

K E L S E N H O Y (*)

En 1971, ha cumplido Hans Kelsen noventa años. Esta conferencia asume por eso el carácter de homenaje a una de las figuras máximas de la ciencia jurídica, homenaje que no precisa ni quiere ser apología: porque para quien ha hecho de la vida de la inteligencia y del culto a la libertad de la ciencia la forma y la razón de ser de su existencia como hombre y como intelectual, el reconocimiento de sus valores no debe y no puede ser el panegírico propio de los seguidores acríticos de una doctrina a cuya lectura personal renuncian porque no saben marchar por un camino propio; y la crítica no puede ser considerada impertinente a condición tan sólo de que se haga desde un ánimo dispuesto a entender lo que en verdad ha sido dicho por el autor criticado y a aprender lo que éste puede realmente enseñar.

Por mi parte, no soy un seguidor—no al menos un seguidor de estricta observancia—de la teoría pura del Derecho. Ignoro si lo que he escrito tiene entidad suficiente para que pueda decirse que he andado mi propio camino intelectual. Desde luego, creo que no se me definiría exacta y adecuadamente si se dijese de mí que soy un «kelseniano». Pero supongo que cualquier observador puede acreditar que, en buena parte, mi producción filosófico-jurídica está condicionada por los planteamientos de la teoría pura del Derecho. Al fin y al cabo, fui alumno directo de Kelsen en la Viena de 1930, y por cierto en el último curso que explicó en su Universidad, antes de que fuese contratado por la de Colonia; asistí a sus clases de Teoría del Estado, frecuenté sus Seminarios y fui oyente de cursos monográficos de Alfred Verdoss, Fritz Schreier y Félix Kaufmann; mi tesis doctoral la preparé allí y es un estudio sobre la doctrina de Kelsen; y traduje al español la primera edición reducida de la *Reine Rechtslehre* y la gran *Allgemeine Staatslehre* aparte de otros trabajos menores. Se que con esta labor he contribuido de modo decisivo al conocimiento y difusión de la doctrina kelseniana en todo el ámbito americano y europeo de habla española y portuguesa y he sido, por consi-

(*) Conferencia leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra el día 10 de abril de 1972.

guiente, la *bona occasio* para que incluso se hayan constituido escuelas, como la egología, que, partiendo de Kelsen, y sobre la base de su doctrina, han terminado en oposición polémica con el maestro.

He mantenido siempre, por otra parte, una cierta vinculación personal con Kelsen. En mi recuerdo perdura siempre la cordial y familiar acogida de que me hizo objeto cuando me presenté a él con una carta del Profesor Luis Recasens Siches—otro gran difusor por aquellos años de las ideas de la teoría pura del Derecho—. Y cuando, al cumplir yo veinticinco años como Catedrático universitario, un grupo de colegas decidió ofrecermé dos nutridos volúmenes de *Estudios jurídico-sociales* en mi honor, el nombre de Hans Kelsen fue uno de los que honraron la espléndida *Festgabe*, con un característico trabajo sobre *Recht und Moral*. No puedo, pues, en modo alguno, sentirme desconectado de la teoría pura del Derecho y el nombre de Kelsen es de los que con más frecuencia aparecen citados en mis páginas escritas, así como su obra ha sido reiteradamente objeto de mi dedicación intelectual, y no sólo en la tesis doctoral de 1933. Por eso, cuando en 1941, al cumplir sesenta años el Maestro, su discípulo Rudolf A. MétaI organizó una especie de ideal *Festschrift*—eran los años de la Guerra Mundial II—, no reunida en volumen, a base de trabajos publicados en diversas revistas científicas de todo el mundo, en las páginas del «Boletín de la Universidad de Santiago» publiqué unas *Notas sobre el valor actual de la teoría pura del Derecho*, en las que subrayo, sin comprometerme en una defensa integral de la misma, que hay un valor de verdad en la misma que trasciende a la situación circunstancial en que nació y por eso conserva una cierta validez, pues sin perjuicio de los desconocimientos o de los improprios que le dirigían los juristas de esos años, no había sido superada por ninguno en sus puntos decisivos; que, por consiguiente, Kelsen era algo más profundo que una moda y constituía una superlativa frivolidad criticarlo en nombre de lo que, en otro momento, estaba de moda. Y veinte años después, al cumplirse en 1961 el octogésimo aniversario de Kelsen, mi firma figura entre las de los colaboradores del volumen *Law and International order* ofrecido por la Universidad de Tennessee, con un estudio sobre el influjo de Kelsen en la doctrina jurídica española. Está, pues, justificado, que otros diez años después quiera sumarme de nuevo al homenaje universal que se rinde al Maestro y trate de presentar lo que para mí es *Kelsen hoy*. En algún momento, intenté—recordando el título de un conocido libro de Benedetto Croce sobre Hegel—titular esta conferencia «Lo que está muerto y lo que está vivo en el pensamiento de Kelsen», pero he renunciado a ello. Era un título con pretensiones demasiado dogmáticas. Por

otra parte, la distancia entre Kelsen—felizmente todavía vivo—y nosotros no es tanta como para hablar, con una necesaria apodicticidad, de lo que ya está definitivamente muerto y de lo que cabe declarar superviviente de su pensamiento, pues en el abigarrado panorama intelectual de nuestro tiempo no es fácil señalar y destacar tendencias que en un sentido u otro puedan considerarse como definitivamente orientadas hacia su extinción o hacia su inmortalización.

