) La doctrina suiza mantiene este punto de vista desde Rousseau. Cfr., por vía de ejemplo, en la bibliografía reciente: THOMAS FLEINER-GERSTER, en colaboración con PETER HÄNNI: *Allgemeine Staatslehre*, Springen Verlag, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1980, cap. 2: «Das Bild von Menschen und von Staat als Ausgangspunkt der Staatstheorien» (págs. 31 y sigs.); J. PAUL MÜLLER: *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Éditions Staepfle & Cie, S. A., Berna, 1983, cap. I: «Les droits fondamentaux dans la relation antagonique entre l'individu et l'État. 1. Fondement anthropologique».

positivismo se trueca en *iusnaturalismo lógico* (expresión que utiliza Kelsen). A mayor abundamiento, como advirtió Moór (253), incluso cuando se distingue el *Derecho* de la ciencia jurídica, es ya en sí un producto del desarrollo histórico social de la vida espiritual; es un *fenómeno cultural* no menos que la ciencia del Derecho o que la ciencia en general.

Es obvio que la Teoría pura del Derecho y todos sus elementos son un producto cultural, y no sólo en el sentido puntual que procede de la Escuela de Viena, sino además de las condiciones culturales correspondientes a los tiempos de su aparición y desarrollo que influyeron, notoriamente, sobre aquélla y sus vicisitudes. Dicho de modo más claro y contundente: *la Teoría pura del Derecho es la respuesta lógico-trascendental a la situación de crisis y descomposición de los Estados centroeuropeos en el período de entreguerras. Es una evasión académica, aunque aún con evidentes connotaciones ideológico-políticas (mezcla de liberalismo clásico con socialdemocracia moderada).*

La doctrina kelseniana mantuvo, desde sus inicios y en todo su desarrollo, una virulenta polémica con las tendencias contrarias. Estas últimas le reprocharon siempre su alejamiento de la realidad (*Allgemeine Staatslehre ohne Staat; Allgemeine Rechtslehre ohne Recht*), lo cual, con algunos matices, es cierto. No lo es, sobre todo, en los anexos y yuxtaposiciones de índole socio-política, que *el otro Kelsen* incluye en sus obras y los escritos dedicados monográficamente a esos temas.

Volviendo a las incongruencias de la tesis kelseniana sobre la validez del Derecho, tenía razón Julius Moór (254) cuando afirmaba que «la *reine Rechtslehre* considera la validez meramente hipotética-relativa del Derecho positivo, o sea, el condicionamiento del *Sollen* jurídico por parte de un *Sein*, y por esto llega a relativizar la contraposición *Sein-Sollen* y, en último análisis, llega a la homologación de la positividad del Derecho con su eficacia. Así, la *reine Rechtslehre* deja el campo de la consideración normativa pura para entrar en la esfera de la realidad psicológica e histórico-sociológica que se comprenden con el método causal-explicativo». La inconsecuencia es patente.

En definitiva, por una parte Kelsen cede al impacto de la realidad *psicológica e histórico-sociológica* y por otra su método se *impurifica* en la me-

---

(253) J. MOÓR: «Das Logische im Recht», en *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, vol. II, 1927-28, pág. 184.

(254) J. MOÓR: «Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus», en *Gesellschaft. Staat und Recht*, cit., en nota 220, pág. 75 y sigs.: «Kelsen caracteriza a su teoría de la norma fundamental como *transzendentallogisches Naturrecht*» (*loc. cit.*, pág. 104).

dida que, como él mismo reconoce, su Norma fundamental cuadra con el iusnaturalismo lógico (255).

Recordemos la afirmación del maestro austriaco cuando decía, en el Prólogo de la primera edición de su *Reine Rechtslehre* (1934), que el ideal de una ciencia objetiva del Derecho y del Estado sólo cuenta con posibilidades de reconocimiento general en un período de equilibrio social. Por eso la Teoría pura del Derecho parece que no corresponde a su tiempo. Estas circunstancias no han cambiado, incluso han empeorado. La falta de correlación entre las *pacíficas* y coherentes secuencias lógicas de su pensamiento no cuadran con el mundo presente convulso y enfrentado; no armonizan con el sosiego que requiere el logicismo puro. La contraposición kelseniana *Geist*  $\neq$  *Natur* alberga resonancias veterotestamentarias. Fromm (256) apunta cómo el Antiguo Testamento no sólo postula un tabú estricto del incesto, sino que también prohíbe la fijación al suelo: expulsión del hombre del paraíso, suelo en el que estaba enraizado, con el que se sentía identificado.

La historia judía comienza con la orden dada a Abrahán de abandonar el país en que nació y de ir al «país que no conoce». La tribu va de Palestina a Egipto y regresa a Palestina. Las enseñanzas de los profetas se dirigen contra la mera relación incestuosa con el suelo y la naturaleza, tal y como se manifestó en la idolatría canaíta. «Los profetas proclamaban el principio de que un pueblo que de los principios de la razón y de la justicia ha vuelto a los del vínculo incestuoso con el suelo será arrojado de su tierra y andará errabundo por el mundo sin patria ni lugar hasta que haya desarrollado plenamente los principios de la razón, hasta que haya vencido el vínculo incestuoso con el suelo y la naturaleza: sólo entonces el suelo será una bendición, una patria *humana* libre de la maldición del incesto. El concepto del tiempo mesiánico es el de la victoria total sobre los vínculos incestuosos y el establecimiento pleno de la realidad espiritual de la concreción moral e intelectual no sólo entre judíos, sino entre todos los pueblos de la tierra.»

