

## II. NOTAS CRÍTICAS

### La segunda edición de «Reine Rechtslehre»

En 1934 publica HANS KELSEN su *Reine Rechtslehre*. Habían pasado ya veinte años desde que comenzara a exponer la teoría pura del Derecho, con la que, nos dice, la doctrina jurídica habría de quedar libre de ideologías políticas y ser construída con la objetividad y exactitud propias de las ciencias naturales. Este año también puede calificarse, posiblemente, como el del cenit de la escuela vienesa y de las teorías de Kelsen (1).

Ahora, cuando ha pasado ya más de un cuarto de siglo, publica Kelsen la segunda edición de su "Doctrina pura del Derecho" (2). El ambiente que le recibe es muy distinto; ha cambiado el panorama político y ha desaparecido el predominio de la concepción positivista del Derecho. Esta edición se adjetiva de reformada y ampliada. Es todavía más. El maestro, con envidiable energía y contenida pasión, afirma y refuerza sus antiguas posiciones; discute, censura y rechaza las principales observaciones críticas que, durante el tiempo pasado, se han ido acumulando frente a la teoría pura del Derecho.

Valdría la pena que cualquier filósofo del Derecho estudiase despacio y con cuidado los muchos párrafos modificados o nuevos de esta obra. No porque haya cambiado su doctrina, que en nada se altera, sino para que pueda apreciarse el alcance de la puesta al día de las añadidas razones en el último perfil en esta monolítica teoría, sin matices ni fisuras. Especial atención merecen sus respuestas frente al positivismo lógico, la teoría egológica, el existencialismo, el realismo americano y la doctrina de Ross, su antiguo discípulo. También son de interés las precisiones y desarrollos que añade sobre los conceptos de norma y disposición jurídica, norma fundamental, imputabilidad y libertad, persona y Derecho Internacional Privado (3).

Extraordinaria importancia y considerable extensión tiene el Apéndice con el que concluye la obra reseñada. Se titula: "El problema de la justicia".

(1) En esta primera edición y como apéndice, publicó MÉTAL: *Bibliographie der Reinen Rechtslehre*, págs. 155-162, en la que hace la enumeración de los trabajos hasta entonces publicados sobre la doctrina del maestro.

(2) KELSEN (HANS): *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerichtsgleichheit*. Zweite Vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Verlag Franz Deuticke. Wien, 1960, 533 páginas.

(3) Sin que se pretenda señalar todas las novedades de interés, pueden destacarse, para orientación del lector, las contenidas en las páginas 5, 7, 8, 10, 11, 16-19, 21, 24, 30, 60 (positivismo lógico), 63, 66, 72 (egología, comunismo), 75, 77, 81, 83 (norma jurídica y disposición jurídica), 86 (primitivos), 91-93 (realismo americano), 99, 102 (imputabilidad y libertad), 107, 117, 124 y 251 (Ross), 135, 165 (derechos sin sujeto), 175 (persona), 201 y 206 (normas fundamentales), 222 (Derecho internacional privado), 224-226, 258 (existencialismo), 303, 319 y 327.

Se recogen unificados, en forma monográfica, una serie de recientes trabajos del autor (4). Dividiéndose en dos partes: 1.º "Las normas de la Justicia"; 2.º "La doctrina del Derecho natural" (5). En estos estudios se encuentra la censura más dura y circunstanciada que se ha hecho hasta ahora de las concepciones que basan el Derecho en la Justicia, en la Moral y en el Derecho natural. En ellos, la elegante frialdad que caracteriza el estilo de Kelsen, no puede ocultar su ardoroso sentir contra las ideas y los valores transcendentales (6).

Con lo dicho podrá darse por cumplida la finalidad de esta nota. Pretender comentar de nuevo la teoría de Kelsen, o añadir algo a la mole inmensa de la literatura kelseniana, sería como querer importar bulhos en Atenas (7). En cambio, quizá no sea del todo superfluo agregar algunas reflexiones sobre esta obra reseñada, aunque sean hechas en tono menor, como corresponde a quien no es especialista de Filosofía del Derecho y se dirige a profanos, cultivadores del Derecho civil.

Kelsen, nadie lo ignora, alcanzó hace ya muchos años celebridad insuperada y, con ella, la condición de clásico en la literatura jurídica. En efecto, ningún jurista, al lado de Savigny, se le aproxima hoy en nombradía. Mas con ello, ha corrido la suerte que parece perseguir a los clásicos. Es continuamente citada, pero apenas se lee, ni se estudia, su doctrina. Vulgarizada, mal reproducida, se le reduce a una serie de dichos tópicos. Incluso los hombres más cultos y alertas estiman normal ampararse en su autoridad o criticarle con dureza, sin haber visto siquiera por la cubierta uno de sus libros (8).