Sobre los hombres de mi generación la doctrina de Kelsen ejerció un atractivo irresistible en virtud de dos características constitutivas de la misma, a saber, el principio de la pureza metódica y la espléndida y coherente arquitectura de su construcción doctrinal. Había buenos motivos para que fuesen precisamente esas las razones de su atractivo. El ambiente intelectual de la época, el tipo de educación científica en que habíamos sido formados encontraba cumplidas sus exigencias precisamente en la doctrina de Kelsen. Era una época en la que las cuestiones referentes al método científico tenían—al menos por referencia al Derecho—tanta o tal vez mayor importancia que las concernientes al contenido de la ciencia. Sin duda había aquí resonancias de aquella actitud crítica y cautelosa iniciada por Descartes y llevada a sus últimas consecuencias por Kant, para el que su preocupación intelectual máxima parecía ser, en opinión de Ortega y Gasset, no tanto el *querer saber* como el *querer no errar*. Denunciar, pues, una impureza metódica era denunciar un camino errado que era preciso evitar.

La pureza metódica proclamada por Kelsen quería significar, por una parte, rigor científico y asepsia política. Es decir, la teoría pura del Derecho no quería ser expresión de una ideología política ni convertirse en instrumento de cualquiera que fuese, aun la más afín con la postura personal del autor. Quería ser axiológicamente neutra (*wertfreie Theorie*) y sólo aceptaba compromiso con el valor de la verdad. Por otra parte, la pureza metódica significaba la exigencia de atenerse a la naturaleza del objeto y puesto que éste tiene carácter normativo, el método había de ser rigurosamente normativo y quedaba rechazada inicialmente toda mezcla de métodos, que sólo puede introducir confusión y falta de rigor. Por último, la pureza metódica requiere que se tenga una idea absolutamente clara de a qué sistema de normas se hace referencia bajo la enunciación normativa pues es obvio que existen distintas clases de normas (por ejemplo, morales y jurídicas) y es preciso no confundir el tratamiento que debe aplicarse a cada una de ellas (1).

(1) Vid. R. WALTER: *Der gegenwärtige, Stand der Treinen Rechtslehre*, en «Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie

Esta exigencia de pureza metódica aparecía ciertamente como cautivante, pero también como problemática. Quizá, ante todo, porque el suelo sobre el que se desarrollaba la doctrina comenzaba a ser problemático. No es ningún azar que por la misma época entre las dos guerras mundiales en que florecía la teoría pura del Derecho, iniciaba su vuelo la sociología del conocimiento, que es una disciplina que nos ha enseñado a conocer la condicionalidad social de nuestros saberes y la dimensión ideológica que parece inseparable de los mismos. Esto, es verdad, ya había sido afirmado mucho tiempo atrás, en términos demasiado radicales por Carlos Marx; pero en este exceso de radicalismo estaba la raíz de la limitación de su éxito, pues quien no era marxista no se hacía eco de tales afirmaciones y una sociedad política y socialmente segura como la del siglo XIX que, en realidad se prolonga hasta el término de la primera Gran Guerra, tampoco problematizaba sus propios planteamientos doctrinales. También, es verdad, la sociología del conocimiento nos ha enseñado la vía por la que pueden superarse esos condicionamientos sociales del saber, mediante el fortalecimiento de una «clase intelectual»—y Kelsen sería un egregio exponente de ella—reclutada entre los más variados estratos sociales y cuyo único interés «clasista» es el de la objetividad y la verdad científica. Pero tampoco falta quien señala que esta fe en esa clase intelectual descomprometida es, a su vez, la expresión de una ideología y refleja una actitud política, y entonces o se produce un *regressus ad infinitum* o se hace precisa alguna absolutización, es decir, llegar a un punto en el que, ante ciertos valores no cabe la actitud de neutralidad sino la de afirmación y racionalización, con lo cual se abre una brecha no sólo en el punto de partida mismo de una sociología radical del conocimiento sino—importa subrayarlo—en el principio de la pureza metódica, en cuanto que éste tiene un alcance más que sólo metódico y es reflejo de toda una situación intelectual que expresa una concepción del saber científico y una determinada actitud ante el conocimiento de los valores. Y lo que por esa brecha se introduce válidamente no es, por supuesto, la invitación a un confusionismo en el que se recurra a un uso indiscriminado y sin rigor científico de diversos métodos por referencia a un objeto, sino la exigencia de una conexión interdisciplinar y, en definitiva, de un replanteamiento ontológico sobre la naturaleza del objeto. Kelsen se encuentra con el *factum* de que hay «normas» de Derecho y so-

des Rechts», 1. Band, 1970, 1. Heft, p. 83; *Das Lebenswerk Hans Kelsens: Die reine Rechtslehre*, en «Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag», Viena, 1971, p. 6.

