

ESTUDIOS y NOTAS

EL CONCEPTO DE LA TEORIA GENERAL DEL ESTADO Y EL PROBLEMA DEL ESTADO DE DERECHO

I. LA HERENCIA DE LA ILUSTRACIÓN

El concepto de la *Teoría general del Estado*, así como la idea del *Estado de Derecho*, denotan en forma de simplificación lógica una multitud de cuestiones y problemas consagrados a la consideración teórica y a la organización práctica del Estado. Y es, por cierto, significativo para el planteamiento de tales problemas y su resolución el que éstos asuman una carácter amplio, al menos relativamente. Se indagará, pues, aquí acerca del Estado en un sentido «universal», tal como Derecho y Estado se manifiestan también, en general, en la fórmula «Estado de Derecho», por tanto, sin restricción por factores que aun presuponiendo de cualquier modo lo universal hacen, sin embargo, hicapié en lo particular, como, por ejemplo, tendría que hacerlo un estudio de la Teoría general del Estado español, o alemán, inglés, etc., conforme a lo delimitado de su objeto y según la naturaleza del planteamiento de las cuestiones a éste relativas.

También la cuestión referente a la Teoría general del Estado es no sólo por sí de mucho momento, al poner en necesaria relación la importancia intrínseca de un problema con el ámbito de su validez, sino asimismo del mayor interés por lo que atañe a los intentos de su solución. Pues de manera distinta que en los problemas especiales del campo jurídico, que pueden ser tratados ampliamente de modo técnico-práctico, al poder presuponerse,

tanto los principios fundamentales a que en aquéllos ha de recurrirse como las soluciones básicas con los mismos enlazadas, en las cuestiones generales lo que se halla en discusión es el método como tal, así como la comprensión del objeto en su totalidad, y no solamente con referencia a modalidades particulares.

Al mismo tiempo, frente a las soluciones hasta ahora halladas surge con especial insistencia y gravedad la duda referente a su verdad o fecundidad. Sin embargo, la *Teoría general del Estado* con lo *político* señala aquel dominio de la comunidad humana, que precisamente en los últimos decenios se evidencia muchas veces no sólo como pésimamente organizado, sino también francamente pervertido —y, por cierto, en sus íntimos fundamentos morales precisamente—. Un estado de cosas en verdad puede no sólo achacarse a las Teorías generales del Estado de las últimas generaciones, habiendo realizado éstas, por lo visto, todo lo que en sus manos estaba para impedirlo.

Pero tampoco ahora podríamos, en verdad, afirmar, por escasa que sea nuestra intención de calumniar a los grandes representantes de la especialidad, que precisamente esa concepción teórica del Estado no se hubiera hallado en Alemania sin una íntima relación con la decadencia y perversión de la práctica política. La culpa, en tanto que en general pueda razonablemente hablarse de culpa, estriba no tanto en la influencia de lo que podría designarse como particularidades nacionales alemanas, como precisamente en la capitulación ante una consideración del mundo desarrollada como tal sobre todo fuera de Alemania, especialmente antes de la Ilustración.

Caracteriza a la Ilustración, para resaltar sólo lo más fundamental, el intento de concebir al hombre y al mundo exclusivamente, o en cuanto fuera posible, sólo como objetos del reino físico o como portadores de cualidades materiales y de medios de conocimiento racional referentes precisamente a ese reino. Pero tal concepción del mundo había de atacar demoledoramente aquellas cualidades e inclinaciones innatas del carácter alemán que hicieron aparecer a esta nación en la primera mitad del siglo XIX como la nación de los poetas y de los pensadores. Pues una consideración del mundo meramente naturalista no sólo convertía el dominio religioso en un simple estorbo para la ciencia como extracientífico, y, a no tardar también, como subcientífico, sino que, además, vedaba toda trascendencia del campo de lo sensible, cosa que,

con las ideas y los valores, atañía a la posibilidad de construir una concepción moral del mundo.

Mas de ese modo la Teoría general del Estado hubo de tornarse en una ciencia que intentaba concebir de modo estrictamente empírico no sólo al Estado, sino al Derecho, y así, el Estado se convertía, ante todo teóricamente, en una ordenación que más o menos aparecía exclusivamente como producto, punto de partida y totalidad de un comportamiento que no adquiriría científicamente realidad más que en el plano de la finalidad y de la utilidad. Y, por su parte, el Derecho perdió su relación necesaria con la idea de la justicia y con lo objetivo de los supuestos previos de orden, válidos de por sí, y que, por ende, han de realizarse en el ámbito de lo humano para convertirse en un producto de la libre voluntad del Estado y, con ello, en algo esencialmente discrecional hasta, al fin y al cabo, arbitrario.

Aún hoy, mirado de manera meramente empírica desde el punto de vista de la ordenación, hay en muchas partes del mundo una situación que tiene que designarse como enemiga del orden y hasta como en verdad caótica. Esto, empero, problematiza la pretendida validez general de un procedimiento científico que, por apoyarse en la experiencia, puede, por consiguiente, ser refutado también mediante la experiencia. Pues cuando un método que se proclama a sí mismo suficiente, y hasta el único científicamente admisible, conduce en su aplicación práctica al caos, es que tiene que haber supuestos previos de la realidad vital, demasiado injustamente desdeñados por tal procedimiento, sin los cuales, no obstante, no pueden alcanzarse orden y paz verdaderos en el mundo.

Con lo cual se atestigua una crisis de la Ilustración que atañe hoy a ésta, tanto en su forma más racional como en la más empírica. Y hasta se da, en efecto, la escueta necesidad vital de entenderse con los supuestos intelectuales, de los que manifiestamente surgieron tan vigorosos elementos de ruina y confusión. Y tal explicación ha de verificarse con respecto a aquellas teorías de la Ilustración en aquello en que éstas penetraron en su forma más general en la Ciencia del Derecho, es decir, en la Teoría del Estado y del Derecho propiamente dichos. Para ello seguidamente se estudiará en particular a tres eminentes representantes, y hasta en cierto modo fundadores, de la Teoría general del Estado como ciencia en Alemania, y cuyo influjo, aunque modificado con

diversa intensidad y por otros factores, aún hoy viene determinando extensamente en este campo la opinión científica, y por cierto no sólo en Alemania.

II. EL CONCEPTO DE LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO EN HERMANN REHM

Los últimos decenios han producido cierto número de obras que ya en su título indican como objeto propio suyo la atención a la Teoría general del Estado. Hay que destacar aquí, entre ellas, las de Waldecker (1) y Sander (2), de Helfritz (3) y Nawiasky (4), al lado de las cuales hay que citar pequeñas exposiciones o monografías, como las de Thoma (5), Laun (6) y otros.

Sin embargo, si se prescinde de las singularidades procedentes del aspecto personal de cada autor, y, por tanto, individualizadas, como quien dice, se evidencia materialmente que todas esas obras se mantienen más o menos intensamente dentro de la línea de un concepto naturalista de la ilustración, que, bastante modificado por ellos en los detalles, sin embargo, la aceptaron en lo fundamental como una tesis científica, por así decir, evidente. Línea de la que casi sólo se aparta, como un solitario, la Teoría del Estado de H. Kipp (7), quien, por su parte, trata de enlazar con la tradición occidental en el sentido especialmente de la Filosofía aristotélico-tomista.

Pero miradas desde el punto de vista de su pensamiento fundamental, precisamente la literatura mencionada reviste con ello también, y en gran manera, el carácter de un mero decadentismo. Pues por poco discutibles que sean los méritos especiales que tal literatura posea desde otros aspectos —tales como, por ejemplo, el didáctico—, o de las cualidades personales de sus autores, su

(1) WALDECKER (L.): *Allgemeine Staatslehre*, 1927, y *Kurzgefasster Grundriss der Allgemeinen Staatslehre*, 1932.

(2) SANDER: *Allgemeine Staatslehre. Eine Grunlegung*, 1936.

(3) HELFRITZ (H.): *Allgemeines Staatsrecht*, 5.^a ed., 1949.