Este arrinconamiento de la obra kelseniana, al Olimpo de lo admirado y desconocido, no parece justo, ni tampoco conveniente para la ciencia jurídica. Más de un jurista de los que cabe llamar la vieja generación ha reconocido abiertamente su deuda hacia Kelsen, aunque estime rechazables sus creencias fundamentales. El conocimiento directo de sus libros puede todavía ser útil a los más jóvenes. Ha cerrado de modo definitivo el balance del positivismo jurídico. Su método implacable le lleva, en contra de su propósito, a este resultado. Ha dejado al descubierto las mistificaciones y la doble contabilidad con que los vie-

(4) En especial, *Was ist Gerechtigkeit*. Wien, 1953; *Die Idee der Gerechtigkeit nach den Lehren der christlichen Theologie*. Studia Philosophica, Jahr. der Schw. Phil. Ges XIII, 199.

(5) La primera comprende de la pág. 357 a la pág. 401, y la segunda, las páginas 402-444. El libro contiene, además, un índice de materias y nombres (p. 447-498) y un catálogo de las publicaciones de KELSEN, redactado por MÉTALX (p. 501-534), en el que se recoge el número ciertamente asombroso de 483, aunque en él se incluyan las traducciones.

(6) Sobre el pensamiento de KELSEN, en estas cuestiones, se consultará con provecho lo dicho por GURZWILLER: *Was ist Gerechtigkeit. Bemerkungen zu zwei neuesten Schriften von Professor Hans Kelsen*. Z. f. Schw. R., Neue Folge, 72, 6. p. 393-418.

(7) Con razón dice MÉTALX que hoy se ha hecho imposible prácticamente insertar una bibliografía de lo escrito sobre KELSEN, porque supondría llenar varios volúmenes, p. 501. El interés de los filósofos del Derecho por la teoría de KELSEN no parece decrecer; compárense los estudios publicados en *Festschrift für Alfred Verdross*, 1960, y en *Estudios Jurídicos-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra*, 1960.

(8) Comp. ORTEGA Y GASSET: *Una interpretación de la Historia Universal*, 1960, p. 215 ("el derecho no se funda últimamente en algo, a su vez, jurídico, como pretendía la extravagancia de Kelsen").

jos maestros, en instituciones y figuras jurídicas, habían conservado el mito positivista.

No debe olvidarse que Kelsen pone término a una época. Durante muchos años, las preocupaciones urgentes de la técnica jurídica habían ido haciendo olvidar la esencia del Derecho. La apetencia insaciable de poder del Estado moderno y la pereza burocrática, disponen un ambiente propicio a la degradación del Derecho en dictado del gobernante y del jurista a la condición de "letrado" (9). Los filósofos, por su parte, habían tomado como objeto inmediato de su estudio las ciencias experimentales, de modo que el método adecuado a ésta, se piensa tiene valor universal o de paradigma. El estudio filosófico del Derecho siguió también este camino. Nadie con tanto rigor como Kelsen. Para que sea científico el estudio del Derecho, busca darle seguridad matemática. Las normas jurídicas serán, entonces, consideradas fórmulas abstractas, en las que es del todo indiferente su contenido.

La "purificación" así operada excede de la que es propia a las ciencias experimentales (10). Con ella se ha cambiado el objeto del estudio. No corresponde éste ya a lo que se entiende léxicamente por Derecho, en la sociología, en la historia y en la vida misma de los hombres (11). Es otra cosa, una doctrina de "las reglas coaccionantes". Con lo que se desconoce y niega el hecho de que la norma jurídica, para ser tal, lleva consigo, necesariamente, una tensión especial derivada de su dependencia de la Justicia; la que, sea en forma recoleta o explosiva (12), le presta su verdadero significado. Despojada de ella, la norma jurídica queda degradada a regla de opresión. Este resultado tiene las características de la tragedia propia de más de un pensador. Kelsen, que pretende liberar al Derecho de la Política, lo reduce a descarada expresión del poder político; que aspira a construir una doctrina objetivamente científica, se separa de la realidad objetiva, hasta reducir su teoría a un mero juego dialéctico.

Enseña Kelsen que la interpretación de las normas jurídicas queda fuera del ámbito de lo jurídico. Se trata de elegir entonces entre los posibles significados de una disposición y ello es competencia de quien la haya de aplicar, que decidirá conforme a su personal criterio. Por ello ha podido creerse que la influencia de Kelsen, en los cultivadores del Derecho positivo, habría de ser mínima. Esto no es así. La boga kelseniana, de modo más o menos indirecto,

(9) Reflejado de modo inmejorable en lo que KANT dice de la de Derecho en su *Disputa de las Facultades*.