bre esa base afirma que la ciencia del Derecho es ciencia de normas y que por eso su método tiene que ser sólo normativo y formal. Pero aquí, tras la inicial concesión al realismo, hay la exigencia de un ajuste del objeto al método; no es éste el que se adapta al objeto, sino el objeto el que debe ajustarse al método; no es el Derecho mismo el que postula el normativismo formalista, sino el normativismo formalista el que invalida cualquier intento de entender de otro modo el Derecho y el Estado (2). La exigencia de abrirse a este otro modo de entenderlos es lo que patentiza la crisis de la radical pureza metódica kelseniana, lo que denuncia la ilusión de la total despolitización, porque ya ésta refleja una actitud ante valores y, en definitiva, una actitud política que, sin embargo, puede estar objetivamente bien fundada y de la que es preciso saber aportar las razones válidamente justificativas, para extraer de ello las oportunas consecuencias metódicas. En materias como el Derecho y el Estado parecen ineliminables no sólo las dimensiones ideológicas y valorativas, sino también las conexiones con la realidad social. Pues el Derecho constituye una estructura—como diría Miguel Reale—tridimensional en la que juegan, en recíproca implicación, las realidades socialmente estructuradas, los sistemas ideológicos que expresan la actitud ante valores y las regulaciones normativas; y esta realidad del Derecho traduce su estructura ideal que es la de ser una forma de la vida social intrínsecamente referida a la justicia y realizada más o menos adecuadamente en un sistema normativo. Esta realidad compleja necesariamente ha de tener implicaciones metódicas y, al menos, la conexión interdisciplinar a que antes me refería parece exigida por la naturaleza del objeto de la ciencia jurídica, que en modo alguno queda agotada en su dimensión formal y normativa.

Ahora bien, la estructura de cada época puede condicionar el tipo de sus saberes. Epocas perfectamente equilibradas—al menos porque el equilibrio predomina sobre las tensiones y porque éstas son fundamentalmente olvidadas—pueden ser aptas para entender un mensaje forma-

(2) Kelsen tuvo conciencia de ello con la lectura de Hermann Cohen, autor cuya obra no le era conocida cuando escribió los *Hauptprobleme*. Pero una reseña aparecida en 1912 en los *Kant-Studien* le fue muy esclarecedora y dio un apoyo filosófico a su método científico. «Nunmehr ergab sich mir als bewusste Konsequenz der erkenntnistheoretischen Grundeinstellung Cohens, der zufolge die Erkenntnisrichtung der Erkenntnisgegenstand bestimmt, der Erkenntnisgegenstand aus einem Ursprung logisch erzeugt wird, dass der Staat, sofern er Gegenstand juristischer Erkenntnis ist, nur Recht sein kann» (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2.^a ed., Tübingen, 1923, prólogo, p. XVII). Los impulsos iniciales para su normativismo los había recibido, también según propia declaración, de la interpretación de Kant por Windelband y Simmel (loc. cit., p. VI).

lista, mientras que los tiempos de politización e ideologización intensas que patentizan el desequilibrio entre los elementos integrantes de una estructura social y el riesgo próximo de incidencia en un proceso de desestructuración, tienen que ser hostiles al formalismo y a la preocupación por la pureza metódica. El propio Kelsen lo comprendió así y afirmó en el prólogo a la *Reine Rechtslehre* (3), que sólo una sociedad equilibrada podía entender su mensaje. De ahí su fracaso pero, también, su posterior renacimiento, del que hay muestras en países como Italia y Alemania.

En Italia, el pensamiento de Kelsen, perfectamente conocido a través de una serie de traducciones de sus obras, ha sufrido duras críticas desde los más variados sectores intelectuales, pero encuentra favorable acogida en el ámbito del moderno positivismo, que reviste cierta importancia. Kelsen experimenta así un renacimiento en Italia en la medida en que florece un depurado positivismo en Bobbio, Scarpelli y otros autores. Esto mismo nos da una imagen más clara de Kelsen de la que podíamos obtener por los años treinta, por ejemplo, cuando yo mismo estudiaba su pensamiento a la luz de sus coordenadas filosóficas. Pues entonces era lo importante presentarlo como «neokantiano». Y en verdad era así; pero en cuanto que el neokantismo era una teoría de la ciencia, la teoría de la ciencia implícitamente aceptada por todos los científicos. Kelsen no ha hecho nunca «filosofía del Derecho» en el sentido estricto de la palabra, o en el sentido histórico de la misma, cuya misión primaria es lograr un concepto formal y *a priori* del Derecho; Kelsen no ha pretendido nunca hacer otra cosa que ciencia del Derecho, pero para hacer ciencia del Derecho ha tenido que aceptar una teoría de la ciencia—una noción de lo que es ciencia—que era la dominante entre los científicos más progresivos, y ésta se hallaba impregnada de las premisas neokantianas. Pero como estas premisas condicionaban con ciertos supuestos filosóficos la metodología científica, el positivismo lógico se ha ido desprendiendo paulatinamente de ellas y ha radicalizado sus posiciones en un sentido antimetafísico y cientifista, convirtiéndose