(4) NAVIASKY (H.): *Allgemeine Staatslehre*, I, 1945; II, 1, 1952. Vid. también *Allgemeine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1948.

(5) THOMA (R.): *Grundriss der Allgemeinen Staatslehre*, 1948.

(6) LAUN (R.): *Studienbehelf zur Allgemeinen Staatslehre*, 4.^a ed., 1947.

(7) KIPP (Heinrich): *Staatslehre*, 2.^a ed., 1945.

obra, sin embargo, no es la propia de un comienzo ni de un nacimiento, sino la de la transmisión e incipiente difusión. Por eso a tales trabajos les falta no ya meramente la frescura de un descubrimiento real o presunto, sino también el empeño en profundizar y afianzar la posición fundamental por ellos más bien sólo en lo esencial transmitida y presupuesta como cierta, por más que se aparten de ella en una u otra cuestión secundaria.

Desde esta base, por tanto, se han de investigar los métodos de la Teoría general del Estado, como quien dice en sus fuentes, o sea allí donde aún brota fresca y cristalina y abarca lo que entonces mismo consideraba como su propia misión y peculiaridad.

La exigencia, propia de la época contemporánea, de lograr claridad en los problemas del Estado se muestra en que al comenzar el siglo aparecen casi al mismo tiempo tres grandes obras en Alemania que se titulan todas *Teoría general del Estado*.

De entre ellas, la *Teoría general del Estado* de Richard Schmidt, cuyo primer tomo apareció en 1901, logró escasísima influencia por ofrecer su modo de ver, preponderantemente histórico, muy escaso motivo para una nueva y fundamental orientación. De ahí que pueda ser omitida en este trabajo.

Por el contrario, la *Teoría general del Estado* de Hermann Rehm (8), aparecida con anterioridad, ya en 1899, merece ser considerada minuciosamente. Pues aunque Rehm fué ampliamente eclipsado en cuanto a su influjo por la obra de Jorge Jellinek, de que ya trataremos, se encuentra en él, sin embargo, en modo impresionante el intento de revalorizar la Teoría del Estado precedente junto con el empeño de fundamentarla de nuevo. En esto no sólo aventaja Rehm a Jorge Jellinek en cuanto a capacidad para sentir el método, sino también por su profundo conocimiento de las teorías políticas, lo que le preservó de perder totalmente de vista la tradición occidental en su perspectiva interna.

En torno de ello gira Rehm para esclarecer los supuestos previos y el método de su trabajo, es decir, para comprobar, con arreglo a su terminología, el «concepto» de la Teoría general del Estado, del cual depende para él «la amplitud de la materia que ha de exponerse» (9). A tal fin investiga, en primer lugar, qué es lo que ha de entenderse con la expresión «Teoría general del Estado».

(8) Aparecida como tomo introductorio al *Handbuch des öff. Rechts*.

(9) Ob. cit., pág. 1.

Si se prescinde, a tal respecto, de un concepto de la Teoría del Estado, indicador solamente de lo contrario a *práctica política*, así como del que proclama por «Teoría del Estado» a la imagen adquirida por la comparación de varios Estados, sólo alcanzaría significación fundamental la opinión de Rehm referente a aquella tesis que, según él, «identifica la Teoría del Estado con la Filosofía del Estado» (10). Según esto, «la Teoría del Estado es la ciencia que se ocupa del Estado lógicamente deducido, del ideado o llamado racional, así como la consideración especulativa, racional, del Estado. Al ser esto así se contrapone la Teoría del Estado a la ciencia empírica del Estado, cuyo objeto es proporcionado por los Estados efectivos, ya uno en particular, ya la comparación entre varios» (11).

Es digno de observar a este respecto que Rehm no sólo rechaza precisamente esa opinión identificadora de la Teoría del Estado y de la Filosofía del mismo, sino que la proclama como una opinión «hoy caducada» (12). Verdad es que «la expresión Teoría general del Estado fué empleada en el sentido de Filosofía política hasta entrada la segunda mitad de este siglo por los juristas, quienes se habían desarrollado bajo la consideración preponderantemente filosófica del Estado» (13), y de este modo hablaba aún, por ejemplo, Hermann Schulze en su *Introducción al Derecho político alemán*, aparecida en 1867, de una «Teoría general o filosófica del Estado», y todavía hoy se encuentra «la expresión en este sentido» (14).

Caracteriza, además, el concepto empirista de ciencia, adoptado por Rehm como evidente, el que ignore como cosa natural a la teoría católica del Estado, por no corresponder, por lo visto, a aquel concepto y, por tanto, ser para Rehm extracientífica. Pues aunque Rehm afirma que la equiparación por él censurada de la Teoría general del Estado con la filosófica del mismo está muy difundida en la teoría política católica, se contenta con establecer a este respecto «que parece evidente, si bien se mira, que la Teoría católica del Estado *todavía* se basa, plena y totalmente, en Santo

(10) Ob. cit., pág. 1.

(11) Ibid.

(12) Ibid.

(13) Ibid., pág. 3.

(14) Ibid.

Tomás de Aquino, y, por lo tanto, en concepciones iusnaturalistas» (15).

Con lo que Rehm se planta en el terreno de una ilustración religiosa que piensa poder aguardar a que ya no exista aquel «todavía» de la vinculación de la Teoría católica del Estado con el Derecho natural, es decir, a que también ésta se coloque en el punto de vista de la ciencia moderna, la que cree poder definir el Derecho de manera meramente empírica y, por consiguiente, como objeto del mundo exterior. Pero como el Derecho no significa más que una parte del Estado al que representa en su actuación normativa, también este Estado, por lo visto, tan sólo puede ser definido empíricamente, al realizarse ya así con respecto al ordenamiento jurídico. Al decidirse Rehm por las diversas opiniones acerca del concepto y esencia del Estado, es decir, al «comprobar» cuál de ellas ha de considerarse como «cierta» (16), proclama con energía: «No es aceptable reconocer como generalmente válido únicamente aquello que se infiere de una deducción racional. Por el contrario, tenemos que colocarnos con todo ahínco en el punto de vista de que la garantía de un conocimiento seguro del Estado se adquiere mucho menos por medio de la especulación filosófica que por una consideración comparativa de los Estados existentes. Mediante la consideración empírica del Estado penetramos mucho más profundamente en su naturaleza que cuando nos acercamos al concepto del Estado con construcciones apriorísticas. El Estado es un fenómeno empírico y real y, por lo tanto, también hay que intentar, en primer lugar, comprenderlo empíricamente» (17).

Por otra parte, Rehm ve muy bien que el Estado puede ser fundamentalmente considerado de modo distinto que el meramente empírico. Pero esas otras posibilidades son para él algo que sólo se agrega en cierto modo a la realidad, y que, por ese su carácter subjetivo y vaporoso, carecen, sin embargo, de alguna manera de solidez. Ciertamente que Rehm admite que «una asociación de Derecho pueda ser un Estado con arreglo al Derecho positivo, a la que no se le pueda reconocer tal carácter desde el punto de vista de la Filosofía política, ni de la Política estatal, ni de la Ética del Estado, y que, en cambio, conforme al Derecho positivo.

(15) Ob. cit., pág. 3.

(16) Ibid., pág. 5.

(17) Ibid.

puede dudarse que sea Estado el que política, filosófica o moralmente consta que posee el carácter de tal» (18). También a este propósito se remite Rehm a una cita de Treitschke en la que dice: «¿Qué es el núcleo inalienable de la Soberanía? Este núcleo estriba jurídicamente en la facultad de determinar el ámbito del propio Derecho y políticamente en el Derecho de las armas (esto es, en la posibilidad real de su empleo)» (19).

Pero esa posibilidad de considerar al Estado bajo diversos aspectos todavía le permite a Rehm preguntar: «¿Cuál es, en el concepto del Estado, la diferencia específica más importante para el conocimiento del mismo: la jurídica, la política, la filosófica o cuál otra?»