(10) Con el método kelseniano, parece que la fórmula  $H=O$  se convertiría en  $H^2O$ ; es decir, que al considerarse indiferente el contenido de los elementos, se habría de abstraer el hidrógeno y el oxígeno, y se consideraría como únicamente científica la diferencia de valor de los signos.

(11) Más correcta parece la propuesta de JEROME FRANK (*Courts on Trial*, 1949, página 66 sig.) de eliminar del lenguaje jurídico-positivista la palabra Derecho. Significativa es la observación de SILVING, de que ello sería "una concesión política", porque abandonado el campo del Derecho por los positivistas, sería inmediatamente ocupado por los yusnaturalistas, *The Twilight Zone of Positive and Natural Law*, California L. R. 43 (1955), p. 491. Palabras que revelan la "impureza" política que anida en la concepción positivista.

(12) El poco afecto, hasta el desprecio, de KELSEN por la Historia, puede explicar que caracterice la concepción yusnaturalista de fundamentalmente conservadora (p. 435). Supone desconocer su eficacia crítica y reformadora en todo momento y, en especial, lo decisivo que fuera en el movimiento de ideas determinantes de la Revolución francesa

ha determinado la que ha podido llamarse tendencia abstracta o formalista. Algunos autores prestigiosos e influyentes propugnan un neo-legalismo que identifica norma y disposición legal y entiende que los conceptos jurídicos (p. ej., persona, cosa, estado civil, nacionalidad) son términos artificiales o unidades de referencia. Habrían de utilizarse, se nos dice, como signos equívocos a lo referido en la disposición; es decir, a los derechos y obligaciones enumeradas (contenido) en el precepto y que éste atribuye expresamente a la situación de hecho ("Tatbestand"), por él mismo también definida. Lo que, a veces, se completa con la desconexión entre las reglas legales; señalando que un mismo término tendrá distinto significado en cada una de las disposiciones que lo utilice. Con lo que se llega a un extremoso nominalismo, en el que se afirma la imposibilidad de conceptos jurídicos, con propio o peculiar contenido (13).

Sin posibilidad de plantear en esta nota los difíciles problemas del concepto y del método del Derecho, que implica esta última dirección, bastará a su limitado propósito señalar que ella ha disminuído en importancia desde la segunda guerra mundial. La doctrina más moderna parece que vuelve a reconocer, de una manera decidida, la existencia de conceptos jurídicos, acuciados sobre realidades sociales y usados con ese valor por las leyes. No se les considera entonces meras creaciones del legislador, ni aptos sólo para una definición abstracta. Los datos legales se entienden como síntomas o indicios (sea como normales o como supuestos extremos) que permiten reconocer o delimitar la realidad social aludida. Las consecuencias jurídicas se entiende que son las que se atribuyen a la situación de hecho así descrita, por ser ellas las más apropiadas a la situación social que se considera. De lo que también resulta que el significado de los conceptos no se estima fijado de modo exclusivo por la ley. Los conceptos jurídicos no nacen ni subsisten en el vacío, en un medio aséptico o abstracto; perviven con un arrastre tradicional y son permeables al clima social de cada época y país. Cuando son vehículo de una idea operante, se habla del valor institucional del concepto; que así sirve para averiguar el significado de las disposiciones que le contienen y para llenar sus lagunas y hasta, en ocasiones, para decidir una cuestión dejando de lado la letra de lo dispuesto. Es lo que ocurre cuando se acude, por ejemplo, a esas figuras auxiliares que se llaman orden público, naturaleza de las cosas, principios generales del Derecho, equidad, realidad fáctica, abuso del derecho y fraude de la ley.

Esta digresión, incluso por su desmesurada longitud, puede servir, ya que no a otra cosa, de prueba del poder de sugestión que encierra este libro de Kelsen. Sin querer, casi a regañadientes, ha hecho que se cambie el carácter de esta nota y que, en ella, se vuelvan a plantear cuestiones básicas sobre metodología jurídica. La lectura de la *Doctrina pura del Derecho*, la meditación sobre lo que nos dice sobre cada una de las principales figuras jurídicas, puede ser provechosa. No está demás que los civilistas, de cuando en cuando, nos detengamos a reflexionar sobre los fundamentos de la ciencia jurídica. Ello puede, también, contribuir a que se pueda llenar mejor nuestro cometido específico de intérpretes de las normas jurídicas.

F. DE C.

(13) De modo más o menos acusado se advierte este modo de pensar en autores, que por otra parte siguen muy diferentes orientaciones. Podrían señalarse, por ejemplo: Ascarelli, Maiorca, Makarov, Koessler, Yardley y Wengler.