

HISTORIA DEL DERECHO FRENTE A FILOSOFÍA DEL DERECHO (Contrarréplica extemporánea a Hans Kelsen)

SUMARIO: 1.—La seducción de la obra kelseniana.—2. El antihistoricismo kelseniano en una réplica a Ernst Schwinds —3. El oportunismo de una contrarréplica a H. Kelsen en nombre de la Historia del Derecho.—4. El encuadramiento de la *Teoría pura del Derecho*, de Hans Kelsen, en un positivismo jurídico de inspiración neokantiana —5. La fragilidad de la *Teoría pura del Derecho* ante el realismo jurídico de la Historia del Derecho

1. LA SEDUCCIÓN DE LA OBRA KELSENIANA

La peripecia vital de Hans Kelsen ha sido la de un austríaco, nacido accidentalmente en la ciudad de Praga en 1881 y fallecido en Berkeley (California) el año 1973, localidad universitaria adonde se había trasladado finalmente tras abandonar la patria como consecuencia de su pertenencia a una familia de origen judío. Vocacionalmente, fue un profesor universitario que participó decisivamente en la redacción de la Constitución austríaca de 1920, lo que le conduciría a ser miembro del Tribunal Constitucional. La anexión de Austria por la Alemania dirigida, paradójicamente, por un austríaco, Adolfo Hitler, obligaría a Kelsen a sufrir el exilio, un exilio que debió ser dorado en la etapa norteamericana.

La seducción de la obra de H. Kelsen ha sido extensa e intensa. La extensión de la seducción de la obra kelseniana viene demostrada por el hecho de que unos mil trescientos libros y artículos han dedicado un amplio espacio a unas seiscientas publicaciones del jurista. La intensidad de esa seducción viene realzada por la calidad de los que la han experimentado, aún cuando, frecuentemente, no hayan seguido su doctrina. En el caso de España hay que citar los casos de filósofos del Derecho tan destacados como Luis Recasens Siches y Luis Legaz Lacambra. A éste último puede considerarse uno de los que más contribuyó a difundir el pensamiento de Kelsen, por el que sintiera gran atracción, aunque su filiación iusna-

turalista le impidiera una adhesión plena. La seducción de la obra kelseniana no se ha proyectado, exclusivamente, sobre el pensamiento germano, al que ha pertenecido el propio autor, sino sobre el pensamiento anglosajón e, incluso, sobre el pensamiento latino. La influencia sobre el pensamiento anglosajón podría explicarse por el asilo norteamericano, pero no así, el proyectado sobre el pensamiento latino, dentro del que no se ha limitado al espacio español, francés e italiano, sino que se ha extendido al mundo hispanoamericano. Un ejemplo de esto lo constituyen los libros-homenaje, entre los que se encuentran el aparecido en Chile el año siguiente al del fallecimiento del jurista ¹.

Creo que la intensa seducción ejercida por la obra kelseniana se ha debido a que se ha presentado como una solución total del fenómeno jurídico, facilitada, además, desde dentro del Derecho, es decir, sin tener que recurrir a nada que se encuentre fuera de él. Yo no escapé a esa seducción, como lo prueba el amplio uso que he hecho de conceptos como norma y sistema normativo, insertables en una Teoría pura del Derecho ². No obstante, me reservé emitir cualquier juicio hasta no conocer la posición concreta del Kelsen respecto a la Historia del Derecho en un trabajo titulado *¿Historia del Derecho frente a Filosofía del Derecho?*, aparecido en Viena en 1928. Al no encontrarlo en la bibliotecas de mi entorno, ni encontrarse citado entre las obras de Kelsen publicadas en español, reseñé el aludido trabajo en la Orientación historiográfica que acompañó a las ediciones segunda y tercera de mi *Iniciación histórica al Derecho español* ³. Esperaba que alguien se ocupara en España de ese trabajo, pero no tengo noticia de que haya sucedido así, lo que me empuja a hacerlo ahora.

2. EL ANTIHISTORICISMO KELSENIANO EN UNA RÉPLICA PERSONAL A ERNST SCHWINDS

¿Historia del Derecho frente a Filosofía del Derecho? ha sido una réplica de naturaleza personal de H. Kelsen contra un historiador del Derecho, Ernst Schwinds, cuya obra *Fundamentos y cuestiones de la Historia del Derecho*, aparecida en Munich en 1928, la ha considerado un ataque contra él y contra su obra, intentando anular la *Teoría pura del Derecho* ⁴. Kelsen se ha considerado el atacado y la víctima de una ataque no provocado ⁵, el cuál ha manifestado no tomarlo en serio, pero que le ha preocupado como síntoma ⁶. A Kelsen le ha afectado mucho la crítica de Schwinds y, sobre todo, le ha preocupado el poder convertirse en el objetivo de la crítica de los historiadores del Derecho. Es éste un rasgo de la

1. HANS KELSEN. *1881-1973. Estudios y ensayos en homenaje*. Dirigidos por Agustín Squella. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile Valparaíso. 1974

2. El término «Norm» y sus compuestos se encuentran constantemente en una *Reine Rechtslehre*.

3. Vid. mi *Iniciación histórica al Derecho español* 2^a edición, 1978, y 3^a edición, 1980. Orientación historiográfica, p. 21 El título del trabajo era *Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?*

4. Vid. KELSEN, *op. cit.*, p. 1 El título de la obra de E. Schwinds había sido el de *Grundlagen und Grundfragen des Rechtes*

5. Vid. KELSEN, *loc. cit.*, quien ha calificado su trabajo de «Erwiderung»

6. Vid. *op. cit.*, p. 2.

personalidad de Kelsen que no he visto suficientemente destacado por los múltiples admiradores y propagadores de sus ideas.