(3) «Den Sozialwissenschaften gegenüber fehlt es noch an einer gesellschaftlichen Kraft, die dem übermächtigen Interesse entgegenwirken könnte, das sowohl die schon in der Herrschaft Sitzenden als auch die noch zur Herrschaft Drängenden an einer ihren Wünschen gefälligen Theorie, d. h. an sozialer Ideologie haben. Zumal in unserer durch den Weltkrieg und seine Folgen wahrhaft aus allen Fugen geratenen Zeit, in der die Grundlagen des gesellschaftlichen Lebens aufs tiefste erschütterter und daher die zwischen staatlichen wie innerstaatlichen Gegensätze auf äusserste verschärft sind. Das Ideal einer objektiven Wissenschaft von Rechts und Staat hat nur in einer Periode Sozialen Gleichgewichts Aussicht auf allgemeine Anerkennung» (*Reine Rechtslehre*, Leipzig-Viena, 1934, p. VIII).

en posición dominante en la teoría de la ciencia y haciendo de la filosofía sólo una teoría de la ciencia. Kelsen ha ido acusando esta evolución y como su preocupación primaria no ha sido filosófica sino científica, no ha necesitado arrumbar ningún supuesto filosófico, sino sencillamente acusar el influjo del modo de pensamiento del positivismo lógico en cuanto teoría de la ciencia. Y es a la luz de esta confrontación como tal vez se presenta en sus más claros perfiles el sentido último y más verdadero de la obra científica de Kelsen. Su trasfondo neokantiano pierde importancia y aparecen como más claras otras conexiones. Así, con el pensamiento de Mach y Vahinger (4), que también eran vieneses. Así, con el círculo de Wittgenstein, que igualmente lo era y cuya obra de 1922, el *Tractatus logico-philosophicus*, no podía desconocer el autor. Tanto menos cuanto que, dentro de su escuela, había enlaces con el «círculo vienés» wittgensteiniano en la persona de Félix Kaufmann, que ya en 1930 había publicado algún trabajo en la Revista *Einheitswissenschaft* y que no muchos años después publicaría una conocida «metodología de las ciencias sociales», exponente de una dirección moderada de positivismo lógico. Y sólo esto me ha hecho comprensible, muchos años después, el curso monográfico sobre metodología jurídico-penal dado por Félix Kaufmann, en el que tanto manejó el concepto, entonces para mí ininteligible, de *Sachverhalt*, precisamente porque con él hacía referencia al «hecho atómico» wittgensteiniano, entonces, para mí, perfectamente desconocido. Por otra parte, es evidente que donde Kelsen se ha embebido más del espíritu del neopositivismo ha sido en Norteamérica, porque esa corriente doctrinal ha encontrado en el ámbito cultural anglosajón su correlato sociológico, por así decirlo. Kelsen mismo colaboró en el «Journal of unified Science»—continuador de «Einheitswissenschaft»—y su obra *Society and Nature* patentiza un estrecho parentesco intelectual con el neopositivismo. Virgilio Giorgiani ha mostrado suficientemente cómo el sentido fundamental de toda la obra científico-jurídica de Kelsen responde al ideal lógico-positivista de la ciencia (5).

(4) La conexión con Vahinger, especialmente en su análisis de las ficciones personificadoras (filosofía del cómo-sí) ha sido siempre expresamente proclamada por Kelsen. Producto de esta directa inspiración son el artículo *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*, de 1919, y mucho de lo que se dice en *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (particularmente pp. 190 y ss.).

(5) *Neopositivismo e scienza del diritto*, Roma, 1956, pp. 197 y ss. «Nel fatto che il significato teoretico della norma giuridica viene individuato in una proposizione ipotetica—cioè in una proposizione che riformulata in termini precettivi, mostra

Pienso, por ello, que en esta perspectiva queda mejor emplazada la teoría pura del Derecho y mejor perfilados su verdadero sentido e intención, que ha sido el de constituir una verdadera ciencia del Derecho y no—al modo, por ejemplo, del neokantiano Stammler—una filosofía del Derecho. Tampoco se ha propuesto, sin duda, constituir un *Ersatz*, un sustitutivo de la misma. Con esto no trato de minimizar su importancia como «pensador» o, en sentido amplio, como filósofo y no sólo como científico estricto del Derecho. Pues la robusta y fecunda personalidad intelectual de Kelsen se manifestó también en incursiones en ámbitos rigurosamente filosófico-jurídicos—es característica su insistente dedicación a los temas de la justicia y del Derecho natural—así como en investigaciones de tipo sociológico-jurídico y sociológico-político (sobre pensamiento primitivo, sobre la justicia platónica o la justicia aristotélica) y aun psicoanalítico como su estudio sobre el amor platónico. Ahora bien, todo esto enmarca y complementa la teoría pura del Derecho, pero es hasta cierto punto separable de ella. Kelsen no ha dado ni intentado un «sistema» de filosofía del Derecho, como tampoco ha pretendido hacerlo de sociología jurídica, a pesar de los valiosos materiales que ha trabajado en uno y otro ámbito. Por eso, su obra característica es la teoría pura del Derecho, la cual responde a unos supuestos que reflejan el ambiente intelectual dominante. En los años de juventud de Kelsen, ese ambiente era neokantiano, pero progresivamente dejó de serlo, y Kelsen ha ido también dejando de serlo, sin necesidad de una abjuración formal por cuanto que, en realidad, no había hecho profesión formal de fe neokantiana, pero tampoco dejó de serlo del todo, porque todo pensador—Kelsen incluido—está condicionado por las estructuras mentales adquiridas en la juventud, que son las determinantes de sus esquemas, de sus preocupaciones y planteamientos científicos, de todo su comportamiento intelectual.