---

(255) KELSEN: *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, cit., pág. 66. Cfr. también W. JÖCKEL: *Hans Kelsens rechtstheoretische Methode. Darstellung und Kritik ihre Grundlagen und hauptsächlichsten Ergebnisse*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1930, reimpresión de Scientia Verlag, Aalen, 1977, págs. 186 y 179; ÖHLINGER: *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1975, estudia la realidad política y la relevancia ideológica del modelo de la *Stufenbau*, planteándose la cuestión de hasta qué punto se puede mantener dicha doctrina en las condiciones sociopolíticas actuales.

(256) E. FROMM: *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*, 3.ª ed. (trad. de Florentino M. Torner), Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1960, página 52.



Si comparamos estas líneas con la aventura personal e intelectual de Hans Kelsen cabe, en alguna medida y como paralelismo algo discutible, pero en todo caso significativo, señalar la vida errabunda de Kelsen, persona desterrada, perseguida, y la vertiente mosaica de su doctrina: la pureza metódica huye del incesto con los datos naturalísticos. Su concepción del hombre como sujeto jurídico se depura normativizándolo (*homo iuridicus normativizado*; no normalizado). El orden jurídico es un sistema unitario jerarquizado, geometrizado, que se decanta y escapa de cualquier relación incestuosa e impura con los datos de la realidad psicofísica, sociopolítica. El ordenamiento jurídico consiste y se entiende como interconexiones formales que rechazan cualquier referencia y condicionamiento por sustancias metafísicas. El reino del Derecho, aunque esté en este mundo, no le pertenece.

Su *Grundnorm*, en cuanto hipótesis fundante y, finalmente, en cuanto *ficción*, está vacía de todo elemento o materia espúrea, no susceptible de *purificación* normativista. Estamos, pues, ante un ordenamiento normativista puro. El Espíritu lógico, gnoseológica y epistemológicamente, vence a la realidad; el *Sollen* al *Sein*. La pureza metódica no sólo es una herramienta de trabajo que produce el conocimiento del objeto (el Derecho positivo), además lo unifica, sistematiza y lo construye. Como el mismo Kelsen dice —y hemos insistido en ello—, su doctrina es la *Teoría pura del Derecho* y no la del Derecho puro. Sólo con la depuración del concepto del Derecho mantenido por la tradición jurídica y por las tendencias contrarias a su doctrina es posible la comparación, interpretación y aplicación jurídicas. La normatividad pura se impone a la normatividad impura. Se impone o impondrá, y en esta última posibilidad se manifiesta el mesianismo kelseniano. En el universo normativizado y dependiente del primado del Derecho internacional el hombre, depurado de la contaminación mediante la paz y la tolerancia, encontraría el sosiego: la paz por medio del Derecho.

7. *El punto de partida de la doctrina kelseniana.*  
*La contraposición «Sein» ≠ «Sollen»*

El pensamiento jurídico-social germano es muy proclive, desde Hegel, al uso de pares conceptuales, de dicotomías y aun de tricotomías como herramientas del conocimiento: así, *Gemeinschaft* ≠ *Gesellschaft* (Tönnies); normatividad ≠ normalidad (Heller); disyunción amigo ≠ enemigo, normativismo ≠ decisionismo ≠ pensamiento de los órdenes concretos (Schmitt); integración del Estado personal ≠ funcional ≠ real (Smend). Sin entrar ahora en los supuestos ideológicos y culturales que inspiran tales dicotomías y tri-

cotomías, interesa subrayar una vez más que, para Kelsen, por exigencias de su posición gnoseológica y epistemológica, la disyunción ser  $\neq$  deber ser no supone una postura dualista, puesto que desde el inicio partió del principio de que un mismo objeto no puede ser objeto de un doble conocimiento, causalista-naturalista  $\neq$  normativista. Por tanto, rechazo del dualismo Teoría social del Estado-Teoría jurídica del Estado (Jellinek), así como no cabe, en su doctrina, la concepción tricotómica de Nawiasky: Teoría social-Teoría jurídica-Teoría ideológica del Estado.

Mientras la metodología tricotómica, desde Hegel en el campo del espíritu y desde Comte en el ámbito sociológico, apunta fases de desarrollo, supone, pues, una evolución del pensamiento o racionalidad (tesis, antítesis, síntesis), de modo que celebra el triunfo del *Geist* sobre la realidad material y/o social y los enfoques dicotómicos implican la imposición sin residuos sobre el antagonista rechazado. Así, en Kelsen, del *Sollen* sobre el *Sein*.

No se trata, pues, de una secuencia que *anuncia* la posterior y absorbe (*aufgehoben*), cualitativamente, la precedente y en cierto modo la contiene, sino de un éxito del primer elemento propuesto sobre el segundo, de modo que aquél no contiene ni absorbe al último, sino que lo rechaza, lo elimina. El *Sollen* purifica al *Sein* eliminándolo. Por consiguiente, la pureza metódica aparece como un instrumento eficaz, polémico, que combate y elimina las posiciones causalistas, naturalistas y metafísicas. Ese carácter polémico se advierte en la primera obra importante de Kelsen, su trabajo de habilitación académica, los *Hauptprobleme* (1911). Aquí la disputa con las doctrinas anteriores y contemporáneas al maestro son analizadas y pulverizadas sin contemplaciones. Una vez que desbroza el camino, la pureza metódica construye el universo normativista; claro que, sin descuidar el ataque, centra las objeciones y críticas de sus adversarios. Es la etapa correspondiente a la *Allgemeine Staatslehre* (1925) y a la *Reine Rechtslehre* (1934, 1.<sup>a</sup> ed.).

A veces el purismo jurídico adquiere matices de libelo, como sucede en la crítica de la *Integrationslehre* de Smend (257). En esta obra se corrobora, como en el arte militar, que la mejor defensa es el ataque. Todo esto significa que la pureza metódica no estriba siempre en la mansedumbre o en el *ascetismo* académico, aunque el sosiego y el equilibrio social sean condiciones psicológicas y ambientales para que aquélla prospere, sino en el rechazo decidido e implacable de los adversarios, como sucede en la técnica expositiva y argumentadora de un Carl Schmitt.