Kelsen ha sido congruente con el carácter puro de su teoría y la clara tendencia a la lógica en sus construcciones jurídicas cuando ha pretendido convertir la contienda personal con Schwinds en una contienda disciplinar, de forma que el atacado ha sido el filósofo y el atacante lo ha sido el historiador. Para Kelsen, él no ha tenido pretexto para ocuparse de Schwinds y de sus productos científicos al ser éste un historiador, en tanto que Schwinds ha saltado la alambrada y se ha internado en el terreno de la Filosofía jurídica en lugar de quedarse donde estaba, ya que sólo era un historiador gremial del Derecho a juicio de Kelsen ⁷.

Independientemente de los motivos personales que hayan podido intervenir, parece claro que ha sido el antihistoricismo de la teoría de Kelsen el que ha motivado la reacción historicista de Schwinds, y que ésta, a su vez, ha sido la que ha motivado la réplica antihistoricista de Kelsen. Una diferencia fundamental ha separado a ambas posturas. Para Kelsen, la Filosofía del Derecho y la Historia del Derecho han sido campos distintos que no han debido encontrarse. Por ello, él se ha lamentado de que no habiendo hecho nunca un juicio de valor sobre la Historia del Derecho, ni habiendo escrito una sílaba sobre el valor y la importancia de la Historia del Derecho para los juristas ⁸, se le haya atacado desde ésta. Para Schwinds la autonomía interdisciplinar no ha debido existir, al menos, en la forma profunda que ha señalado Kelsen.

En su línea antihistoricista, Kelsen se ha asombrado de que Schwinds pudiera haber creído que la cuestión de la relación entre el objeto y el método de conocimiento pudiera contestarse con los medios de la investigación histórico jurídica ⁹. No obstante, en la réplica a Schwinds ha invocado en una ocasión a Gierke como un apoyo, aunque indirecto, a su teoría sobre el valor de la coacción en el Derecho. Para Kelsen, Gierke no había encontrado la coacción como fundamento del Derecho en una visión nacional, pero la había reconocido como dominante en la teoría, especialmente, desde Thomasio y, más generalmente, en Kant ¹⁰.

En la réplica a Schwinds, Kelsen ha dedicado el mayor esfuerzo a defender sus propias teorías, pero, como era presumible, no ha dejado de atacar la persona del objeto, especialmente, en cuanto historiador del Derecho. Para Kelsen, en cuanto historiador del Derecho que no era ningún filósofo del Derecho, Schwinds ha pretendido mostrar a la filosofía el método para determinar el concepto de Estado, abdicando del punto de vista filosófico para atenerse al punto de vista histórico-jurídico. Según Kelsen, Schwinds no ha pretendido un conocimiento unitario, sino que, como en el caso de la Química orgánica, ha considerado de importancia esencial, no sólo los elementos, sino también las relaciones entre los elementos ¹¹. Kelsen ha reconocido como interesante la pretensión de un conocimiento desde todos los puntos de vista, pero no lo ha considerado realizable, en cuanto Schwinds se ha limitado a postular un tipo de análisis, como ha sido el qué-

7. Vid. *op. cit.*, p. 1 El término empleado ha sido el de «zunftiger».

8. *Op. cit.*, p. 4.

9. *Op. cit.*, p. 2.

10. *Op. cit.*, p. 10.

11. *Op. cit.*, p. 16

mico. Según Kelsen, para Schwinds han pertenecido al concepto de Estado la tierra y las gentes, pero, además, con su suelo, clima, frutos, etc., amén de los «tories» y de los «wighs» en cuanto a Inglaterra o la personalidad de Mussolini en cuanto a Italia. Kelsen ha considerado absurda la demanda de un *absolutismo vulgo objetividad* en cuanto al conocimiento ¹².

Personalmente, Kelsen se ha mostrado duro con Schwinds. Se ha mostrado despectivo con él al corregirle alguna expresión, como la de «jugado» por «tomado» ¹³; al acusarle de confusiones conceptuales, como entre «hipótesis» e «hipostasiar» ¹⁴; al señalarle confusiones terminológicas, como entre «absoluto» y «objetivo» ¹⁵ o entre «igualdad» y «objetividad» ¹⁶, y al subrayarle equivocaciones en la ortografía de nombres extranjeros ¹⁷. En alguna ocasión, el desprecio se ha extendido a la Historia del Derecho, como cuando Kelsen ha imputado «irresponsabilidad históricojurídica» a Schwinds ¹⁸. Naturalmente, Kelsen se ha tenido que defender en ocasiones de argumentos poco convincentes de Schwinds, como cuando éste ha pretendido que la expansión del kelsenismo en Viena se haya debido a un mayor número de los orientados en lo sistemático filosófico respecto a los que lo han sido históricamente. Kelsen ha debido tener razón en que la común posición de docentes y alumnos en Viena no ha debido responder a esa supuesta mayoría de los filósofos sobre los historiadores, puesto que como ha dicho, el «genius loci» no habrá tenido nada que ver con una dirección docente y en Viena no estaba limitado el número de los orientados hacia una u otra enseñanza ¹⁹. Hay que reconocer que la capacidad de seducción poseída por Kelsen en el campo de la Filosofía del Derecho no la ha tenido Schwinds en el de la Historia del Derecho, y ello sin menosprecio de éste, en cuanto que su posición, tal como queda reflejada en Kelsen, no parece desacertada y, por otra parte, su obra es desconocida entre nosotros.