En todo caso, decimos, la obra «estrictamente jurídica» de Kelsen es, en principio, separable de su obra filosófica, en cuanto expresión de una *Weltanschauung* personal. Ya en mi tesis de 1933 apunté una posición semejante, que ha sido mantenida por otros juristas, incluso destacados

di fissare il significato teoretico non già del giudizio giuridico, ma proprio invece del giudizio naturalistico—; e, insieme, nel fatto che l'intera costruzione scientifica del diritto poggia la propria scientificità su un criterio empirico, stante che la norma fondamentale che dà rigore al discorso del giurista non è che l'espressione formale dell'efficacia, la teoria della scienza giuridica del Kelsen palesa esplicitamente la sua convergenza con la tesi epistemologica neopositivistica» (pp. 227 y *passim*). Cfr. R. WALTER, en *Rechtstheorie*, loc. cit., pp. 74-75.

seguidores de la teoría pura del Derecho, como Alfred Verdross o René Marçic, representantes uno y otro de una concepción católica del mundo que los sitúa a mucha distancia de los supuestos filosóficos de Kelsen. Se puede, pues, ser kelseniano en ciencia jurídica y no participar de las ideas filosóficas de Kelsen e incluso profesar ideas que están en radical oposición con las de Kelsen.

Sin embargo, sería bastante tosco presentar las cosas bajo el punto de vista de un eclecticismo *bon marché*, como si en Kelsen hubiera que separar tajantemente su «teoría pura» del Derecho como expresión de «la» verdad jurídica y su filosofía personal, que podría ser recusable y aborrecible. Pues, de una parte, una filosofía no es un todo monolítico, porque no constituye sólo un conjunto de afirmaciones o negaciones en torno a entes metafísicos, sino también un conjunto de creencias que determinan una actitud y un comportamiento intelectual, que puede ser compartido sin estar necesariamente de acuerdo con todo el núcleo doctrinal (la historia de la filosofía pone suficientemente de relieve la dificultad de que, incluso dentro de las mismas escuelas, se produzca esa unanimidad de adhesión a las doctrinas). De otra parte, por el contrario, todos los elementos de una obra doctrinal son solidarios e integran una estructura, en la que la variación de uno de ellos repercute automática y necesariamente en la del otro. Por eso, es difícil que quien no acepta toda la filosofía de Kelsen pueda aceptar *toda* su teoría pura; y si estima que ésta es aceptable, necesariamente ya está de algún modo participando en aquella filosofía, al menos a través de una *interpretación* de la misma.

Esto es lo que se patentiza en la actitud kelseniana del insigne filósofo del Derecho, prematura y trágicamente desaparecido, René Marçic, al que puede considerarse como exponente típico del renacimiento kelseniano en el ámbito cultural de habla germánica. Marçic era un filósofo del Derecho católico-jusnaturalista que, con una generosidad intelectual sin límites, vio en Kelsen poco menos que el ejecutor testamentario del Derecho natural: *Kelsen die eigentliche Sache der Naturrechtslehren vollstreckt* (6). Se resigna de antemano a que Kelsen rechazará apasionadamente esta interpretación, pero resulta que el maestro, dando también pruebas de comprensión, no la rechazó por entero porque, con referencia a otra obra de Marçic, la *Teoría de la justicia constitucional*,

(6) *Die Reine Rechtslehre: Der Hintergrund der Kelsen. —Renaissance im deutschsprachigen Raum*, en «Law, State and International Order», Homenaje a Hans Kelsen, Universidad de Tennessee, 1961, p. 200.

constata con satisfacción que, desde un punto de vista tan distinto del suyo, se llega a conclusiones teórico-jurídicas que «no son las mismas que las de la teoría pura del Derecho, pero que en relaciones esenciales no son muy distintas y en muchos aspectos, la completan».

En el artículo citado Marçic resume su *lectura* de Kelsen a la luz de la filosofía clásica, que le permite brindar una serie de razones por las que su pensamiento no sólo cobra actualidad sino que debe ser aceptado como plausible, porque está en la línea de esa filosofía, no porque Kelsen subjetivamente quiera situarse en ella—no es pues, el sentido subjetivo de su pensamiento—sino porque ese es el sentido objetivo de su obra. Entre estas razones señala el equilibrio alcanzado por la realidad social en los últimos treinta años, la situación de *eunomia* a que ha llegado; el creciente imperio del Derecho internacional y la decadencia de la fuerza de convicción del dogma de la soberanía estatal absoluta; la idea de que el Estado es un orden y un haz de relaciones y no una totalidad sustancial: y como la humanidad se prepara contra el peligro de una guerra planetaria de aniquilación y se tiende a superar la situación de primitivismo en el Derecho internacional, las probabilidades de la teoría pura del Derecho de convertirse en bien común de la humanidad aumentan en grado máximo. Además, la teoría de Kelsen ha dado un impulso formidable a las tendencias favorables al Estado judicialista o sea, que somete a control jurisdiccional a todos los niveles de la actividad política y jurídica. Hay, por otra parte, una tendencia a apartarse del individualismo y el subjetivismo y a acentuar las estructuras objetivos en la esencia del Derecho y el objetivismo en los sistemas de protección jurídica, con lo que el orden se sitúa en el centro de todo acaecer jurídico. El dualismo de Derecho privado y público se revela cada vez más como una contraposición aparente. Pero sobre todo Marçic señala como decisiva la vuelta a lo que llama, con cierta libertad terminológica, el «actualismo» y «existencialismo» de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, según el cual la forma tiene un rango ontológico superior al contenido, el acto precede a lo potencial, la cuestión sobre el *cómo* es lógicamente anterior a la pregunta sobre el *qué* o sea, el proceso, el método, deciden y en cierto sentido determinan el contenido. A esta luz, el formalismo adquiere un sentido diferente y, por supuesto, positivo. La forma del Derecho cumple en la sociedad actual una función específica, porque esa sociedad es eminentemente pluralista, de suerte que la ética y la moral han perdido en ella su fuerza universal y global de integración; en la mayor parte de las cosas, la sociedad no puede unirse; pero puede hacerlo en la forma del Derecho—y tiene que ha-