---

(257) KELSEN: *Der Staat als Integratiom. Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Julius Springer, Viena, 1930.

En el Prólogo a la segunda edición de sus *Hauptprobleme* (258) nos dice que le interesaba establecer firmemente en la primera edición de esta obra que «el Derecho se rige por leyes propias (subrayado por Kelsen), frente a la naturaleza y (subrayado de Kelsen) o a cualquier realidad social determinada por leyes de la naturaleza». Por eso su obra «toma como punto de partida la fundamental antinomia entre el ser y el deber ser, la primera que, en cierto modo, descubre Kant, en su esfuerzo por fundamentar la sustantividad de la razón práctica frente a la razón teórica, del valor frente a la realidad, de la moral frente a la naturaleza. Acogiéndonos a la interpretación kantiana de Windelband y Simmel, vemos en el deber ser la expresión de la autonomía del Derecho, que a la ciencia jurídica cumple determinar, a diferencia de un ser social «sociológicamente» captable, por donde la norma se enfrenta, en cuanto juicio del deber ser, a la ley natural y la norma jurídica a la específica ley causal de la sociología».

En carta al jurista húngaro Julius Moór (259), Kelsen le dice que cuando caracteriza —Kelsen— al Derecho como norma y su modo de existencia como *Sollen*, exige una separación neta entre la ciencia jurídica normativa y una sociología orientada a explicar lo real. Esto no significa que haya perdido nunca de vista la relación que media entre el contenido de un orden jurídico válido y el contenido de la correspondiente realidad social.

Respecto al problema de la positividad del Derecho, adopta una postura que se esmera en evitar la visión unilateral que caracterizaba a la doctrina hasta entonces. Mientras los autores antiguos, que sólo contemplaban la ley y sólo consideraban el significado del *Sollen* de las normas, de suerte que se les escapaba el momento de la positividad, los autores más recientes, la llamada Teoría de la sociología jurídica, conciben al Derecho sólo como *Sein*, con lo cual pierde el sentido específico que hace que un contenido cualquiera es del derecho y no simplemente del hecho.

Tanto el *Sein* como el *Sollen* —advierte el profesor checo Kuběs (260)— son categorías originarias, previas y por eso indefinibles. Me parece que esta indefinición ofrece un flanco débil suceptible de críticas. No obstante, al basarse dicha antinomia en la contraposición *Natur versus Geist*, las características, las correspondientes legalidades que Kelsen atribuye a cada uno de estos ámbitos pueden servir para definir aquellas categorías contrapuestas. Otra cosa es si la descripción de los caracteres y contenidos de cada uno de estos campos son válidos en la actualidad; si, por ejemplo, el concepto que el

(258) *Problemas capitales* (trad. de W. Roces), cit., pág. XL.

(259) Recogida en *Droit et Société*, cit., pág. 347. La carta es de fecha 20-II-1927 y en ella adjunta una síntesis bibliográfica de su personalidad científica.

(260) V. KUBĚS: *Das neueste Werk Hans Kelsen...*, cit., pág. 156.

maestro mantiene de la ciencia natural desde su escrito de habilitación académica y en los *Hauptprobleme* (1911) cuadran con la investigación científica presente (261). El concepto de deber ser es —siguiendo el apriorismo neokantiano— una categoría formal pura, un postulado científico objetivo que, sin embargo, oculta unos supuestos políticos concretos: la despersonalización del Derecho y del Estado, ideal burgués (262).

La antinomia *Sein*  $\neq$  *Sollen* coincide con la contraposición realidad  $\neq$  valor; naturaleza  $\neq$  espíritu (*Geist*). El ser ordenado causalmente es la realidad o naturaleza en sentido amplio, así como el Espíritu, el valor o el fin coinciden con el *Sollen*. La ley causal o material expresa el ser, la realidad, la naturaleza, y, por el contrario, la norma manifiesta al *Sollen*, al valor, al *Geist*.

Examinando esta dicotomía, Kubés la considera inexacta (263), a la luz de la moderna ontología crítica, que ha demostrado que el ser *espiritual* es un ser *real* y que la realidad de ninguna manera se identifica con la materialidad (N. Hartmann). Esta nueva ontología indica que los rasgos reales de la realidad en modo alguno están vinculados a las categorías de espacio y tiempo, sino a las de *tiempo e individualidad*. La nueva ontología enseña que el espacio y tiempo no son ontológicamente iguales, puesto que el tiempo es una categoría más fundamental que el espacio. Los procesos anímicos y espirituales están vinculados por el tiempo. Sólo una parte de la realidad está condicionada espacialmente y toda la realidad lo está por la categoría tiempo.

Empero, interesa recordar que Kelsen precisó que si se concibe el concepto de *Sein* no en el sentido naturalista, determinado causalmente, sino que

---

(261) Hace tiempo, J. MEDINA ECHEVARRÍA: *Situación presente de la Filosofía del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, págs. 62-63, indicó que los conceptos básicos de Kelsen sobre la psicología y la sociología no correspondían al estado científico de los mismos de su época.