3. EL OPORTUNISMO DE UNA CONTRARRÉPLICA EXTEMPORÁNEA A H. KELSEN EN NOMBRE DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Como se ha visto, H. Kelsen ha formulado en 1928 una réplica a E. Schwinds a través de la formulación de un interrogante, como ha sido el de *¿Historia del Derecho contra Filosofía del Derecho?* Fallecido Kelsen en 1973, toda posible contrarréplica ha de ser extemporánea, debiéndose pronunciar por la afirmativa o

12. *Op. cit.*, p. 16. El término empleado ha sido el de «Absolutheit vulgo Objektivität».

13. *Op. cit.*, p. 28. La confusión ha sido la de «gespielt» por «eingenommen».

14. *Op. cit.*, p. 29. Los conceptos confundidos, siempre según Kelsen, han sido los de «Hypothese» e «Hypostasieren».

15. *Op. cit.*, p. 16.

16. *Op. cit.*, p. 14. Los términos supuestamente confundidos han sido los de «Gleichheit» e «Identität». Obsérvese que el primero es un término germano, en tanto el segundo es un latinismo.

17. *Op. cit.*, p. 18. Las falsas ortografías son las de «Torrys» y «Wights».

18. *Op. cit.*, p. 28. La imputación ha sido la de «rechtshistorischen Unschuld».

19. *Op. cit.*, capítulo final. La expresión de la colectividad de «docentes» y «alumnos» ha sido la de «Zusammensetzung der Lehrenden und Lernenden».

por la negativa en relación a la interrogante que formulara el filósofo austríaco del Derecho. La cuestión es la de si la contrarréplica es oportuna en el momento presente. Yo creo que lo es, aunque hubiera podido responder. También creo que la contrarréplica debe responder afirmativamente al interrogante kelseniano, formulándose aseverativamente como *Historia del Derecho contra Filosofía del Derecho*.

Desde mi punto de vista, en la réplica de Kelsen había tres posiciones dogmáticas que ni siquiera intentó justificar, seguramente, porque las consideró evidentes y lo que buscaba en ese momento era descalificar a Schwinds y nada más. Las indicadas posiciones dogmáticas eran: a) la Filosofía del Derecho y la Historia del Derecho eran diferentes; b) la Filosofía del Derecho y la Historia del Derecho no podían entrar en conflicto, y c) la Ciencia del Derecho era de carácter normativo. Lo primero es evidente, pero lo segundo es falso y lo tercero es confuso. Precisamente, porque la Filosofía del Derecho y la Historia del Derecho son diferentes es por lo que pueden encontrarse, algo que no sucedería si fueran lo mismo. Son diferentes, pero no son extrañas en cuanto que el objeto de su tratamiento es el mismo, el Derecho. En consecuencia, lo que hay que admitir es que están llamadas a encontrarse, aunque también lo están a ser armonizadas, algo que hubiera debido intentar Kelsen en lugar de recurrir al cómodo recurso de que su Teoría sólo podía ser amenazada desde la Filosofía y no, desde la Historia, como si ésta pudiera ser ignorada por aquélla. Por otra parte, ha sido confusa la postura de Kelsen en cuanto al carácter normativo de la Ciencia del Derecho, pues ese carácter debiera ser predicado del Derecho y no, de la Ciencia del Derecho. En resumen, es posible que tuviera razón Schwinds cuando imputaba a Kelsen el dirigirse a los alumnos de éste con el siguiente discurso. «Sólo necesitais seguir mis fundamentos ciertos, siendo más afortunados que los filósofos y juristas de todos los tiempos. Recibís, entonces, un sistema jurídico cerrado y no necesitais saber nada del lastre positivo histórico con el que otros se esfuerzan innecesariamente»²⁰.

Sin menospreciar la figura de Schwinds, a quien no conocemos en España, y menos, la figura de Kelsen, universalmente admirada, así como sin sentir mayor simpatía por uno o por otro al no haberlos conocido personalmente, una contrarréplica al primero puede resultar útil si se la sitúa en el campo de las relaciones entre la Filosofía del Derecho y la Historia del Derecho. Es un hecho que estas dos disciplinas tan importantes se encuentran muy distantes entre sí en el momento presente. Por regla general, los filósofos del Derecho desconocen los avances de la investigación histórica y, a su vez, los historiadores trabajamos al margen de las especulaciones de los filósofos. Proliferando los congresos, coloquios y demás reuniones científicas, se registra una ausencia total de las que podían congrega a representantes de las dos disciplinas. Tampoco da resultado un cierto mestizaje que aparece algunas veces, y es el de aquéllos que, interesados en principio por la Filosofía y por la Historia, utilizan ambas de forma puramente literaria o emblemática. En el caso presente, puede resultar útil para intensificar las relaciones entre las dos disciplinas el mostrar como un filósofo ha podido equivocarse al menospreciar la Historia y como ésta es imprescindible para la identificación del fenómeno filosófico.