cerlo si quiere vivir ordenada y pacíficamente—. Así también el relativismo pierde sus antiguos rasgos nihilistas y adopta la forma de la tolerancia, que ya había sido enseñada por Aristóteles y ensalzada por Pío XII. El relativismo kelseniano, que bajo un punto de vista aparecía como axiológicamente neutral aparece ahora como henchido de valor, porque también la sociedad actual se autointerpreta como comunidad de valores. No hay que entender, pues, en sentido negativo y nihilista la proclamación kelseniana de la arbitrariedad o indiferencia del contenido jurídico, sino ver los aspectos positivos de la afirmación del orden estatal como orden jurídico; la quintaesencia de la teoría pura del Derecho y del Estado no está en la afirmación de esa indiferencia del contenido, sino en la de que no hay producción de Derecho que no sea, ya *a priori*, ejecución o aplicación de Derecho, que no hay *juris positio* que no transcurra en un ámbito condicionado por la *norma fundamental pre-positiva* y presupuesta. Es, pues, el ideal del Estado de Derecho lo que domina y caracteriza el pensamiento de Kelsen, pues si el Estado no es Estado de Derecho deja de ser Estado. Un acto es un acto estatal, sólo si es un acto jurídico y todo órgano del Estado sólo es tal en la medida que es un órgano del Derecho. La identidad de Estado y Derecho no sirve, por tanto, para divinizar el Estado sino para ensalzar el Derecho. Esta doctrina, dice Marçic, está en línea con la afirmación de Anselmo de Canterbury: si Dios mintiese, la mentira no dejaría de ser mentira, pero Dios dejaría de ser Dios. Y toda la doctrina de Kelsen es una enérgica afirmación del Derecho y una exigencia de subordinación al mismo del poder, de acuerdo con una tradición que se inicia con Aristóteles, sigue con Cicerón, San Agustín, Santo Tomás y la escolástica española y muere con Kant.

Se ha dicho que esta posición de Marçic es «irenista» y que no es posible más que sobre una desfiguración de la doctrina de Kelsen. También se ha señalado que muchos de los nombres que este autor menciona como exponentes del renacimiento kelseniano en los países de lengua alemana son escasamente convincentes. A mi juicio, no es menester forzar las cosas; y es evidente que el sentido objetivo y lo expresamente proclamado en la doctrina de Kelsen, es la juridización total del Estado; por otra parte él no comparte la idea «filosófica» o, más bien, la dimensión ideológica de cierto positivismo según el cual el Derecho positivo es el Derecho válido, o sea, obligatorio y exigible; frente a esto, un positivista riguroso y depurado como Norberto Bobbio ha dicho que, considerando el jusnaturalismo no en cuanto método científico o teoría del Derecho, sino en cuanto ideología, él es yusnaturalista. Kelsen, pues,

deja libre la conciencia del hombre, porque la *Grundnorm* es para él sólo una hipótesis. El jurista tiene que tratar el sistema normativo existente como si fuera Derecho válido, obligatorio y exigible y no puede entenderlo como tal Derecho más que en función de la *Grundnorm*; pero el anarquista prescindirá de ella porque de antemano se niega a reconocer que el sistema de normas que se le impone sea Derecho válido. Y cada ciudadano queda libre no sólo *fácticamente*, en cuanto infractor voluntario del orden jurídico, sino *moralmente*, por razones de conciencia, para proceder en cada caso como un pequeño anarquista negador de la validez de una norma jurídica; sólo el jurista, en cuanto tal, no puede ser anarquista, pues si procede como tal, si niega la norma fundamental deja de ser jurista—niega un objeto de su actividad científica que sea el Derecho—; pero el proceder como jurista, tratar un sistema normativo como un Derecho válido y obligatorio no significa que moralmente haya que considerarlo expresión de la justicia y que haya obligación de conciencia de «someterse» a sus preceptos (pues el precepto queda cumplido en su estructura disyuntiva con la aplicación de la sanción). Pero este tema no es el primordial en la doctrina de Kelsen, y en rigor no aporta intencionalmente nada nuevo a la doctrina tradicional sobre la obediencia al Derecho, así como tampoco aduce nada en su contra. Lo que sí cabe decir es que su positivismo no contiene ningún elemento que sirva para reforzar una obligación de obedecer incluso las leyes injustas. Eso no lo ha dicho Kelsen y no está en el sentido, objetivo o subjetivo, de su doctrina; pero parece un tanto desmesurado presentarlo como un jusnaturalista. Ocurre, sí, que la imposibilidad de un formalismo radical y el condicionamiento socio-cultural del mismo, hacen inevitable la irrupción del elemento ideológico. En Kelsen irrumpe la ideología del Estado liberal burgués de Derecho, y son los valores de esa ideología los que dan un sentido axiológicamente plausible a su construcción científica. Pero cuando, como científico, quiere reaccionar incluso contra su propia ideología, su formalismo muestra sus rasgos más negativos y la pureza y el desinterés de la construcción científica no compensan la pérdida de otros valores sustanciales. Afirmar la identificación de Estado y Derecho y sostener que todo Estado es Estado de Derecho, es convincente en la medida en que a esa afirmación subyace una idea del Derecho y del Estado de Derecho que la nutre y le da sentido; pero pierde su fuerza de convicción—y en materias como la jurídica, la fuerza de convicción no ha de arrastrar sólo al intelecto—si por afán de pureza metódica o científica pretende arro-