«La respuesta no puede ser dudosa: aquella que mejor exprese la circunstancia de que el Estado es un hecho experimental, un fenómeno empírico. Demasiadas veces se ha dicho al sostener que el Estado no puede entenderse esencialmente más que como empírico, pero en todo caso es indiscutible que únicamente encontraremos un concepto lo más seguro posible acerca del Estado, cuando partimos de la suma de fórmulas políticas que en la realidad se nos ofrecen con el nombre de tal. Por eso se reconoce que en el concepto de Estado el elemento que más impulsa el conocimiento del Estado jamás puede ser el filosófico o el ético o el de la Política en el sentido del *Arte político* o de la *Teoría de la prudencia política*, porque en todos estos casos se trata de concepciones subjetivas que cambian con el individuo. Sólo puede ser, sin embargo, fundamento seguro del concepto de Estado lo que es capaz de proporcionar una medida objetiva de enjuiciamiento. Pero esto no ocurre más que en las relaciones jurídicas y en las objetivamente reales, tal como se manifiestan en los elementos efectivos del Poder y, por consiguiente, en la Política en su acepción de Teoría descriptiva del Poder político» (20).

Junto a las relaciones empíricas del Poder como medida objetiva del enjuiciamiento se encuentran las «relaciones jurídicas», que, a su vez, a pesar del punto de vista positivista de Rehm, tampoco representan más que una forma del Poder, y un Poder, por cierto, que por su enorme estabilidad se diferencia y distin-

(18) Ob. cit., pág. 11.

(19) *Ibid.*

(20) *Ibid.*

que del Poder efectivo, y, por consiguiente, del político en la acepción de Rehm.

«Por mucho que el Poder efectivo se basa en características objetivas, en comparación con el Poder jurídico, el efectivo está, sin embargo, sujeto a cambios fluctuantes y más intensos. El Poder jurídico descansa sobre reglas y normas; por lo tanto, sobre algo determinativo para perdurar. Los fundamentos del Poder efectivo son mucho más variables y fluctuantes que las normas legisladas o consuetudinarias sobre las que descansa el Poder jurídico» (21). Pero en tanto que precisamente esa mayor duración del Poder del Derecho frente al Poder efectivo facilita la comprensión del primero, también el ordenamiento jurídico procura los «puntos de partida más seguros» para la «definición del Estado» (22). En su virtud, la «consideración jurídica del Estado» ocupa, para Rehm, «un espacio singularmente amplio» en la Teoría general del Estado (23).

Si las relaciones jurídicas del Poder se distinguen, según Rehm, de las políticas del día sólo por su mayor duración, mas no por su calidad especial, se hace preciso echar una mirada al concepto de la Política, ahora hermanado con el Derecho. Viene aquí designada para Rehm la «Política como ciencia, primero, como la teoría de cómo han de organizarse los asuntos del Estado, y Arte político el establecimiento de principios doctrinales acerca de cómo se organizan las cuestiones propias del Estado de la manera más conveniente. Y luego es la doctrina de cómo puede lograrse el Poder efectivo en el Estado y de quién en éste tiene ese Poder. Política en este sentido es la doctrina de la distribución del Poder efectivo y de la obtención del Poder en el Estado, de los elementos efectivos del Poder y sus supuestos previos, y de la posibilidad de llegar a ser uno de ellos (elemento del Poder); con otras palabras: Teoría del Poder político y de la prudencia política» (24).

Si por su procedencia positivista la concepción del Derecho, para Rehm, se aproxima totalmente a la de la Política, sin embargo, en cierto modo viene siendo rechazado de otra forma. Pues mientras afirma que la Teoría general del Estado es más que una Teoría jurídica general del Estado, protesta contra la expresión

(21) Pág. 12.

(22) Ibid.

(23) Ibid.

(24) Pág. 10.

«terminológicamente falsa» de designar a la Teoría general del Estado como Derecho político general, por moverse así «aún en el tecnicismo de la época del Derecho natural» (25). Para Rehm, pues, Derecho y Estado no son objetos de un dominio normativo, sino empírico, con lo que la «definición del Estado» se convierte para él también, en el problema de determinar más justamente la realidad previamente dada, lo cual exige, empero, determinar el «concepto empírico del Estado» según la «concepción de la vida política», es decir, que para Rehm tenemos «que derivar de éstas» ese concepto (26).

Por último, se plantea ante esta obra que tan vivamente se mueve entre definiciones el problema de la definición de su concepto fundamental, es decir, la referente al concepto de la Teoría general del Estado, así como el del mismo Estado. A tal respecto define Rehm la Teoría general del Estado como la «Teoría del Estado en general, del Estado como un todo y no de sus partes». Pero esto no es más que como «explicación referente al concepto y esencia del Estado. Quien investiga el concepto y la esencia del Estado considera a éste como algo unitario, como algo constituido por un todo». Ello no excluye, según Rehm, el indagar las cuestiones sólo atañentes a los «particulares elementos, órganos y actividades del Estado». Pero la Teoría general del Estado siempre ha «de entrar en lo particular sólo en tanto que sea necesario para caracterizar al Estado como una unidad, como un conjunto de partes, como un todo» (27).

Se preocupa Rehm, además, de definir también al objeto de la Teoría general del Estado, es decir, al Estado mismo. El camino seguido para ello, como «empírico», es decir, que mira al «Estado histórico existente en el presente o en el pasado» en contraposición al «Estado intelectualmente representado» (28), conduce a Rehm a ciertas modificaciones de la «doctrina predominante» que define al Estado como «comunidad que se encuentra en posesión del Poder supremo», entendiéndose aquí como Poder «el supremo Poder jurídico» (29).

No es posible seguir aquí cada uno de los pasos del curso de

(25) Pág. 8, nota.

(26) Pág. 28.

(27) Pág. 7.

(28) Pág. 12.

(29) Pág. 13.

sus ideas; con todo, el mismo Rehm considera como elemento importantísimo de su definición del Estado el «concepto de personalidad internacional» (30). Mayor interés merece la opinión de Rehm con respecto a la teleología, por tener ésta que chocar necesariamente con una consideración meramente empírica. Bien ve esto Rehm al afirmar que una «consideración de las circunstancias empíricas del Estado» no permite incluir en el «concepto empírico del Estado» el «factor intencional» de la «exigencia del bien común de sus miembros», ya que, de otro modo, los Estados que contravienen el bien de la comunidad «lógicamente no serían en absoluto Estados» (31). Pero, por otra parte, tampoco puede Rehm aprobar que en nuestra época, «tanto la imperante doctrina jurídica nacional como la extranjera desdeñen incluir factor intencional alguno en el concepto empírico del Estado» (32). Y se vuelve así contra un procedimiento iniciado en Alemania por Gerber y Laband y representado en Francia por Esmein, Hauriou y Moreau en sus definiciones del Estado, procedimiento que Laband ofreció en esta fórmula general: «El fin a que tiende una institución jurídica se encuentra fuera de su concepto» (33). Como resultado final logra Rehm así la «definición sintética»: «Estado es la unión organizada de muchos hombres, establecida en un territorio, que persigue fines temporales y posee personalidad jurídica internacional» (34).

Finalmente ha de mencionarse que Rehm añade a su concepción empírica del Estado un breve capítulo acerca del fundamento jurídico, el fin y los supremos principios constitucionales y otra sección más larga en la que ofrece una Historia de las teorías políticas filológicamente cuidada y bien informada objetivamente y que alcanza hasta las contemporáneas. Para él, aquí, el fundamento del Estado procede de su necesidad por no ser posible sin él una ordenada convivencia humana. Del mismo modo se sigue «también de la esencia del Estado su fin racional», designado por Rehm como «garantía y cuidado de los intereses generales de los miembros del Estado» (35).

(30) Pág. 38.

(31) Pág. 42.

(32) Pág. 32.

(33) Ibid.

(34) Ibid.

(35) Pág. 38.