20. *Op cit.*, p. 4

4. EL ENCUADRAMIENTO DE LA *TEORÍA PURA DEL DERECHO*, DE HANS Kelsen, EN UN POSITIVISMO JURÍDICO DE INSPIRACIÓN NEOKANTIANA

Eludiendo el enfrentamiento personal de H. Kelsen con E. Schwinds, el interés científico debe centrarse en el tema del enfrentamiento de H. Kelsen en cuanto filósofo del Derecho con la Historia del Derecho. Desde mi punto de vista, el tema puede iluminarse a través de las siguientes consideraciones: a) la adhesión de H. Kelsen al constitucionalismo liberal como concreción del Estado de Derecho; b) la inseguridad del constitucionalismo liberal ante el iusnaturalismo y, sobre todo, el historicismo; c) la identificación filosófica de H. Kelsen y su recurso al criticismo kantiano dentro de la Filosofía del Derecho para escapar a los peligros del iusnaturalismo y, sobre todo, del historicismo, para el Estado de Derecho, y d) el refugio del kelsenismo en un positivismo jurídico de inspiración neokantiana.

La adhesión de H. Kelsen al constitucionalismo liberal ha sido un hecho en cuanto que ha participado en la elaboración de la Constitución austríaca de 1920 y ha actuado como miembro del Tribunal Constitucional. En realidad, cabe dudar si H. Kelsen ha sido un filósofo del Derecho en sentido estricto, y sobre esto se insistirá más adelante, o ha sido un iuspublicista, un teórico del Estado, un constitucionalista o algo similar. El filósofo tiende a una integración de conocimientos y lo que ha perseguido Kelsen ha sido una desintegración de los mismos. Kelsen ha partido de una absoluta diferencia entre los problemas de la Filosofía del Derecho y los de la Historia del Derecho e, incluso, ha llegado a su comparación con lo sucedido entre la Teología dogmática y la Historia de la Religión ²¹, algo que no hubiera hecho un filósofo y que sugiere más bien el absolutismo del constitucionalista, para quien la Constitución es un dogma en cuanto ley fundamental y el resto es mera consecuencia.

Uno de los juristas más brillantes de nuestro tiempo ha destacado como adversarios de Kelsen a los juristas católicos y a los marxistas como sociólogos ²².

Se trata de una derivación lógica de la adhesión del jurista austríaco al constitucionalismo liberal. Este ha sustituido el Derecho natural por la Constitución y, en consecuencia, ha debido suscitar la oposición de todos los iusnaturalistas. El que los adversarios de Kelsen lo hayan sido los juristas católicos habrá sido mero accidente, como el de que en Austria los iusnaturalistas hayan sido católicos. Los marxistas habrán sido adversarios de Kelsen más en cuanto historicistas que en cuanto sociólogos, y lo que habrá sucedido es que, dentro de los sociólogos, habrán sido los más combativos. Una parte de los sociólogos no tiene por qué haber sido adversa a Kelsen y, sin embargo, todos los historicistas han tenido que negarle muchas veces. En este caso se ha debido encontrar E. Schwinds. No creo que Schwinds haya sido marxista, porque lo hubiera denunciado Kelsen. Ha debido ser, simplemente, un historiador del Derecho, y esta condición, y no otra, es la que le ha debido impulsar a la polémica con Kelsen, con independencia de posibles motivos personales, de los que no tengo conocimiento alguno.

21. *Loc. cit*

22. Vid. Norberto BOBBIO, «La Teoría pura del Derecho y sus críticos, en *Homenaje* cit en nota 1, p. 302.

Consecuente con este orden de cosas ha debido ser el «iter» filosófico de H. Kelsen. En un principio, ha debido moverse dentro de una indefinición filosófica. Parece ser que en el año 1945 ha confesado que su orientación era la de la llamada «jurisprudencia analítica»²³. Esta corriente, poco conocida en España, desde luego, no ha sido historicista, pero se ha orientado contra el historicismo inglés, sin que lo haya hecho de la misma manera frente al historicismo alemán, especialmente, en orden a la jurisprudencia conceptual elaborada por éste²⁴. Es por tanto, una dirección a la que le falta definición, al menos, definición precisa. Según los estudios de H. Kelsen, éste se ha opuesto, tanto a Dilthey como a Max Weber²⁵, aunque en alguna ocasión haya coincidido con el último²⁶. Necesitado de un apoyo filosófico para defender el Estado de Derecho, lo ha encontrado en la asepsia metodológica de Kant, es decir, en el criticismo. Kant ha sido un filósofo jánico, ajeno a las formas históricas del Derecho²⁷, en quien el interés por la forma ha superado el sentido por la materia, incluso, en el campo de la ética, y quien, en consecuencia, ha podido ser utilizado para la defensa de toda teoría que se haya apoyado en una razón desprovista de impurezas. H. Kelsen se ha refugiado en Kant y ha sido así uno de los más brillantes neokantianos, con los que ha tenido en común el haber retenido de Kant, fundamentalmente, la Crítica de la razón especulativa²⁸.

Kelsen ha transformado la *Teoría del Derecho*, de Kant, en una *Teoría pura del Derecho*²⁹, cuya formulación ha aparecido consolidada en 1934. Esta teoría ha sido resumida alguna vez de la siguiente manera: a) el Derecho no consiste en imperativos, sino en normas; b) las normas se ordenan jerárquicamente; c) el sistema normativo reposa sobre una voluntad ligada a un poder; d) el poder no crea la regla sin un intermediario que transforma el querer en un poder, y e) no es necesario comportarse como lo ordena una potencia superior³⁰.