(262) F. JAVIER CONDE: *Introducción al Derecho político actual*, Ediciones Escorial, 1942, pág. 104, señaló que el «postulado de la objetividad científica cumple en Kelsen una función distinta que en Laband. Este defendía el Estado prusiano frente a la invasión de la burguesía amenazadora. En Kelsen, el mismo punto de partida sirve a los postulados del liberalismo. Se trata de asegurarse frente a un poder político hostil, en el cual no se tiene parte y que puede resultar peligroso si no se le despersonaliza previamente, cambiando el centro de gravedad de los hombres a las normas: El mando del hombre concreto siempre tiene el riesgo de ser arbitrario. El riesgo desaparece cuando, en lugar de hombres, son 'normas' las que mandan 'fuerzas espirituales'; por definición, el polo opuesto de la arbitrariedad. El poder de los hombres es sustituido por el poder del orden jurídico y, a fin de cerrar una última salida al arbitrio y poner el cimiento que falta a la seguridad burguesa, el orden jurídico es orden coactivo que reduce a cualquier desorden al orden normativamente establecido. En último término, lo que importa es asegurar una esfera de libertad individual sustraída al orden del Estado. A eso sirve precisamente la despersonalización».

se entiende en el sentido amplio de legalidad del ser conceptual o como objeto del conocimiento, entonces tanto el Derecho y el Estado como objeto del conocimiento son también un *Sein*. Así, puede hablarse de un ser del deber ser. Claro está que se trata de un *Sein* distinto del de la naturaleza.

Cabe, pues, afirmar una «realidad» del Estado o del Derecho siempre que no se mezcle con la realidad específica de la naturaleza.

Como es sabido, la antinomia ser  $\neq$  deber ser es un tema recurrente en la obra kelseniana; es una antítesis de puntos de vista, contraposición de métodos y, por tanto, de objetos de conocimiento (264), aunque parece vacilar acerca de si esa antítesis es absoluta, irreductible o relativa. Así, por ejemplo, se refiere a la inevitable antinomia, *al parecer*, entrambos conceptos (265), y escribe que «la antítesis de ser y deber ser no es absoluta, sino relativa» (266), aunque en páginas anteriores nos habla del «... dualismo lógicamente irreductible de ser y deber ser» (267) y que el «... conocimiento científico no puede ir más allá del dualismo de naturaleza y espíritu, de realidad y valor, de ser y deber ser» (268).

En su *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* dedica unas páginas a examinar el Estado como sistema de normas (*Concepto jurídico del Estado*, cap. 3: «Estado y Derecho, ser y deber ser»), en las que expone de modo más coherente el tema (269).

La contraposición *Sollen*  $\neq$  *Sein* es un elemento fundamental (270) del método de las ciencias del espíritu en general y del conocimiento científico jurídico en general. En esa antítesis se incluye la existente entre Espíritu  $\neq$  naturaleza.

La terminología del *Sollen* garantiza la pureza y muestra al Estado o al Derecho como un objeto científico distinto de la naturaleza. Esta separación

(263) KUBES: *loc. cit.*, pág. 190.

(264) KELSEN: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., pág. 76. En 1927, «La idea del Derecho natural», en *La idea del Derecho natural y otros ensayos* (trad. de F. Ayala), Losada, Buenos Aires, 1945, pág. 26, anticipa este juicio. En su *Teoría general delle norme*, cit., aclara que el «ser» del *Sollen*, la existencia de una norma, es distinto del ser de la existencia de un hecho concreto; se trata de un ser ideal y no real, de un sistema ideal y no real. Coincide con COHEN (*Ethik des reinen Willens*, Berlín, 1904, pág. 13).

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

(266) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 24.

(267) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 259.

(268) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 44.

(269) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 50.

(270) KELSEN corrobora esto en su *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit.: «La distinción entre el 'deber ser' y el 'ser' es fundamental para la descripción del Derecho.»

capital del *Sollen* del *Sein*, especialmente del sistema de normas jurídicas de la realidad, determinada causalmente, es indispensable para posibilitar una ciencia del Derecho o del Estado (271).

Esta dicotomía fue criticada por diversos autores; así, por ejemplo, la rechazó H. Heller (272), puesto que sostuvo la interconexión necesaria entre el ser y el deber ser, entre la normalidad y la normatividad, «conexión que entraña importancia suma para el problema del Derecho» (273). «El ser y el deber ser son sin duda elementos antagónicos que no pueden ser referidos ni el uno al otro ni ambos a una común razón lógica, pero que sí pueden ser enlazados en el concepto de la ordenación normativa social». La «tensión, pues, entre ser y deber ser... no debe resolverse nunca unilateralmente, ni en favor de lo normativo ni del lado de la realidad social» (274).

Hemos señalado antes que se ha objetado a la contraposición entre el ser y el deber ser el hecho de que Kelsen no es coherente con tan drástica antítesis.

Así, Erich Kaufmann (275), Siegfried Marck (276) y más recientemente Larenz (277) insistirán en que es la objeción más importante que tiene que soportar la Teoría pura del Derecho, ya que Kelsen «no es capaz de mantener constantemente la «completa disparidad entre ser y deber ser». Si el representante máximo de la Escuela de Viena hubiese pensado dialécticamente, si las distinciones que hace sólo fueran pensadas como provisionales para conseguir, al final, una unidad concreta en el desarrollo del pensamiento, hubiera sido diferente. Pero esto no ocurre en la disyunción kelseniana. «Para él se trata exclusivamente de trazar líneas divisorias que deben ser mantenidas, y el no tenerlas en cuenta le merece siempre el reproche de 'sincretismo metódico'.» El intento kelseniano —escribió Otaka (278)— de identificar el espíritu con el *Sollen* normativo es insostenible porque el mundo del espíritu incluye también la facticidad espiritual.

El mantenimiento tenaz de esa disyunción absoluta, pese a las vacilaciones significativas anteriormente apuntadas, afecta peligrosamente al punto de

(271) KELSEN: *Der soziologische...*, cit., págs. 77 y 81.

(272) H. HELLER: *Teoría del Estado* (trad. de Luis Tobío), Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1947, *passim*.

(273) HELLER: *ob. cit.*, pág. 208.

(274) HELLER: *ob. cit.*, pág. 209.

(275) E. KAUFMANN: *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, cit., pág. 31.

(276) S. MARCK: *Substanz- und Funktionsbegriff*, cit., págs. 28 y sigs.