jar ese ineliminable residuo ideológico y afirma con resignación que también el Estado nacional-socialista era un Estado de Derecho, lo cual o no es decir nada—pues es una pura obviedad decir que también el régimen nazi tenía su propio ordenamiento jurídico—o es decir que el Estado de Derecho no es nada, nada específico al menos por relación a un Estado despótico, negador de los ideales que le dieron razón de ser y existir.

En todo caso—y vuelvo a una de mis afirmaciones iniciales—me parece que Kelsen es más comprensible desde el ámbito de la ciencia que del de la filosofía, en el sentido clásico de la palabra. La teoría pura del Derecho ha sido la máxima expresión de cientifismo jurídico que ha producido nuestro tiempo, aunque precisamente gran parte de la crítica contemporánea le haya dirigido sus dardos en nombre de un cientifismo más radical. El jusnaturalismo que le reconoce como un valor positivo René Marçic, ya le había sido imputado como un motivo de reproche por el nórdico W. Lundstedt, padre del realismo, hace cuarenta años. Pero a mí me interesa subrayar el valor de su construcción científica, que hace de Kelsen una figura de no menos grandiosidad que la de Savigny. Aún cuando en ciertos sectores domine hoy otro concepto de ciencia, o la idea de que es ese otro concepto de ciencia el que hay que aplicar al Derecho. Kelsen ha dado un modelo de ciencia jurídica que cautiva y merece respeto y que, en principio, permanece válido en un ambiente intelectual que, por ejemplo, ha hecho posible esa gran manifestación del espíritu cientifista que es el estructuralismo. No se trata ahora de desflecar o decolorar el concepto de estructuralismo para incluir en él a Kelsen, como un estructuralista más, pero sí de emplazar su pensamiento en el horizonte que, entre otras cosas, nos abre la vía del estructuralismo, con todas las diferencias que le separan pero también con todos los paralelismos que le acercan a la teoría pura del Derecho. Es perfectamente lícito subrayar que la doctrina de Kelsen nos presenta la estructura lógica del Derecho y que su concepción escalonada o piramidal del orden jurídico está muy próxima a una visión estructuralista, puesto que incluso contiene la Ley general que regula las transformaciones del Derecho. Por ahí podría llegarse a relacionar la doctrina de Kelsen con el estructuralismo de los modelos, en el sentido de Lévi-Strauss, aunque esta confrontación podría pecar de superficialidad, si en ella se olvidan las radicales diferencias que la separan de esa forma de pensamiento, en la que las estructuras son la formulación en términos algebraicos, del nivel profundo e inconsciente de lo dado en la experiencia, mientras que la doctrina de Kelsen, en cuanto normativista, opera

precisamente con la capa más visible de la misma, o sea, con las relaciones perceptibles de las que Lévi-Strauss distingue con todo cuidado las estructuras. Pero también es verdad, que el estructuralismo de Lévi-Strauss, aun cuando casi haya llegado a monopolizar el nombre, no es la única forma posible de estructuralismo; y, por otra parte, subsisten ciertos paralelismos que sin duda obedecen a su común horizonte intelectual. Se ha planteado la cuestión si el estructuralismo es un formalismo. Su apartamiento de la historia, de la sociología y de la ideología propenderían a considerarlo así y en esta orientación que responde a una exigencia de pureza metódica, el paralelismo con la *reine Rechtslehre* es perfecto. Pero a esto se objeta que el estructuralismo no es formalista, sobre la base de una afirmación de Lévi-Strauss, según la cual «la forma se define por oposición a un contenido que le es exterior; pero la estructura no tiene contenido, porque es el contenido mismo aprehendido en una organización lógica concebida como propiedad de lo real» (7). De modo que la noción de estructura no mutila la realidad, sino que permite comprender todos sus aspectos. Evidentemente, Kelsen distingue entre forma y contenido del Derecho y cree que la ciencia jurídica debe ser una «geometría de los fenómenos jurídicos», por lo cual, criticar los conceptos formales como vacíos de contenido equivale a criticar los conceptos de la geometría que únicamente operan con la forma y no con el contenido de los cuerpos. Pero como contrapartida, el propio Kelsen nos ofrece la vía para superar este tipo de formalismo que, paradójicamente, es la vía de su radicalización. Pues en ciertas circunstancias, dice Kelsen, el Derecho, considerado en su conjunto—el contenido incluido—sólo puede ser concebido como forma frente, por ejemplo, a la economía, ya que nunca puede identificarse con ésta. Así, con su radicalización, el formalismo se relativiza. Frente a la Dogmática que estudia el contenido de un Derecho dado, la teoría jurídica pura es formalista, porque opera con formas puras del Derecho. Pero, en perspectiva intelectual más amplia, la teoría jurídica no es formalista por prescindir de los contenidos, sino porque todo el Derecho, con su contenido, constituye *forma* respecto de otro objeto; y entonces el objeto de la ciencia jurídica no son las formas sin contenido, sino el Derecho entero en su realidad, visto bajo el ángulo estructural; con lo que los contenidos jurídicos no son olvidados, sino aprehendidos en su organización lógica, que es una propiedad de lo real, conforme a modelos abstractos que destacan sus notas