Esta Teoría pura del Derecho se ha adaptado perfectamente a un tipo de Estado, como ha sido el Estado de Derecho o Estado liberal, creación de la burguesía e ideal de la sociedad en la que se ha desarrollado Kelsen, por lo que no es extraño que algún historiador le haya calificado a Kelsen de pequeño burgués³¹ y que

23. Vid. Ricardo AZPURNAYALA, «Kelsen y su posición frente al positivismo y la dirección neokantiana» en *Homenaje* cit. en nota 1, p. 35.

24. Vid. mis escasas líneas sobre la «Analytical Jurisprudence», en *op. cit.* en nota 3, p. 237.

25. Vid. Alain RENAUT, «Kelsen et le problème de l'autonomie du droit» en *Cahiers de Philosophie polonaise et juridique La Philosophie du Droit de Hans Kelsen*, núm. 9. Centre de Publications de l'Université de Caen. 1986, p. 8.

26. Vid. Otfried HÖFFE, «La théorie du droit est-elle positiviste?», en los citados *Cahiers*, p. 47. Según O. H., Kelsen, con la neutralidad axiológica de Max Weber, ha rechazado toda estimación, incluida la ética, sobre todo, como no científica.

27. Vid. *op. cit.* en nota anterior, p. 45

28. *Op. cit.*, p. 47.

29. El paso ha sido de una «Rechtslehre» a una «Reine Rechtslehre».

30. Este resumen procede de O. HÖFFE, *op. cit.*, p. 61

31. Lo ha hecho Capograssi según N. BOBBIO, *Homenaje* cit. en nota 22, p. 300. Según R. AZPURNAYALA en *op. cit.* en nota 23, para Kant el Derecho fue un conjunto de condiciones bajo las que el arbitrio de un individuo podía coexistir con el arbitrio de otro bajo una ley universal de libertad.

Kelsen no se haya interesado por las formas históricas, como tampoco lo había hecho Kant³². La Teoría pura del Derecho ha sido ajena al empirismo, como lo había sido la Teoría del Derecho del Kant³³, pero también lo ha sido a la estimación ética³⁴, en cuanto que para Kelsen un orden no ha sido ni verdadero ni falso, sino adecuado o no a una norma³⁵.

Elaborada así, la Teoría pura del Derecho ha consituido una expresión del positivismo jurídico³⁶, aunque no haya faltado quien haya intentado salvarle del reproche del positivismo³⁷ y, sobre todo, se haya discutido su radicalismo³⁸. No ha dejado de observarse el que, curiosamente, H. Kelsen hubiera de huir ante otra manifestación de positivismo jurídico, como fue la de los nazis³⁹. En este último aspecto, es lógico que se reaccione vivamente ante una posible comparación entre el positivismo jurídico de un neokantiano como H. Kelsen y el positivismo jurídico de un nacional socialista como A. Hitler, pero tampoco deberá pasarse por alto los peligros del relativismo ético de Kant seguido por Kelsen⁴⁰, relativismo concretado en una excesiva confianza en la conciencia individual, posible herencia del puritanismo.

La Teoría pura del Derecho ha podido aparecer como obra perfecta, pero a fuerza de permitir que cree su objeto⁴¹. H. Kelsen ha exigido la admisión de muchos presupuestos para defender su tesis, pero, sobre todo, el que la Filosofía del Derecho y la Historia del Derecho hayan transcurrido por caminos paralelos, es decir, por caminos que no hayan podido encontrarse hasta el infinito, algo difícilmente admisible. Por ello, es por lo que lo que le ha preocupado e, incluso, le ha irritado, han sido los ataques de la Historia del Derecho, entre los que el principal ha debido de ser el de E. Schwinds. Por ésto es por lo que creo que tiene especial interés el análisis de la réplica de H. Kelsen a E. Schwinds, pues en él puede detectarse la fragilidad de la

32 Vid. *op. cit* en nota 26, p 45.

33. Id. id , p. 46.

34 Vid. nota 28.

35 Vid. Simone GOYARD-FABRE, «L'idee d'ordre dans la Theorie juridique de Kelsen», en *Cahiers* cit. en nota 26, p 27.

36. Vid. H. KELSEN, «Acerca de la norma básica», en *Homenaje* cit. en nota 1, p 433. «Y la Teoría pura del Derecho es la teoría del positivismo jurídico». En p. 419 había dicho «La Teoría pura define el Derecho como un conjunto o sistema de normas, como un orden normativo. Una norma...es el sentido de que algo debe ser hecho, aunque en verdad pueda no serlo».

37. Así lo ha hecho O. HOFFE, *op. cit*

38. O. HOFFE, *op. cit.*, p 45, ha reconocido alguna vez el positivismo radical de Kelsen, como cuando ha manifestado que el Derecho puede tener no importa qué contenido, pero también que por otro lado ha rechazado la teoría de los imperativos de Hobbes, Bentham y Austin, que eran positivistas

39 Vid. Chantal MILLON-DEL SOL, «A propos de Kelsen, critique du pur», en los *Cahiers* cit., p. 123, donde se llega a decir que Kelsen ha descubierto la existencia de valores que desconocía en una Teoría pura que era inhumana.

40. En el trabajo cit en nota anterior se recuerda lo que Schopenhauer había dicho de Kant, en el sentido de que éste era como el que en un baile de máscaras descubre que la mujer desconocida con la que baila es su mujer

41. Vid Lukas SOSOE, «La distinction de l'être et du devoir être dans la Théorie pure du Droit», en los *Cahiers* cit., p 81 Para el A la Teoría del Derecho «crée son objet».