(277) K. LARENZ: *Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. de Marcelino Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1980, pág. 95.

(278) T. OTAKA: *Grundlegung des Lehre von Sozialen Verband*, Verlag Julius Springer, Viena, 1932, pág. 46.

partida del maestro, por dos razones también señaladas: *a)* porque arranca de una descripción de las ciencias naturales cuyas legalidades —tal como las ve el maestro— ni siquiera en su tiempo eran correctas, y *b)* porque la gnoseología y epistemología criticistas que sostiene tampoco son válidas, ya que, como indicó Otaka, el mundo del espíritu contiene también su correspondiente facticidad (279).

Si se admite todo lo anterior, entonces no sólo se detectan las incoherencias y contradicciones, en una obra tan extensa, larga en el tiempo y rica en contenidos, como suele ocurrir en otros pensadores, sino, además, otra cosa más grave: que el edificio normativo kelseniano no es inmune a «contaminaciones» extra-normativas. Se resiente en su postulado gnoseológico-epistemológico, como veremos sucede asimismo en su hipótesis de la *Grundnorm*.

Por último, el punto de partida de Kelsen corresponde a la imagen científica de finales del siglo XIX y a la presentación que de ella forjaron los criticistas neokantianos, pero esa imagen y representación corresponde también a la ideología y cultura del positivismo decimonónico, pasando por el formalismo lógico-trascendental.

Ciertamente, el positivismo kelseniano no es naturalista ni sociológico, puesto que se esforzó, hasta el final, en alejarlo de tales enfoques, aunque ello no signifique que el jefe de la escuela vienesa negase la importancia de la sociología, pues a esta materia contribuyó con varios estudios. Ahora bien, su concepción, basada en las ciencias del espíritu, se basó en el relativismo, que, como vimos, es propia de épocas de disolución de los valores. Manifiesta un temor al subjetivismo axiológico y a la contaminación ideológica. Empero, la postura kelseniana es también ideológica en la medida que está afectada por el ambiente cultural y político de la transición del siglo XIX, período inmediatamente anterior a la Primera Guerra Mundial, derrumbe de los imperios centrales, aparición del bolchevismo y del fascismo en los momentos de entreguerras. A pesar de sus esfuerzos, de sus polémicas contra la ciencia del Derecho tradicional y contra sus críticos contemporáneos, a pesar de edi-

---

(279) N. BOBBIO: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milán, 1947, págs. 40-41, dice que ha perjudicado mucho a Kelsen sus «coqueteos», desde el principio, con el neokantismo, que le llevó a considerar el *Sollen* antes que como un verbo modal propio de las proposiciones normativas, como una categoría trascendental de nuestro conocimiento, y ha terminado por hacerle caer en dificultades, de las que fue prisionero hasta en sus últimas obras. Ahora bien, esta afirmación no es válida a partir de su obra póstuma, pues en la fecha en que publicó BOBBIO la *ob. cit.* (1947) no pudo conocer el último libro del maestro. Como observa LOSANO en su estudio preliminar a la traducción italiana de la *Teoria generale delle norme*, cit.: «La dottrina pura del diritto dal logicismo al irrazionalismo», págs. XLIX-L, Kelsen habla (acerca del dualismo ser ≠ deber ser) de un «substrato *modalmente* indiferente».

ficar una doctrina admirable por su trazado formalmente omnicompreensivo, Kelsen, como todo autor y toda teoría, no escapan a los influjos y condicionamientos histórico-ideológicos y culturales de su tiempo; admitir lo contrario sería hipócrita y/o ilusorio. Nuestro autor estaba honestamente convencido de la neutralidad y pureza de sus construcciones doctrinales; por tanto, hay que excluir cualquier acusación de hipocresía. Sucede que su pureza metódica, como vimos, incurre en la *ingenuidad*, en el sentido que antes aclaramos. Ingenuidad, si la comparamos con el mundo convulso y agitado que le tocó vivir. El punto de vista *puro*, ingenuo, ofrece dos flancos débiles para la crítica, a saber: *a)* la que manipulan los adversarios de extrema derecha e izquierda, que la atacan como visión enmascarada de intereses políticos concretos, posición recusable, y *b)* la de los críticos ponderados, que consideran justamente que se trata de una teoría ilusoria e ingenua porque no armoniza con la realidad y porque en ella penetran, sin que su autor se percate, contenidos correspondientes a dicha realidad.

8. *La «Grundnorm»: desde su concepción como hipótesis lógico-jurídica a su consideración como ficción*

Todo autor clásico —maduro y sugeridor—, en el campo de la Teoría del Derecho y del Estado, cimenta su doctrina en un punto que considera capital porque sirve de base a aquélla. Por ejemplo, Hauriou en la institución, Duguit en la regla de derecho, Schmitt en la decisión (hasta que abandona el decisionismo y abraza el pensamiento de los órdenes concretos), Smend en la *Integrationslehre*, Heller en la interconexión normalidad-normatividad y en la Constitución como estructura, etc., y Kelsen arranca de la *Grundnorm*, pivote sobre el que descansa toda su teoría sobre el ordenamiento jurídico.

Hay que distinguir entre el postulado de partida: disyunción *Sein*  $\neq$  *Sollen*, que acabamos de examinar, y la *Grundnorm*. Mientras la antítesis mencionada le sirve como fundamentación gnoseológico-epistemológica encaminada a centrar el estatuto científico-jurídico de su especulación, deslindada tanto del conocimiento científico-natural como de la metafísica incognoscible y comprobable, la norma fundamental es el elemento heurístico que origina, ordena y describe el Derecho positivo en cuanto ordenamiento jurídico identificado con el Estado. La contraposición ser  $\neq$  deber ser corresponde a la tarea previa que precisa el objeto y característica del mundo del Derecho; la *Grundnorm* es la hipótesis generadora, descriptiva, ordenadora y fundamentadora del material jurídico-positivo depurado de incrustaciones y/o contaminaciones causales, naturalistas y metafísicas.