Mientras por una parte se manifiesta el dominio de lo moral-racional, al menos formalmente, por otra la determinación material del «interés general» conserva, mediante Rehm, solamente un carácter empírico-racional. Con todo, este interés general en modo alguno se identifica con la suma de los intereses de cada uno de los miembros, sino que es más bien el término medio de esos intereses particulares. Pues los intereses particulares se oponen entre sí por grupos, por lo cual el interés general, o del Estado, no puede ser la suma, sino sólo el término medio entre los intereses contrapuestos de los particulares, y, por consiguiente, ello no puede ser más que una misión común» (36). Corresponde al Estado, según Rehm, fijar el «término medio», misión que sólo puede cumplir «prescindiendo de este o de aquel interés, y, por tanto, estorbando su realización y posponiendo el interés de los grupos más pequeños al de los más grandes».

Estas son, a grandes rasgos, las ideas que nos legó Rehm en su Teoría general del Estado. Ideas de un sabio culto y sincero de fines de siglo, para quien lo moral se sobreentiende, por así decir, en el ámbito personal, lo que se percibe hasta en su modo de hablar y método de trabajo.

Hay, por otra parte, el hecho curioso de que esta Teoría del Estado, de tomarla en serio en cuanto a lo que de hecho dice, es extremadamente primitiva y hasta propiamente bárbara. Hecho que no ha de atribuirse personalmente a Rehm, por cuanto expresa totalmente un fenómeno propio de la época del fin de siglo. Fenómeno que encierra una capitulación de las ciencias del espíritu ante las ciencias naturales, cuyo materialismo «científico» originariamente no había representado, por cierto, más que un ataque contra el teológico (37).

Porque, ¿qué es lo afirmado por Rehm en esta materia? Lo que en él se encuentra es la tesis fundamental de que no hay más realidad que la material, lo que significa, pues, que también el jurista ha de concebir ahora el objeto de su trabajo, como un objeto empírico que es, allí donde le sale al encuentro como tal «realidad», esto es, por tanto, como «Poder jurídico».

Pero de este modo también el Derecho se convierte con la

(36) Pág. 199.

(37) Piénsese, por ejemplo, en la explicación materialista de la historia de Jonás y la ballena, que la convierten en algo antinatural.

Teoría general del Estado en una mera imagen de práctica arbitraria, y al mismo tiempo la ciencia, mirando solamente hacia el resplandor de un resplandor, renuncia así a toda actividad moral-espiritual. El mero carácter de espejismo de la tan anhelada objetividad reclama, pues, un comportamiento universal plenamente pasivo y a la vez moralmente indiferente.

Mas mediante un tal comportamiento no sólo se desconoce la esencia propia del hombre, sino que se la niega, por cierto, y se la ultraja, pues mientras el hombre empírico del ser inferior no sólo se convierte en origen de una consideración que le atañe y le encamina bajo la idea del Derecho, sino que, al mismo tiempo, y precisamente de acuerdo con la norma de esa consideración, se niega el porvenir moral de la humanidad y se proclama obligatorio lo que no es normativo. Pues tanto el punto de partida como la finalidad a que tiende tal consideración del mundo, no lo constituyen el justo, el piadoso y el santo, sino el injusto, el impío y el pecador. Una consideración del mundo a la que le parece justo que el Estado posponga los intereses del «grupo más pequeño» a los del «mayor», es decir, al fin y al cabo, que somete lo noble a lo innoble, por parecer aceptable, cuantitativamente, para decirlo con Goethe, a la «ínfima minoría».

Muéstrase aquí aquel extraño agotamiento de la comprensión de los valores propio de la segunda mitad del siglo XIX, al que Rehm no hace más que representar, al estar él mismo ligado todavía en sus fundamentos espirituales a la tradición cultural. Sin embargo, como pensador no comprende que no sólo es inadmisibles, sino, además, extraño a la realidad, el considerar el reino de lo humano igual que si fuera extra o infrahumano, y frente al cual el problema de la justicia o injusticia no se podría formular inteligentemente, tal como por ejemplo, atendiendo al crecimiento de las plantas o a la conducta de las fieras.

Pero desde el momento en que Rehm desconoce en su más propia peculiaridad la esencia del hombre y no la tiene en cuenta científicamente, convierte al Estado en una esfera de Poder infrahumana y extrahumana, arbitraria en su contenido. Y en verdad no sólo como posible manifestación, sino como expresión de su peculiar esencia debe ser referido ya por medio de las ideas jurídicas y la naturaleza moral del hombre al orden, la justicia y la libertad. Convenientemente examinada esa manera de ver el mundo sólo aparentemente adecuada a la realidad, y por cierto extra-

ña a ésta por lo defectuoso del punto de vista de su modo de considerar concibe también a la política como mero Poder y cuestión de prudencia, esto es, en tanto que Rehm, empero, no traspase el campo de los intereses y fines, sin darse cuenta que Política sin referencia a valores universales y a la esencia peculiar del hombre ya no es, por cierto, científica o conforme a la realidad, sino solamente satánica. Pues toda Política que no cuenta sino con la naturaleza inferior del hombre, tiene necesariamente que conducir al mal.

Por otra parte, Rehm está demasiado profundamente ligado por tradición y educación a la esfera de la cultura para que le fuera posible no tenerla en cuenta por completo; y así la añade a modo de anexo, aun cuando, partiendo del fondo ideológico de su Teoría general del Estado, debieran ser rechazadas de antemano todas las Teorías del Estado no empíricas. Mientras Rehm se apoya verdaderamente en la teleología, se excede delimitando el concepto mismo del Estado mediante un factor que rebasa el dominio de lo empírico por estar él mismo integrado por una exigencia no empírica.

Muestra, en cambio, la subjetividad de esta teleología ya no por sí misma referida a valores el que Rehm no deje por cierto definir y delimitar el establecimiento del fin del Estado por el orden moral en sí y por el *bonum commune*. Pues al desconocer Rehm científicamente el dominio de lo válido por sí mismo, tampoco existe para él jurídicamente ningún otro límite para la egoísta voluntad, y, por tanto, también para el arbitrio del Estado más que la ley positiva, la que, sin embargo, reduce en definitiva precisamente a esa voluntad del Estado.

De ahí que sea tan inconsecuente como sorprendente que Rehm, en contra de su punto de partida empírico, o con renuncia a una teleología general, defina al Estado como un Poder necesariamente temporal, con lo que, a la vez, deja también de tener en cuenta la esfera religiosa y con ella al Derecho divino como constituyente de la comunidad; aunque al mismo tiempo se hace patente así la posición religiosa de una argumentación aparentemente meramente científica, esto es, una concepción protestante del Estado que con Lutero establece los dominios de la fe y de la ciencia como fundamentalmente separados entre sí, con lo cual se echa también de ver cuán poco ha conseguido Rehm, a pesar de su procedimiento naturalista, sustraerse al dominio de los Va-

lores, y hasta por qué la pérdida de su esfera objetiva fué dejando que se infiltrara sin darse cuenta e inadvertidamente en la consideración y en el manejo del tema un factor meramente subjetivo.

III. LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO DE JORGE JELLINEK

En el año 1900 apareció la primera edición (38) de la Teoría general del Estado de Jorge Jellinek, logrando muy pronto en Alemania un prestigio y una influencia que justifican se la haya designado generalmente como la obra capital de la teoría positivista del Estado. Aunque también en el extranjero fué importante su influencia, de tal modo que ya al poco tiempo de la muerte de Jorge Jellinek (en 1911) se anunciaron traducciones al ruso, al checo, al francés, al italiano, al español y al japonés, unas como publicadas y otras en preparación (39).

Inicia su obra Jorge Jellinek con unas investigaciones introductorias referentes especialmente al objeto y método de la Teoría del Estado, en las que se incluye también una muy breve y tan sólo crítica historia de la Teoría del Estado. Se da en ella el hecho curioso de que precisamente un método que, según la opinión de Jorge Jellinek, se afirma sobre la base del moderno conocimiento científico y que, por tanto, se distingue, igual para Jellinek que para Rehm, de la mera «especulación» de épocas pretéritas, en casi ningún punto fundamental sea sostenible y tan confuso y contradictorio es en su argumentación y en su terminología, a pesar de su aparente solidez, que se hace, en suma, imposible seguirle con minuciosidad.