Teoría pura del Derecho, elaborada por el primero, ante el realismo jurídico, representado por el segundo en cuanto historiador del Derecho.

5. LA FRAGILIDAD DE LA *TEORÍA PURA DEL DERECHO* ANTE EL REALISMO JURÍDICO DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Los aspectos en los que se ha centrado la réplica de H. Kelsen a E. Schwinds han sido los siguientes: I. La divergencia entre la Historia del Derecho y la Filosofía del Derecho; II. El carácter exclusivamente normativo del Derecho; III. El carácter esencial de la coacción; IV. El Estado como la ordenación jurídica; V. La exclusión de los órganos ejecutivos en el Derecho, y VI. La teoría de la norma fundamental.

El primer aspecto ya se ha destacado en los epígrafes anteriores. Aquí cabe destacar un tipo de argumentación paralógica bastante utilizado por H. Kelsen y que ha consistido en liberarse de alguna formulación suya comprometida, sobre la base de atribuirle un carácter aparentemente limitado en lugar de un carácter general. Kelsen no niega en ningún momento el que según él la Historia del Derecho y la Filosofía del Derecho no pueden entrar en conflicto por la absoluta diferencia en sus problemas. Sin embargo, en la réplica a Schwinds pretende que lo que ha hecho éste ha sido aprovecharse de un escrito suyo de habilitación en el que, desde un punto de vista estrictamente metodológico, *sólo* pretendía desconectar la Historia del Derecho en la discusión sobre la naturaleza normativa de la Jurisprudencia⁴². He subrayado la palabra *sólo*, porque si era grave el que Kelsen pensara que los problemas de la Filosofía del Derecho y la Historia del Derecho eran diferentes, aún lo era más el que pretendiera apartar a la segunda como algo simplemente enojoso a la hora de algo tan trascendente como la determinación de la naturaleza de la Jurisprudencia.

El segundo aspecto de la polémica entre H. Kelsen y E. Schwinds ha sido el del carácter normativo del Derecho o, más bien, el del carácter exclusivamente normativo del Derecho, pues E. Schwinds ha considerado que, incluso, no era ninguna novedad el que se asignara el carácter de disciplina normativa a la Ciencia del Derecho. Lo curioso es que H. Kelsen tratara de interpretar que la declaración de Schwinds era una concesión, de cuya importancia no se había dado cuenta éste, y era curioso en primer lugar porque no creo que pueda interpretarse como concesión lo que era lugar común, y en segundo lugar, porque aún en el supuesto de que el historiador no fuera tan brillante como el filósofo, hay que reconocerle un grado de capacidad más que discreto. La polémica se ha centrado en aspectos filológicos, suscitados por E. Schwinds en forma que H. Kelsen ha considerado trivial. Schwinds se ha fijado en términos como los de «derecho», «correcto», «recto» y «firme»⁴³, pero en forma que Kelsen ha considerado, precisamente, como confirmatorias de lo que se quería contradecir. Según la imputación de Kelsen, Schwinds ha interpretado esos términos como expresivos de una conducta geométrica o mecánica, cuando han sido conductas humanas. Conforme a esto, de

42 KELSEN, *op. cit.* en nota 3, p. 3.

43. *Op. cit.*, p. 6. Los términos alemanes empleados han sido los de «Recht», «Richtige», «Gerade» y «Festgeleg».

acuerdo con el valor expresado como correcto, la conducta humana ha tenido que ser «recta» y no, «torcida»⁴⁴, correspondiéndose con una línea recta, así como una conducta firme lo que ha significado es que no ha sido conforme a lo que el ser humano quisiera, sino que éste ha debido conducirse de una determinada manera, algo comparable al objeto que no puede cambiar de sitio. Como se apreciará fácilmente, es cierto que E. Schwinds se ha comportado trivialmente, pero también lo es que H. Kelsen no lo ha hecho de otra manera. Ninguno de los dos ha sentido la menor curiosidad por lo que sucedía con la terminología de otros países, ni tampoco, y esto era lo más grave, sobre todo, en el caso de Schwinds, por lo que había significado el tránsito de «lus» a «Directum» y «Reht» en el pasado⁴⁵. Todo quedó reducido al estrecho marco, no ya de lo germano, sino de lo alemán. Como no podía menos que suceder, dentro de éste se planteó el tema del «deber ser» frente al «poder ser» o el «tener que ser»⁴⁶, también resuelto trivialmente por ambos contendientes. Para E. Schwinds, ni el lenguaje del pasado, ni el del presente, había reflejado el que el deber ser fuera esencial en el Derecho, cuando tal declaración hubiera exigido una previa y concienzuda investigación. Por su parte, Kelsen sólo ofrecía un ejemplo y, además, este ejemplo era, precisamente, el de la Constitución federal austríaca de 1920⁴⁷. Fuera de esto, Kelsen se cubría de posibles objeciones, como la de expresiones del tipo de «será castigado»⁴⁸, la cuál según él equivaldría a la de «deberá ser castigado», o la del empleo de los verbos «deber» o «poder», que implicaría un «deber» de los demás⁴⁹. Como expresión no meramente normativa, Schwinds había alegado la de «Yo puedo hacer lo que quiero con la cosa que me pertenece», pues en ella no se hablaba inmediatamente de deber, ni provisionalmente nadie debía hacer nada, pero Kelsen insistía en que lo que significaba es que los demás tenían el deber de no molestarle⁵⁰. Ha sido una muestra más del razonamiento paralógico de Kelsen, a quien siempre ha molestado el realismo jurídico de la Historia y quien en caso de necesidad hubiera podido sustituir el hecho histórico por la ausencia del contrario.