Varios autores han señalado precedentes de la *Grundnorm* kelseniana. El mismo Kelsen, con la honestidad científica que siempre le caracterizó, nos dice que él no la inventó (280), y recuerda a Walter Jellinek (281). Sin embargo, el concepto de norma fundamental de Kelsen desborda, por su carácter y función, los antecedentes citados.

Una vez independizado el *Sollen* tanto del mundo natural como del mundo confuso y engañoso de la metafísica, la *Grundnorm* (también *Ursprungsnorm* o *Ursprungshypothese*) se planteará como base de todo el orden jurídico reducido a unidad sistemática y dinámica. Ocurre algo semejante en la física, cuyos principios generales son determinados hipotéticamente y constituyen la unidad del sistema físico (282). Es curioso observar que el esmero de Kelsen por distinguir el Derecho del mundo natural, en este caso la física, no le impidió utilizar analogías con la misma. Lo que importa es insistir en que la *Grundnorm* kelseniana es el *punctum dolens* de su sistema jurídico, de modo que su rechazo supone el desplome de su construcción. En efecto, si la misión capital de la *Grundnorm* es posibilitar la determinación conceptual del *Sollen* jurídico unitario y efectivo, toda crítica certera que afecte a aquélla repercute sobre el discurso posterior que de ella brotó.

Kelsen (283) abordó, en 1914, el tema de la norma básica con motivo de la concurrencia de normas. Como dijo Félix Kaufmann (284), la *Grundnorm* aparece como el punto arquimédico a partir del cual se pone en movimiento el mundo del conocimiento jurídico (285). En 1927 (286) precisará las características y función de la norma básica, si bien dos años antes, en su *Allgemeine Staatslehre*, lo había anticipado. En efecto, en el párrafo 36, dedicado

(280) KELSEN: *Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie?*, cit. por G. MORELLI: *Il diritto naturale nelle Costituzioni moderne*, Milán, 1974, pág. 135, nota 13.

(281) W. JELLINEK: *Gesetz, Gesetzesanwendung*, Tubinga, 1913, pág. 27, y *Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., Berlín, 1931, pág. 119. COSTANTINO MORTATI, de quien tomo las citas anteriores, añade: Merkl, Perassi, Sander, Walz, Zitelmann, Inurea (*La Costituzione i senso materiale*, Giuffrè, Milán, 1940, pág. 32, nota 15).

(282) Cfr. FÉLIX KAUFMANN: «Juristische und soziologischer Rechtsbegriff», en *Gesellschaft, Staat und Recht*, cit., págs. 19 y sigs.

(283) KELSEN: «Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung», en *Archiv öffentliche Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 216 y sigs.

(284) F. KAUFMANN: *Logik und Rechtswissenschaft*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1922; reimpresión por Scientia Verlag, Aalen, 1966, págs. 54 y 59.

(285) KELSEN, en el Prólogo a la segunda edición de sus *Hauptprobleme* (trad. de W. Roces), se referirá al desarrollo y aplicación del concepto de la *Grundnorm* por discípulos y amigos suyos: Verdross y Leonidas Pitamic (pág. XLVIII).

(286) KELSEN: *Das Problem des Souveränität*, cit., 2.ª ed., 1928, págs. 95, 96 y siguientes.

a la Constitución en sentido lógico-jurídico y jurídico-positivo (287), escribe que la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico desemboca en una norma *fundamental* en la que se basa la unidad del orden jurídico en su autoconocimiento. Kelsen identifica la norma fundamental con la Constitución en sentido lógico-jurídico (288).

La norma fundamental, admisible y necesaria, para la ciencia del Derecho no tiene contenido absoluto o relativo; se orienta hacia el material cuya interpretación como unidad jurídica constituye su función exclusiva (289).

En 1934, en su *Teoría pura del Derecho* (290), nuestro autor describe muy bien en qué consiste la norma básica en cuanto fundamento de la validez de las normas cuya búsqueda no puede perseguir hasta el infinito. Concluye en una última suprema. Como norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede imponerse con una autoridad cuya competencia tendría que apoyarse en otras normas aún superiores. «Su validez no deriva ya de una superior; se puede volver a cuestionar el fundamento de su validez.» A esta norma la denominará Kelsen la norma fundamental básica (*Grundnorm*).

«Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica contribuyen a un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que ese último fundamento de validez constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas en tanto representa el fundamento de validez de todas las normas que pertenecen a ese orden.»

De este texto *canónico* se infieren las *funciones* que cumple la norma fundamental:

- 1) Posibilita el conocimiento científico, ordenando, sistematizando y jerarquizando la multiplicidad de las normas jurídicas; las unifica en cuanto punto común de referencia.
- 2) Es *f fuente de validez* de todas las normas jurídicas.
- 3) Mediante ella cabe dirimir los conflictos entre normas dentro del Derecho positivo.

---

(287) KELSEN: *Teoría general del Estado*, cit., págs. 325 y sigs.

(288) Remitimos para estas cuestiones a los capítulos dedicados a la Teoría de la Constitución del Kelsen y a la estructura escalonada del ordenamiento jurídico.

(289) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 328.

(290) KELSEN: *Teoría pura del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., 1960, ed. por Vernengo, pág. 202.

- 4) Constituye, en cuanto se identifica con la Constitución lógico-jurídica, la base del ordenamiento constitucional.
- 5) Es el vínculo de todas las diversas normas que integran el ordenamiento jurídico.