Limitémonos, sin embargo, a lo más importante: para Jellinek las ciencias se dividen en «narrativas» (descriptivas, «explicativas» (teóricas) y aplicadas» (prácticas). Las primeras tienden a hacer constar y ordenar los fenómenos; las segundas a revelar las reglas de su conexión; las últimas a enseñar su aplicación a fines prácticos» (40).

Al aplicar Jellinek este concepto científico al Estado, resulta que el Estado es, en primer lugar, una «creación social, después

(38) En 1928 apareció una 5.^a reimpresión de la 3.^a edición de 1913.

(39) Según el prólogo de la 3.^a ed. de 1913, al cuidado de su hijo Walter JELLINEK.

(40) Pág. 6.

una institución jurídica». Consecuentemente para Jellinek, la Teoría general del Estado se divide en Teoría social y en Teoría jurídica del Estado. Junto a ellas coloca la Política como «ciencia aplicada o práctica del Estado, la cual considera las manifestaciones de éste desde determinados puntos de vista teleológicos que «faciliten al mismo tiempo la norma crítica para enjuiciar la situación y relaciones de los Estados» (41).

Por cierto que Jellinek no mantiene en la práctica esta construcción que coloca junto a una Teoría social o sociológica del Derecho una teoría normativa del mismo y una axiología teleológica o Política científica. Pues para su consideración empírica de la realidad, es decir, como consecuencia de limitar el concepto de realidad a lo empírico, el Derecho, como expondremos aún con más detalle, se convierte en mero hecho y pierde, por tanto, su autonomía frente al reino de lo empírico.

Mas también para Jellinek la Política, como ciencia que es, desemboca en la caudalosa corriente de un empirismo general. Cierto que Jellinek no ignora que con la política hace su aparición un criterio teleológico y que «la Política tiene por contenido juicios de valor» (42), pero al no poder, según Jellinek, «determinarse los fines absolutos más que por el camino de la especulación metafísica», y como para una Política científica, esto es, para la Política empírica conforme a la acepción de Jellinek, «sólo las investigaciones políticas relativas poseen valor científico» (43), la idea de valor, apenas surgida, desaparece inmediatamente ante la consideración de los meros fines e intereses. Con lo cual vuelve a recaer en el terreno de un empirismo que sólo puede hacer constar lo que es, pero que no posee medida alguna, ni jurídica, ni de ninguna otra clase, para distinguir entre los intereses cuya importancia viene determinada, en último término, por su pujanza.

Asimismo es el punto de vista del Poder el que para Jellinek resulta el punto definitivo de referencia para la dogmática jurídica. Y así aprueba la opinión de Laband de que «la dogmática jurídica, fuera de la investigación de los preceptos positivos aplicables, es decir, del conocimiento y dominio total de la materia positiva, es una actividad intelectual meramente lógica». Mas al no ser posible para Jellinek «averiguar con la mera Lógica el conteni-

(41) Págs. 11 y 13.

(42) Pág. 13.

(43) Págs. 13 y sigs.

do de todos los preceptos jurídicos», y como especialmente los «conceptos fundamentales del Derecho político» se «mofan del mero manejo lógico», para la solución de este problema se requiere un criterio material, esto es, sólo puede ser resuelto con «una minuciosa apreciación de las fuerzas políticas concretas» (44).

A tal respecto hay que preguntarse cómo se imagina propiamente Jorge Jellinek la esencia de la norma jurídica, pues mientras intenta dar mediante el empirismo contenido el racionalismo lógico, falta saber qué resultará de la idea del Derecho en un procedimiento que rechaza por cierto como método del Derecho político «una disciplina meramente escolástica, alejada de la vida y del conocimiento real» (45), para, en cambio, determinar a su vez la idea del Derecho atendiendo a las respectivas situaciones del Poder político y, por lo tanto, de manera ideológicamente estéril.

Para responder a tal pregunta es menester distinguir entre lo que Jellinek piensa hacer científicamente y lo que hace en realidad. A este respecto es instructiva la distinción por él realizada entre ciencias causales y ciencias normativas, la diferencia entre «el modo de conocer causal y el normativo» significa para Jellinek la referencia a «dos clases de reglas», esto es, unas «que expresan el ser y otras que expresan el deber ser» (46). Y lo esencial aquí es que para Jellinek la ciencia del Derecho representa «una ciencia no de las leyes del ser, sino de las normas» (47). Pero, por otra parte, Jellinek, partiendo de su punto de vista empírico, no tiene en absoluto posibilidad alguna de imaginar siquiera la esencia de una norma. Y así, la ciencia normativa establecida por él se convierte también en seguida en una parte de la ciencia causal, es decir, la norma se convierte en un objeto particular de la naturaleza exterior.

Porque para Jellinek las normas jurídicas son «normas válidas, esto es, que están en vigor sostenidas por garantías para su cumplimiento. Esa vigencia las constituye en una parte del ser... El Derecho positivo se distingue de otras cualesquiera normas de

(44) Pág. 16. Cfr. acerca de esto también E. VON HIPPEL: *Zur Problematik der Grundbegriffe des öffentlichen Rechts*, en *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955, págs. 21 y sigs.

(45) Pág. 16.

(46) Págs. 19 y sigs.

(47) Pág. 20.

la voluntad en que, como real Poder, produce efectos determinados y previsibles» (48).

La opinión fundamental de Jorge Jellinek de que «el objeto de la ciencia teórica... lo constituye el ser y no el deber ser» (49) hace que para él la validez de la norma ya en la determinación de su concepto coincida con el Poder exterior que la garantiza, con lo que también correlativamente la norma en su materialidad se convierte en expresión de la «voluntad» de los factores políticos. Y lo que se insinúa aquí encuentra confirmación cuando Jellinek se ocupa más de cerca del problema del Derecho y de su relación con el Estado.

Acontece esto especialmente en los libros segundo y tercero de la obra, donde trata de la Teoría sociológica general del Estado, así como la Teoría jurídica general del mismo. Aquí el Derecho se le muestra a Jellinek como un objeto que debe su normativa obligatoriedad, esto es, su vigor en la acepción de Jellinek, a un puro hecho, es decir, a la «peculiaridad psíquica» del hombre de considerar «lo fáctico, que se va reiterando constantemente como normativo». Para Jellinek, pues, «únicamente la comprensión del vigor normativo de lo fáctico proporciona la recta inteligencia» no sólo del «nacimiento», sino también «de la existencia del ordenamiento jurídico» (50).

Verdad es que Jellinek es demasiado instruido y también demasiado moral para no tener de ningún modo en cuenta el Derecho natural «que no atribuye su validez a preceptos humanos» (51). Pero el empirismo de la época no le permite atenerse a la idea de norma, cuyo lugar asume para él la teoría «de las fuerzas productoras del Derecho», y, por tanto, de aquellos poderes que «antecedan al Derecho» (52). Al mismo tiempo, la idealidad del Derecho y su enlace con el porvenir moral de la humanidad, que Jellinek, como jurista, aún siente, se disuelven en la indeterminación de una idea materialista de la evolución; y así, Jellinek, con giros cuyo exacto sentido difícilmente pudo haberle sido comprensible pero que atestiguan la victoria sobre el pensamiento ju-

(48) Pág. 20.

(49) Pág. 36.

(50) Pág. 339.

(51) Pág. 349.

(52) Págs. 350 y sigs.

rídico del empirismo de las ciencias naturales, habla de la «raíz idéntica de todas las normas», cuya «diferenciación» sólo «es el resultado de anteriores desarrollos». Representaciones indefinidas que, concebidas en el sentido de las teorías materialistas de la evolución, le permiten a Jellinek, de todos modos, «con la mayor seguridad obtener de la evolución filogenética conclusiones partiendo de la ontogenética» (53).

Con todo ello el Derecho se convierte en «un fenómeno psicológico social», y su fundamento último «estriba en el convencimiento invariable de su validez, de su constitutiva fuerza normativa» (54). También la cuestión referente a si el Estado se encuentra o no ligado a «su Derecho» se convierte así en un problema psicológico, y, por consiguiente, en un hecho externo que, como tal, únicamente puede hacerse constar, es decir, se convierte en un problema «del desarrollo histórico» (55).