(7) Vid. sobre esto L. LEGAZ, *Estructuralismo y Derecho*, en «Problemas y tendencias de la filosofía del Derecho contemporánea», Madrid, 1971, pp. 81 y ss.

esenciales y las posibilidades de regulación de su movimiento interno. Por eso se puede decir que la doctrina de Kelsen tiene sentido ontológico, que es una ontología del Derecho, aun cuando de signo nominalista, porque cada vez resulta más claro que los modelos con los que opera Kelsen, en virtud de sus conscientes o inconscientes conexiones lógico-positivistas, son categorías lingüísticas, lo que a su vez las hace accesibles a un planteamiento estructuralista.

Como asimismo hay concomitancias con los analistas del lenguaje jurídico. Si ya esto aparece suficientemente claro respecto de los seguidores de la construcción del lenguaje formalizado, como parece ser la orientación de Bobbio y los positivistas italianos, me parece todavía más característica la aceptación que encuentran muchos puntos de vista kelsenianos en H. L. Hart (8), representante de la filosofía analítica y uno de los más destacados juristas de nuestra época, en cuanto a la noción de la validez del Derecho y la concepción misma del ordenamiento jurídico, la manera de plantearse el problema de la personalidad jurídica, etc. Estas coincidencias podrían no ser especialmente relevantes o significativas. Por otra parte, pueden tener su explicación última en que tanto Hart como Kelsen deben mucho a John Austin, aun cuando la teoría pura se iniciase con independencia de la lectura de éste, pero constituye una nueva manifestación de lo que representó en su tiempo la jurisprudencia analítica. Lo significativo, sin embargo, es que también a la luz del nuevo analitismo parecen actualizarse dimensiones esenciales del pensamiento kelseniano. Y todo esto es lo que patentiza su perennidad y actualidad. Hace cuarenta años Kelsen aparecía ante los filósofos del Derecho como un neokantiano. Esto imponía enormes cortapisas a la validez de su pensamiento, porque el neokantismo estaba ya en crisis por entonces. Pero hoy vemos que Kelsen era algo distinto que un neokantiano, sin que por ello queramos ignorar la dosis de neokantismo que le condiciona y que contiene. Kelsen es, sobre todo, un inmenso científico del Derecho, cuyo pensamiento refleja, desde su época de madurez, el momento intelectual en que vive y anticipa muchas de sus posibilidades incoadas y más o menos desarrolladas. Por eso renace siempre y en los más actuales planteamientos científicos le vemos actualizarse. Con sus posiciones filosóficas no es fácil un acuerdo integral si no se comparte su actitud antimetafísica y radicalmente positivista; pero tampoco dejan

(8) Vid. especialmente, *Definition and theory in Jurisprudence*, Londres, 1953, en el vol. «Contributi all'analisi del diritto», ed. por V. Frosini, Milan, 1964, y *Concept of Law*, 1961, ed. española, Caracas, 1969, Cfr. L. LEGAZ, *Filosofía analítica y análisis del lenguaje jurídico*, en el vol. cit., pp. 117 y ss.

de ofrecer algunos motivos de adhesión racional. Ellos dan justificación, objetiva *malgré lui*, a su obra de jurista, inseparable de su participación en la constitución austríaca, en la que plasmó sus ideales jurídico-políticos (9); ellos le permiten proclamar una idea de justicia—la «suya», dirá con modestia relativista—en la que se recogen algunos valores que son permanentes—porque si se les quita no queda *ninguna* idea de justicia—: aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con ésta, la verdad y la sinceridad, es decir, la justicia de la libertad, de la paz, de la democracia y de la tolerancia (10). Esto no agota el contenido de la justicia y, por supuesto, sería superficial y apresurado llamarlo Derecho natural: pero pertenece a los principios de un humanismo que se ha integrado en el Derecho natural y ha inspirado la obra de educación de la Humanidad llevada a cabo históricamente por el jusnaturalismo.

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA.

(9) Vid. sobre esto el esclarecedor artículo de FÉLIX ERMACORA, *Österreichs Bundesverfassung und Hans Kelsen*, en la «Festschrift f. Kelsen», cit. pp. 22 y ss.

(10) *What is justice*, ed. española (de la que el autor me remitió un ejemplar personalmente dedicado).