Gracias a la norma fundamental se puede comprobar si una norma pertenece al ordenamiento jurídico (estatal), si deriva su validez de la *Grundnorm* que integra o constituye ese orden (291). Nuestro autor subraya el carácter dinámico del sistema normativo: «La norma fundamental de un orden jurídico positivo no es otra cosa que la regla básica, de acuerdo con la cual las diversas normas del propio orden tienen que ser creadas. La ley fundamental califica un determinado acontecimiento como el hecho inicial en la creación de las demás normas. Representa el punto de partida de un proceso normativo creador y, por consiguiente, tiene un carácter enteramente dinámico» (292).

La *Grundnorm* es una *hipótesis*, es *presupuesta*. Se ha señalado la constante vacilación y oscilación de Kelsen respecto a la naturaleza de la norma fundamental (293). Parece que Kelsen nunca estuvo seguro y se encontró incómodo en ese punto: norma fundamental, originaria —presupuesto lógico, trascendental—, norma ficticia. Esta es la última caracterización de la *Grundnorm* que hace: «La norma fundamental de un ordenamiento moral o jurídico positivo es... una norma no positiva, sino simplemente pensada, es decir, una *norma ficticia*, que es el sentir de un acto de voluntad no real, pero también ficticio» (294). Ahora bien, Kelsen (295) atacó, desde el principio de su obra científica, a la doctrina tradicional por el uso desmedido de las ficciones, aunque luego se inspirará en la filosofía del como si (*Als ob*) de Vaihinger. Leamos este significativo texto de los *Hauptprobleme* (296): «Y bien podemos afirmar que *toda ficción* señala como una advertencia el lugar en el que una construcción se desvía del *camino derecho*. En efecto, quien se atenga a la definición del derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido será obligado a presumir *en contra* de los hechos la existencia de este interés, es decir, a fingir el tal interés en todos aquellos casos en que no

---

(291) KELSEN: *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., pág. 114.

(292) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 117.

(293) Cfr. C. J. ERRÁZURIZ MACKENA: *La Teoría pura del Derecho...*, cit., págs. 239 y sigs.

(294) KELSEN: *Teorie generale delle norme*, cit., pág. 434. Recordemos la *dramática «confesión»* de Kelsen sobre el carácter ficticio de la *Grundnorm*.

(295) KELSEN: *Problemas capitales...* (trad. de W. Rocés), cit., págs. 501 y sigs. y 513-514.

(296) KELSEN: *ob. cit.*, pág. 505.

existe, en realidad, interés alguno, creyéndose, no obstante, por las razones que sea, en la necesidad de admitir la existencia de un derecho subjetivo» (297).

Encontramos así el *punctum dolens* nada menos que en la misma clave de bóveda de su visión arquitectónica, geométrica, del ordenamiento jurídico como estructura escalonada. Si, como dice, «... toda ficción señala —*como una advertencia*— el lugar en el que una construcción se desvía del *camino derecho*», ¿acaso no le sucede a Kelsen lo mismo respecto a su *Grundnorm*, que termina por ser una norma ficción? ¿Afectaría ello a la *construcción*, desviándola de su *camino derecho*?

La hipótesis, presuposición, ficción propia de la norma fundamental, me produce la impresión que es un recurso, una especie de *deux machina*, como la regla de Derecho de Duguit, encaminada a preservar su construcción dogmática de dos «contaminaciones»: por un lado opera como pararrayos que neutralice las imposiciones teológicas iusnaturalistas, metafísicas, que vienen de arriba, por otro actúa como depuradora de las infiltraciones subterráneas naturalistas y sociopolíticas. De este modo se asegura la objetividad, neutralidad y científicidad de la Teoría pura del Derecho: el Derecho positivo ha de examinarse, construirse, interpretarse y aplicarse con argumentaciones jurídico-positivas (¡evidente pleonasmol!), rechazando todo elemento perturbador metajurídico; además, ha de expulsar de su contenido cualquier material extranormativo. Por arriba, la *Grundnorm*, sea presupuesto pensado, hipótesis lógico-trascendental, aun no siendo norma positiva, posee la cualidad suficiente lógico-jurídica para fundamentar el ordenamiento jurídico en virtud de la economía del pensamiento (Mach), que exige descartar supuestos improcedentes. Por abajo, la positividad jurídica se libra de los condicionamientos sociopolíticos. No obstante, aquí también la crítica se ha recreado en acumular objeciones, de modo que desde ambos frentes, el axiológico-iusnaturalista y el sociológico, la *Grundnorm* aparece asediada. Sin embargo, el giro kelseniano del logicismo al irracionalismo (Losano) conmueve la consistencia interna del sistema, y habría que comprobar puntualmente las motivaciones culturales e ideológicas que lo provocaron. Si la Teoría pura del Derecho es la réplica, como escapada o huida de la situación político-social centroeuropea, cabía interrogarse si este giro —no me atrevo a calificar de copernicano— no supone, tal vez, el contrapunto a la confrontación universal (democracia occidental-países socialistas, efervescencia del Tercer Mundo). Pasar del logicismo purista al voluntarismo irracionalista es demasiado significativo para sostener que nuestro autor siempre se mantuvo en las coordenadas y secuen-

---

(297) Los subrayados son de Kelsen.

cias lógico-trascendentales, indiferentes a los acontecimientos no tanto doctrinales, de tendencias opuestas, como mundiales. Si, como dijimos, cada Teoría del Estado y del Derecho depende del tipo de hombre que la mantiene y de su circunstancia (Jellinek, quietismo guillermino; Smend y Schmitt, disolución weimariana, aunque con respuestas diferentes; Heller, en la misma circunstancia y como utopía en su tiempo, del *sozialer Rechtsstaat*), es natural pensar que a Kelsen le impresionen los últimos acontecimientos ocurridos en su vida. Si esto es así, la grandiosa construcción kelseniana, tersa, imponente, sugeridora y todos los adjetivos favorables que se le quieran atribuir, aparece desde el principio hasta el fin como una edificación ilusoriamente pura. A no ser que se argumentase en el sentido de una especie de *averroísmo* jurídico-social: lo que es verdadero en el campo lógico-jurídico no lo es en el ámbito social, y aunque esta apreciación parezca, por su relativismo, que cuadra con el kelsenismo, no corresponde, al menos ahora, en que predominan corrientes pragmatistas, con la necesidad de una elaboración adecuada a la vida. Por tanto, la dicotomía ser  $\neq$  deber ser y la *Grundnorm*, aunque ésta pueda interpretarse útilmente en sentido diverso al mantenido por el maestro, no son válidas en nuestros tiempos (298 y 299).