La plena importancia de la teoría de las normas de Jellinek se manifiesta después cuando se distinguen más minuciosamente en su relación Derecho y Estado. Jellinek aquí define «el Poder del Estado» particularmente por medio de la esencia de la soberanía. «Todo el desarrollo histórico del Estado moderno a partir del de la Edad Media» está «íntimamente ligado con el reconocimiento progresivo de la soberanía» (56). Verdad es que la caracterización de la soberanía como concepto jurídico le presenta dificultades a Jellinek, quien afirma que «al Derecho natural le era fácil la calificación jurídica de la soberanía porque la hacía derivar de un Derecho anterior al Estado» (57). Sin embargo, «como la repulsa de la construcción iusnaturalista hace necesaria una nueva fundamentación del Derecho conforme a nuestras depuradas concepciones», la cuestión de la relación entre Derecho y Estado se tornó en uno de los problemas más difíciles para Jellinek, pues para él «nuestro conocimiento del Derecho» atestigua que «su existencia» depende «de la de una organización que lo realice» (58).

Este problema se resuelve, para Jellinek, habiendo de tener el

(53) Pág. 352.

(54) Pág. 371.

(55) Ibid.

(56) Pág. 474.

(57) Pág. 476.

(58) Ibid.

Estado una Constitución, esto es, un modo cualquiera de «ordenación jurídica», porque el Estado, según él, «no está sobre el Derecho de tal modo que pueda desembarazarse del Derecho mismo. En su Poder, tanto de hecho como de derecho, sólo se halla el *cómo*, pero no el *sí* del ordenamiento jurídico» (59).

Bien mirada, no obstante, esta teoría no afirma sino que el Estado se encuentra sobre y no bajo el Derecho al que él define arbitrariamente como positivo, al no existir, según Jellinek, para el Estado más que la necesidad formal de tener una Constitución que se conceptúa a sí misma como ordenamiento jurídico. Visto así, pues, el Derecho no significa más que las «normas procedentes de una autoridad externa y garantizadas mediante medios externos para la conducta recíproca de las personas» (60).

Por cierto que al mismo Jellinek le inquieta patentemente esa definición de la soberanía, por ver claramente que puede conducir por vías legales al completo aniquilamiento de la libertad, y así, a la nota característica, por él mismo establecida, de la soberanía, la considera como meramente formal, asegurando que las personalidades instituidas en el Estado poseen derechos propios «en virtud de su reconocimiento como titulares del Derecho, como personas, y el privarles de esa cualidad se halla totalmente fuera de la esfera real del Poder del Estado» (61).

Pero al negar Jellinek el Derecho natural, continúa confuso qué es lo que justifica jurídicamente tan consoladora seguridad, pues desde entonces la experiencia del Estado soviético ha venido a enseñar que la anulación de la personalidad de ningún modo se halla «fuera de la real esfera del Poder del Estado». Esto demuestra la debilidad de un procedimiento que ya no reconoce la existencia de normas objetivas y hasta la idea misma de norma, y que, por tanto, se ve obligado a declarar prácticamente imposible, mediante afirmaciones inexactas de los hechos, que lo ilícito pueda ser notoriamente legal. Porque también la afirmación de que el Estado pueda limitarse a sí mismo «en virtud de su Poder jurídico», la teoría de la autovinculación de la voluntad del Estado, ofrece poco consuelo; pues a todo más puede llegarse a afirmar una dificultad de hecho para ampliar la esfera de competencia.

(59) Pág. 474.

(60) Pág. 479.

(61) Pág. 485.

pero no una verdadera vinculación jurídica ni límite de la jurisdicción del Estado, máxime cuando, según Jellinek, «el Poder soberano» es de todos modos «ilimitado» en el sentido de que «ningún otro poder puede impedirle jurídicamente la modificación de su propio ordenamiento jurídico» (62).

La peculiaridad de la Teoría general del Estado de Jorge Jellinek se caracteriza, finalmente, por el estudio de dos problemas: el de la teoría del fin del Estado y el de la de las formas del Estado.

El método elegido ya indica aquí el concepto, al hablar Jellinek del «fin» del Estado, y no de los valores a cuya concreta realización debe éste, según su sentido, dedicarse, y los cuales, al mismo tiempo, delimitan y circunscriben su misión. Al colocarse, por su parte, Jellinek en el terreno de los «fines relativos del Estado, después de una ojeada a las «distintas teorías sobre el fin del Estado», emprende su estudio partiendo del punto de vista de que el Estado tiene como finalidad la que él mismo se establece, con lo que vuelve a expresarse, a tenor de una comprobación meramente empírica, la desvinculación del Estado con respecto a la esfera moral. Y es característico que Jellinek vuelva a esforzarse ahora a delimitar desde fuera la arbitrariedad que tan desligada había quedado jurídicamente, es decir, desde el dominio de los hechos, que es el único que para Jellinek posee efectivamente realidad.

A tal respecto pretende Jellinek «establecer lo que el Estado puede emprender en general con éxito» y declara que de ahí «resultan límites para la actividad del Estado de distinto modo a como lo intentó especulativamente el Derecho natural» (63). Pero, en verdad, de esta manera no se han establecido límites de ninguna clase al Poder, mientras la supuesta imposibilidad para el Estado de hacer ésto o aquéllo carezca de valor como pronóstico, al no ocurrir de todos modos la imposibilidad real y como pura afirmación de límites de hecho puede ser desmentida en cada momento por la experiencia, precisamente mediante aquel criterio que Jellinek reconoció como el único decisivo.

Es, además, característico del método de Jellinek el manejo de las formas de Estado y del punto de vista por él adoptado a este

(62) Pág. 711.

(63) Pág. 250.

respecto. Jellinek corrige aquí la antigua teoría de las formas de Estado que, como es sabido, atendía al número de los gobernantes, aunque también se fijaba, al mismo tiempo, en la cualidad del poder ejercitado, lo que precisamente, en atención a la idea del Derecho, conducía a una duplicación de las formas del poder, en cuanto que así consideradas se oponían la tiranía y la monarquía acatadora del Derecho, la demagogia y la democracia sujeta a leyes.

Por el contrario, Jellinek, atendiendo a la mera logística, reduce las formas del Estado a la «contraposición» de Monarquía y República, que también se puede definir, según Jellinek, como «no-Monarquía, como negación del gobierno del Estado por una persona física» (64). En cambio, aristocracia, oligarquía, democracia, etc., no significan más que subclases del «género República». Sólo pueden, pues, percibirse, según Jellinek, «bajo un criterio jurídico formal... diferencias cuantitativas, pero de ninguna manera diferencias cualitativas dentro del tipo República», porque «desde el estricto punto de vista lógico» (65) únicamente se deduce aquella contraposición. Pero si en verdad aquí se utiliza un logicismo que procede según el esquema de la disyunción contradictoria, de ningún modo llega propiamente a la esfera jurídica y política, ni mucho menos proporciona luego conocimiento alguno desde su punto de vista.

La caracterización de la Teoría general del Estado de Jellinek se desprende ampliamente de lo ya dicho. Pero aún subsiste un tan próximo parentesco con los trabajos de Rehm que las objeciones opuestas a éste son también en gran parte aplicables a Jellinek.

Pero Jellinek acepta más consecuentemente aún el punto de vista de un puro positivismo, como también muestra una inclinación expresa por los pensadores que, como Bodino y Hobbes, representan la idea de la soberanía y la idea de la omnipotencia del Estado.

Vista desde el punto de vista actual, el valor de la Teoría general del Estado de George Jellinek no reside, en último término, en que aquí, por medio de un jurista notable y totalmente basado en el ideario de su época, se nos ponga de manifiesto la imposi-

(64) Pág. 711.