El papel desempeñado por la coacción en el Derecho ha sido otro de los aspectos destacados en la polémica⁵¹ Schwinds ha imputado a Kelsen el haberla considerado esencial, lo que ha implicado una «violenta unilateralidad y una exageración de los momentos materiales en el Derecho», de forma que «todo lo espiritual, ético, consuetudinario y humano tiene que ser destilado para desembocar en la mecanizada conducta en la que la Teoría pura del Derecho considera lo esen-

44. Para la palabra «torcido», Kelsen ha empleado el término «Krumm».

45. Vid. mi obra *Las culturas represivas de la Humanidad*, 2 vols. Prensas Universitarias de Zaragoza. 1992, precedida de *Poder, represión e historia*. Discurso de recepción en la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona, 1988, y sucedida de «La cultura represiva (Apostillas al libro *Las culturas represivas de la humanidad*)», en *AHDE*, 63-64, 1993-94, pp. 1135-1191).

46. Los términos alemanes son los de «Sollen», «Dürfen» y «Können».

47. Sobre todo esto vid. *loc. cit.*, en nota 43.

48. El término «será castigado» es en Kelsen el de «wird bestraft». Vid *op. cit.*, p. 7.

49. Sigue el juego con los términos «Dürfen», «Können» y «Sollen» en *op. cit.*, p. 7.

50. *Id. id*

51. El término empleado por Kelsen para «coacción» ha sido el de «Zwang», derivado de «zwingen», el cuál entre nosotros tiene menos fuerza en cuanto «obligación».

cial del Derecho»⁵². En cuanto historiador, E. Schwinds ha apelado frecuentemente a la que ha denominado la «Vida realmente latente»⁵³, expresión que no ha dejado de incomodar a un Kelsen envuelto en un mundo abstracto de normas. Como en otros casos, Kelsen no ha querido arrostrar una defensa decidida de sus posturas, lo que le ha conducido a declarar que él no había defendido que el momento de la coacción fuera esencial, sino sólo en el sentido de que la norma jurídica ordenaba una coacción, la cuál establecía como cosa debida, sin referencia a que esta coacción se realizara en el caso concreto, algo que ha ratificado diciendo que nunca había defendido que la conducta del hombre tuviera que ser el temor a la coacción. Es más, Kelsen ha imputado a Schwinds el que pudiera considerarse a él como defensor de que en el Derecho no hubiera elementos anímicos o espirituales y el ser humano sólo cediera ante el temor a los tribunales y a la policía⁵⁴. Con ello, Kelsen se ha desviado de su positivismo jurídico y ha desvertebrado su mundo de normas. La cuestión no era la de si existían dentro de ese mundo otros elementos que no eran la coacción, sino la de si esos elementos podían tener vigencia sin ésta. Como tantos otros liberales, Kelsen no se atrevió a reconocer el carácter represivo del Derecho, sin el cuál será cualquier otra cosa menos el Derecho o uno de los equivalentes⁵⁵. Debió asistirle la razón, sin embargo, en que para él el contenido de las normas jurídicas no había sido indiferente para la Jurisprudencia⁵⁶, aunque no se esforzara para defenderlo. Su propio formalismo empujaba a ello, al establecer un mundo normativo íntimamente interrelacionado y sometido a una norma fundamental, lo que implicaba el rechazo a cualquier género de norma incondicionada y caótica.

En el cuarto punto de la polémica y siempre según Kelsen, Schwinds ha negado que el Estado pudiera ser un orden jurídico o el orden jurídico, al tener que proceder de un pacto con el que no podía identificarse. Schwinds ha reprochado a Kelsen la elaboración de un Estado sin seres humanos⁵⁷. A ello, Schwinds ha añadido que los Estatutos, ya reconocidos por Kelsen, han sido los pactos, siendo indiferente el que después se hubieran reunido las gentes para ello, y que si el Estado como pacto hubiera sido un orden jurídico, se habrían producido dos corporaciones con los mismos Estatutos, siendo rara la identidad de dos Estatutos en la vida⁵⁸. Si Schwinds no ha dicho nada más que lo que nos ha sintetizado Kelsen, su postura no ha debido rebasar la de un roussonianismo demasiado elemental. Por otra parte, parece que Kelsen habrá concluido por no confundir Estado y orden jurídico al definir al primero como un centro de imputación de normas. Sin embargo, la realidad es que en la polémica aquí reflejada Kelsen ha aportado muy

52. *Op. cit.*, p. 10.

53. *Loc. cit.*. La expresión alemana utilizada ha sido la de «wirkliche pulsierende Leben»

54. *Loc. cit.*

55. Vid. mis trabajos citados en nota 45. Kelsen no tuvo conciencia de que el «Derecho» no era una categoría universal, sino que lo trató como tal.

56. *Op. cit.*, pp. 10-11

57. Los términos empleados por Kelsen han sido los de «Staat, eine Rechtsordnung» o «die Rechtsordnung», «Verband» y «Menschen». Vid. pp. 12-13.