Se ha acusado a Kelsen diciendo que su *Grundnorm* es un *Ersatz* del Derecho natural, como ocurre con la regla del Derecho de Duguit. En este sentido, el Derecho natural, expulsado de su doctrina por su autor, se filtra, pese a todo, a través de la norma fundamental. Hernández Marín (300) recuerda cómo el mismo maestro equiparó en algunas ocasiones la norma fundamental a una norma iusnaturalista. «En este caso, si se permite la vaguedad del pensamiento, estaría próximo al iusnaturalismo (y a una nueva contradicción con 'el principio de positividad de todo derecho'), dado el carácter fundacional de la norma fundamental en relación a las normas positivas». No voy a insistir en esta cuestión. Sólo me interesa subrayar que, pese a los denodados

---

(298) El autor británico J. J. W. HARRIS: *Legal Philosophies*, Butterworths, Londres, 1980, págs. 61 y sigs., se plantea si la Teoría pura del Derecho es *practicable* y *deseable*, y llega a una conclusión negativa.

(299) A. Merkl, discípulo de Kelsen y «cofundador» de la teoría escalonada del ordenamiento jurídico, según M. PATRONO en su presentación de la obra de MERKL *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, cit., dice, en las páginas xxxiv-xxxv, que la *Grundnorm* kelseniana cumple en el sistema merkeliano un papel accesorio y casi de oropel. Puede decirse que cuando habla de ella lo hace marginalmente y más por afecto de discípulo que como convicción de estudioso.

(300) R. HERNÁNDEZ MARÍN: *Historia de la Filosofía del Derecho contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 153-154. JOHN D. FINCH: *Introduction to Legal Theorie*, 3.<sup>a</sup> ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1979, págs. 108 y sigs., considera erróneo calificar a la *Grundnorm* de iusnaturalista.

esfuerzos de Kelsen por rechazar el iusnaturalismo, el *deber ser* deontológico tropieza con el recurrente *fantasma* del Derecho natural, que siempre inquietó a los iusfilósofos desde la lucha encarnizada que Bergbhom emprendió contra aquél. Lleva razón Cotta (301) cuando escribe que la *Grundnorm* puede considerarse como el límite *a quo* que una ciencia de los ordenamientos jurídicos *positivos* reconoce y que no puede rebasar.

No obstante, no puede constituir el límite de una investigación encaminada a comprender el Derecho en general y el fundamento de la obligatoriedad de las normas.

Hay que insistir en el carácter *ficticio* de la norma fundamental que Kelsen le atribuye en su obra póstuma. Losano (302) afirma que, tratando la norma fundamental como una norma cualquiera, aunque *ficticia*, Kelsen debe admitir que, a tenor de su doctrina, sólo puede encarnarla una autoridad habilitada para ello. Este presupuesto, admisible, aunque con alguna dificultad sistemática, en un ordenamiento jurídico, no puede apenas proponerse en un ordenamiento moral de origen divino. El mismo Kelsen —continúa Losano— se encuentra ante «una norma fundamental presupuesta que *autoriza a Dios* para estatuir normas». Ahora bien, si las palabras «autorizar» y «Dios» tienen el sentido que convenientemente se le atribuye en la cultura occidental, cabe preguntarse quién «puede autorizar a Dios». ¿Acaso Kelsen? No es menester añadir más críticas al concepto kelseniano de la norma fundamental (303).

Antes de examinar la teoría kelseniana de la Constitución, que haremos en otra ocasión, y como enlace con ella, conviene indicar que nuestro autor, apoyándose en su norma fundamental, explicó el paso de un ordenamiento jurídico a otro mediante el cambio de aquélla. Ahora bien, si, *mutatis mutandis*, puede admitirse esto, sin embargo —como advierte Gustavo Zagrebelsky (304)—, la doctrina de la *Grundnorm* es inservible porque se refiere al ordenamiento en conjunto, entendido en su «efectividad media». Nos dice que un ordenamiento medianamente efectivo es válido. Olvida las formas de

(301) S. COTTA: *Giustificazione e obligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milán, 1981, pág. 142, nota 3.

(302) MARIO G. LOSANO: *La dottrina pura del diritto dal logicismo al irrazionalismo*, cit., págs. LVIII y sigs.

(303) Remito a la crítica que hace, desde posiciones marxistas, el profesor húngaro Vilmos Reschka: *Die Theorie der Rechtsnormen*, Akadémiai Kiado, Budapest, 1982, págs. 224 y sigs. En las págs. 227 y sigs. expone la posición del malogrado filósofo del Derecho René Marcic sobre el Derecho natural como norma fundamental de la Constitución.

(304) G. ZAGREBELSKY: *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Turín, 1987, pág. 35.

producción del Derecho de origen *extra ordinem*, sin considerar que precisamente éstas constituyen los aspectos más relevantes de la experiencia constitucional porque demuestran su vitalidad.

En definitiva, la hipótesis, o ficción, de la norma fundamental ignora, o no le interesa, o es incapaz de explicar, las *mutaciones constitucionales* en las que las normas son intensamente condicionadas por la realidad constitucional.