(65) Ibid.

bilidad moral y aun de hecho de una teoría del Estado meramente nominalista. En especial el hecho de rechazar el ámbito de lo suprasensible, o, dicho más exactamente, el permanecer ciego para éste, permite que surja una Teoría del Estado que, en sentido propio, es jurídica, pero que al mismo tiempo, por la pérdida de la idea del Derecho, carece de la idea de orden, esto es, toma como punto de partida el poder arbitrario. Pero como una Teoría del Estado semejante no podría sostenerse partiendo de la base de una verdadera Humanidad, y como Jellinek, como persona, no quiere de ninguna manera el mal, se vió precisado a volver a introducir indirectamente el Derecho natural, antes rechazado por él, esto es, el dominio de la validez objetiva. Esto se realiza por medio de supuestos infundados y, por ende, tan sólo subjetivos, y mediante la afirmación de hechos inexistentes que debían reemplazar a la perdida esfera de lo válido propiamente dicho.

Finalmente, es muy expresivo cómo un procedimiento exclusivamente empírico que parece prometer la mayor cantidad del conocimiento de la realidad sólo toca, en verdad, en muchos puntos la superficie de las cosas, sin penetrar, sin embargo, en la realidad, que consta de espíritu y materia, pero no sólo de materia. Pero también los hechos así aportados no tienen más que un escaso valor cognoscitivo, puesto que ellos, considerados desde el punto de vista de la vida humana, no han sido utilizados apropiadamente, sino que, unidos tan sólo por dependencias racionales, permanecen estando más o menos caóticamente unos al lado de otros.

Pero correlativamente también, la Teoría del Estado de Jellinek tenía que influir intensamente de un modo caótico, y contemplada desde el punto de vista de la idea del Derecho y de los acontecimientos externos, esto es, desde el punto de vista de la realidad, se queda en seguida más rezagada, por ejemplo, que las doctrinas del gran pensador español de comienzos de la Edad Moderna, doctrinas que, por su arraigo en la esfera de la validez y del Derecho, le permitieron defender a los indígenas de las nuevas posesiones de América con claridad y con la fuerza moral de la verdad.

IV. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO COMO TEORÍA PURA DEL DERECHO

Poco antes de la segunda guerra mundial aparecieron los primeros escritos de Hans Kelsen, que, en cierto sentido, representan un momento crítico en la teoría del Derecho político. Y ello en verdad ciertamente mucho menos a causa de su contenido, como veremos que por su enérgico intento de tratar la Teoría del Derecho político, en su sentido estricto, meramente como una disciplina jurídica. Al emplear Kelsen los recursos del conocimiento filosófico desconcertó a los representantes del positivismo al uso, acostumbrados como estaban a identificar sus propios principios con la sana razón humana, y, por otra parte, cosechó el interés de la nueva generación, que había experimentado cómo precisamente esos principios evidentes se habían venido poniendo en duda a causa de la guerra y tornándose su evidencia en problemática.

Kelsen estableció el teórico punto de partida de su pensamiento en la obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, en 1911. Siguió a ésta el trabajo *Der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht*, en 1922, y en 1925 la obra *Allgemeine Staatslehre*, para no citar aquí más que las obras que interesan en primer lugar. Desde entonces, en un gran número de escritos y artículos publicados en Alemania y después en los Estados Unidos, Kelsen ha ido completando y repitiendo su punto de vista (66) sin introducir, no obstante, modificaciones esenciales en él.

La *Teoría general del Estado* de Kelsen comienza, como lema introductorio, con la siguiente frase de Goethe: «En el arte y en la ciencia, como en la actuación y en la conducta, lo que ante todo importa es que se comprendan los objetos y se traten conforme a su naturaleza.» Con semejante frase se declara en cierto modo el tema con el que pugna por conseguir de manera «pura», al menos intencionalmente, la Teoría del Estado y del Derecho. Constituye realmente uno de los errores fundamentales del pen-

(66) En su artículo «Was ist die reine Rechtslehre», en el *Forum der Rechtsphilosophie*, 1950, págs. 21 y sigs., defiende L. KUNZ últimamente el punto de vista de KELSEN con referencia a la literatura americana.

samiento de Kelsen el creer que pueda atribuirse a Goethe un procedimiento que por su carácter racionalista y propio de la Ilustración no puede estar más alejado de la consideración goethiana del mundo.

La quintaesencia de su posición fundamental la ofrece incidentalmente Kelsen en esta expresión: «Lo importante no es hacer de la ciencia del Derecho una ciencia natural, sino el liberarla, sin perjuicio de su carácter de teoría normativa, de los elementos ético-políticos y científico-naturales» (67), opinión que Kelsen expone con respecto a un capítulo del «concepto sobrenatural de Dios» y del «concepto suprajurídico del Estado» y de ese modo de las ideas que, según Kelsen, hay que eliminar igualmente de la ciencia. Enseña, pues, Kelsen: «Si la absorción del concepto sobrenatural de Dios por el concepto de naturaleza constituyó el supuesto previo para una auténtica ciencia natural exenta de toda Metafísica, la reducción del concepto suprajurídico del Estado al concepto del Derecho es condición indispensable para el desenvolvimiento de una auténtica ciencia del Derecho como ciencia del Derecho *positivo*, depurada de todo Derecho natural, ya venga disfrazado como Política, ya como Sociología. A ello tiende la «Teoría pura del Derecho», que es a la vez Teoría pura del Estado, porque toda Teoría del Estado sólo es posible como Teoría jurídica del Estado, por ser todo Derecho Derecho del Estado, como todo Estado es Estado de Derecho» (68).

A este pasaje, que resume el resultado de los esfuerzos de Kelsen, ha de añadirse otro, en el que caracteriza su método, así como su programa, y que dice: «Al intentar construir un sistema de Teoría general del Estado sintetizando y completando los resultados de mis trabajos monográficos, veo ahora con mayor claridad que antes en cuánta medida descansa mi labor en la de mis grandes predecesores; me siento más profundamente que nunca incorporado a aquella dirección del conocimiento teórico del Estado, entre cuyos más notables representantes en Alemania hay que citar a Carlos Federico von Gerber, Pablo Laband y Jorge Jellinek. Dirección que tiende —apartándose de una nebulosa Metafísica del Estado— a erigir una *Teoría del Estado positivo*, esto

(67) *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, loc. cit., página 253.

(68) *Ibid.*

es, una Teoría del Estado estrictamente *jurídica* y no *políticamente* desfigurada. Forma parte del gran movimiento político-social que, plenamente paralelo a un desarrollo análogo en el campo de las Ciencias naturales, se opone a la especulación propia del Derecho natural del siglo XVIII, y, apoyada en la Escuela histórica del primer tercio del XIX, pretende ser tanto *teoría* de la sociedad real (Sociología) como del *Derecho positivo*. Su método viene determinado de modo más o menos consecuente, más o menos conscientemente, por la Crítica de la razón de Kant: dualismo entre Ser y Deber ser, sustitución de postulados metafísicos e hipóstasis por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia, transformación de antítesis absolutas (por ser cualitativas y transistemáticas) en relativas, cuantitativas e intrasistemáticas, ascensión desde la esfera subjetiva del psicologismo al dominio de validez lógico-objetiva. Estos son los elementos esenciales de ese método y esas son las líneas fundamentales de mi labor *jurídico-teórica*» (69).

De lo hasta aquí manifestado se infiere primeramente que Kelsen mismo cree hallarse dentro de la línea de la tradición positivo-naturalista, y que, por tanto, puede considerársele como discípulo de Jorge Jellinek. De ahí que sea interesante el mostrar primero lo que aquél difiere de éste y de sus puntos de vista.

El mismo Kelsen ve, en primer lugar, esa diferencia en que Jellinek sustenta una «Teoría jurídica de doble faceta», esto es, un dualismo de Teoría social y de Teoría jurídica del Estado, frente a lo cual defiende Kelsen un punto de vista monista que afirma la «identidad de Estado y Derecho» (70). Particularmente de ese monismo se desprende, por ejemplo, la coincidencia entre norma jurídica y sujeto de Derecho (71), así como la imposibilidad por parte del Estado de violar el Derecho. Por lo demás, Kelsen, en su opinión, se distingue de su predecesor sobre todo por su avance hacia un punto de vista objetivo, mientras que éste permanecía más bien atenido a un punto de vista subjetivo y político por no percibir la esencia de la norma ni lograr un concepto trascendental del Estado.