58. Vid. *op. cit.*, pp. 12 a 14. Los términos empleados han sido los de «Estatuten», «Ver-

poco, salvo una referencia a la teoría de los grados, de Merki, conforme a la cuál Orden no era sólo los Estatutos o escalones generales, sino también las normas individuales y los actos de su ejecución, es decir, las concreciones⁵⁹. El resto lo ha empleado Kelsen en ironizar contra Schwinds por atacar éste su método de determinación conceptual⁶⁰.

En otro punto de la polémica, Kelsen se ha defendido de la imputación que Schwinds le ha hecho en el sentido de excluir dentro de una Teoría de los órganos del Estado a los ejecutivos de la Justicia y de la Administración, los verdugos entre ellos, y, por el contrario, considerar como tales a los particulares que a través de la conclusión de los negocios jurídicos han participado en la producción del orden jurídico. Para Kelsen se ha tratado de una falsedad. Según él, ha distinguido entre conceptos jurídicos de forma y de contenido en los órganos del Estado, además de entre un concepto estático y otro dinámico. Según Kelsen, el concepto dinámico, detenido en la producción del ordenamiento estatal, ha podido, naturalmente, no comprender los órganos de ejecución pura. Por su parte, la actuación del particular con la conclusión de negocios ha caído dentro de la producción del ordenamiento jurídico y, sin embargo, ha sido excluido del concepto de órganos estatales en el sentido jurídico de contenido⁶¹. En este aspecto, Kelsen parece haberse movido con más seguridad que lo ha hecho en otros temas.

El último tema de la polémica ha sido el de la Teoría de la norma fundamental, a la que Schwinds ha considerado el punto más vulnerable del sistema de Kelsen. Según ha reconocido éste, ha sido la pieza nuclear del escrito de aquél y con el que ha pensado anular toda su teoría⁶². Schwinds ha partido de una «vida latente» o «realidad efectiva»⁶³, lo que según Kelsen sólo ha podido generar relaciones humanas fácticas, excluyendo relaciones jurídicas⁶⁴. A Kelsen, en cuanto jurista positivo, lo que le ha interesado es cómo una conducta humana se ha transformado en un acto jurídico, y dejando de considerarlo un hecho, cómo su sentido objetivo o cómo una ley, que no ha sido sino un hecho, en cuanto voluntad de unos hombres se ha transformado en una norma en virtud de otra superior como ha sido la Constitución. Para Kelsen, el hecho histórico que ha dado el indicado paso, haya sido una asamblea de hombres o la orden de un usurpador, el jurista positivo la ha dado como presupuesto, sin acercarse a él. La expresión de ese presupuesto o su formulación ha sido la norma fundamental hipotética a la que ha hecho referencia la Teoría pura del Derecho. Para ésta, el objeto del conocimiento no ha sido el hecho, sino la norma. Para Kelsen, este giro no ha inaugurado un nuevo método de la Jurisprudencia, sino que ha sido el presupuesto lógico del método ya ejercido por la ciencia a través del análisis del proceso⁶⁵. Precizando aún más, Kelsen ha añadido que la norma fundamental no ha sido ninguna norma positiva o norma

59. El término empleado ha sido el de «generelle Stufe».

60. El término alemán es el de «Begriffsbestimmung».

61. *Op. cit.*, p. 61.

62. *Op. cit.*, p. 23 Los términos empleados han sido los de «Grundnorm» y «wundesten Punkt».

63. Los términos empleados han sido los de «pulsierende Leben» o «reale Wirklichkeit».

64. *Op. cit.*, p. 23. Los términos son «faktische» y «rechtliche», respectivamente.

65. Todo esto en p. 24.

jurídica, en cuanto no ha sido legislada, sino preestablecida, por lo que no se ha podido hablar en ella de ficción o consideración de una realidad en contradicción de una efectividad. Es por lo que Kelsen la ha denominado «Constitución» en sentido «lógico jurídico» y no, en sentido «jurídicopositivo»⁶⁶. ¿Ha conseguido Kelsen escapar así a las objeciones de Schwinds, especialmente, a la de que la pureza de su Teoría representaba la disolución de todo lo que se encontrara fuera de su propia Lógica y de su propia Especulación, especialmente, la Ética o el ideal de Justicia, o a la de que su Teoría pura del Derecho sólo quisiera ser una Teoría del Derecho positivo?⁶⁷ Yo creo que no. Kelsen esquematizaba o conceptualizaba un sistema normativo, como era el sistema constitucional de los siglos XVIII a XX dentro de unas culturas represivas determinadas, como las culturas «Directum», «Reht», «Jog», «Prawo» y «Common law», pero pasaba por alto los sistemas desarrollados antes del siglo XVIII dentro de esas propias culturas y los que han tenido lugar antes y después en las culturas «Darma», «Ching», «Meecharu», «Maat», «Dike», «Ius», «Torá» y «Charía». Kelsen encontraría la norma fundamental en la Biblia o en el Corán, pero difícilmente podría alegar que lo era en sentido lógico jurídico donde no había existido el concepto de lo jurídico y donde, de haber existido algo semejante, lo que hubiera predominado es el sentido positivo sobre el sentido lógico.

JESÚS LALINDE ABADÍA

66. Todo esto en pp. 24-25. Kelsen ha contrapuesto «rechtslogischen Sinne» y «positivrechtlichen Sinne». Los otros términos empleados han sido los de «gesetz», «vorausgesetzt», «Ficktion», «Realitat» y «Wirklichkeit».

67. Los términos empleados son «Reinheit», «Logik», «Spekulation», «Reine», «Rechtslehre» y «Theorie des positiven Rechtes».