(69) *Allgemeine Staatslehre*, 1925, Prólogo, pág. V. (Hay trad. española por LEGAZ LACAMBRA, Ed. Labor, Barcelona, 1934.)

(70) *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, pág. 114.

(71) *Allgem. Statsl.*, pág. VI.

Sin embargo, la percepción de la esencia de la norma constituye lo más extraño de toda la teoría del Derecho kelseniana. Para Kelsen la peculiaridad de la norma estriba en que, frente al mero ser de la naturaleza, caracterizado por la circunstancia de la concatenación causal, aquélla encuentra su esencia en el concepto del deber y expresa que algo tenía que acontecer, que no ocurrió en el sentido externo de la causalidad natural, quizá faltando a aquel deber (72).

Sin embargo, esa conjetura, que podría considerarse hasta de Derecho natural, por anteceder evidentemente el deber ser como algo objetivo a toda ordenación positiva, vuelve a ser abandonada inmediatamente por Kelsen, pues no dándose cuenta de que nunca hay sólo un mero deber ser, sino que siempre es *algo* lo debido, y que, por consiguiente, a la forma del deber corresponde un contenido material, intenta ahora obtener ese contenido, excluido por él con el Derecho natural, de la pasividad de la misma legislación del Estado. Con lo que Kelsen, pues, se convierte en fundador de una Teoría amoral del deber, así como que defiende expresamente la emancipación del Estado y del Derecho al manifestar que «la confusión del sistema "Derecho" o "Estado" con el sistema de la Moral es la esencia de la teoría del Derecho natural y es tan de rechazar como la confusión con el sistema de la naturaleza» (73). De hecho Kelsen acoge así el punto de vista de un suprapositivismo logístico que no sólo cierra el ámbito de lo estatal al Derecho en sí, sino que por la equiparación del Derecho y el Estado hace que jurídicamente el Derecho sea absorbido francamente por el Estado.

El empeño de Kelsen por trascender el dominio de lo meramente fáctico y, por tanto, según él, el de la causalidad de la naturaleza, y por concebir el Derecho como una ordenación de deber ser, le conduce junto al desconocimiento de la esencia de la verdadera normatividad y de su raigambre en la esfera de los valores, al resultado de que en cierto modo transforme conceptual-

(72) Vid. también acerca de esto a E. v. HIPPEL: *Zur Kritik einiger Grundbegriffe in der "Reinen Rechtslehre" Kelsens*, en el *Arch. d. öff. Rechts*, 1922, págs. 327 y sigs., y del mismo autor *Mechanisches und moralisches Rechtsdenken*, en el *Forum der Rechtsphilosophie*, 1950, páginas 49 y sigs.

(73) KELSEN (H.): *Der Soziologische u. d. jurist. Staatsbegriff*, pág. 78.

mente los hechos empíricos en normas. De este modo, Derecho y Estado se convierten igualmente en «Sistemas» (74), y especialmente el Estado aparece «como la unidad de un sistema de normas que regulan las condiciones bajo las cuales ha de emplearse por el hombre una determinada coacción para con el hombre» (75).

Lo cual significa de hecho la confusión de los meros mandatos con las normas auténticas y más exactamente la afirmación de que todo precepto de una ordenación coactiva positiva, sin perjuicio de su contenido y de la naturaleza moral de todo el sistema es Derecho. Con lo que la «Teoría pura del Derecho» se evidencia como una teoría que está depurada en sentido propio de la idea del Derecho, en cuyo lugar aparece una normatividad coactiva que sólo se postula jurídica.

Además, este punto de vista se distingue del positivismo corriente, cuyas consecuencias lógicas representa, sólo por su variada denominación abstracta. Sin embargo, la ordenación positivista coactiva del viejo naturalismo, por muy infundadamente que se identificase siempre con el Derecho, estaba en todo caso referida a objetos para los que reclamaba obligatoriedad, es decir, en su acepción, positividad. Por el contrario, el monismo de Kelsen, en su empeño por abandonar como extrajurídico el campo de los meros hechos, identifica al Estado como comunidad humana con su legislación positiva, con lo que esta legislación, en su peculiar sentido, queda carente de objeto al no existir ya fuera de ella nada a lo que jurídicamente pueda referirse.

Tampoco Kelsen ha logrado avanzar, desde un punto de vista subjetivo en su opinión, y sólo político, a una objetividad de validez pura, al quedar ya la justicia fuera de su sistema por permanecer siendo el fundamental valor jurídico de éste sólo la positividad de un mero Poder.

Error de Kelsen es también el que suponga que en ello no haya una conjetura política, pues el excluir como jurídicamente irrelevante la esfera moral y religiosa del ámbito de lo jurídico significa de hecho decidirse en favor de la tiranía de la arbitrariedad positiva del dominio meramente temporal, que, en último término, no se infiere de motivos científicos, sino de la incredulidad que se proclama a sí misma injustificadamente científica, al

(74) Loc. cit., pág. 78.

(75) Loc. cit., pág. 82

identificarse con la idea de ciencia. Hasta Kelsen, políticamente, partiendo de su positivismo racionalista, que en cierto modo se impone por su sistemática unidad mucho más que el meramente empírico, habría de venir a parar necesariamente en la tiranía de un absolutismo de Estado, así como también el sistema del Estado soviético por su unidad lógica y su positividad externa habría de concordar de la manera más perfecta con la Teoría del Estado kelseniana.

Frente a lo cual significa una falta de lógica, emanada también de factores políticamente subjetivos en el sentido de Kelsen, esto es, de sus inclinaciones liberales y humanitarias, el que pretenda atenuar aquella consecuencia. Lo que ocurre, primero, con la construcción de la «norma fundamental», la que, de hecho, no significa más que la transformación de la positividad en Derecho, es decir, la afirmación de la normatividad del Poder efectivo de lo fáctico, en el sentido de Jellinek. Verdad es que aquí el logicismo de Kelsen le conduce a atribuir esa positividad de lo fáctico, que empíricamente en todas partes puede hallarse —y que, por consiguiente, también sería aplicable, por ejemplo, a una sociedad soberana de ladrones—, como «hipótesis fundamental» jurídica, o al Derecho internacional, o al Derecho del Estado, afirmando «la equivalencia jurídica de ambas hipótesis» (76).

Sin embargo, esta afirmación, partiendo de la base del positivismo es infundada, por existir aún empíricamente muchas otras posibilidades, y tampoco es lógicamente deducible, pues para ello sería necesaria una inserción material, que, como objetiva, sólo podría hallarse en previos supuestos morales de validez universal, tal como una inserción subjetiva, pero que sólo reproduce la opinión política personal de Kelsen, quien si se inclina manifiestamente al primado del Derecho internacional partiendo de la base de su relativismo valorativo, sin embargo también proclama la otra «hipótesis», es decir, el primado del Estado, como jurídicamente «equivalente», al reconocer su pensamiento sólo cantidades, mas no diferencias cualitativas (77).

Por todo ello, el formalismo de la Teoría pura del Derecho es subjetivo en mucha mayor escala que lo fué el empirismo de los más antiguos positivistas orientados al objeto exterior, es decir,

(76) *Allgem. Staatsl.*, pág. 128.

(77) *Loc. cit.*

a cada uno de los respectivos estados especialmente. Por el contrario, Kelsen, tras la esfera de su artificial normatividad, hace desaparecer el objeto originario en cuyo lugar coloca un enredijo de hipótesis y construcciones que no pertenecen ni a la experiencia ni a la esfera de los valores. Lo cual de hecho denota, por tanto, el punto de vista de un subjetivismo racionalista, como él califica a la Ilustración tardía, que es también innegable en donde trata del problema de la justicia.

Bajo el título *¿Qué es la justicia?* publicó finalmente Kelsen un folleto en el que defiende absolutamente, en el sentido de la Teoría pura del Derecho, el punto de vista de una ciencia, que se pretende verdadera frente al Derecho natural y al Derecho divino, y partiendo de la afirmación de que Cristo no ha venido a dar testimonio de la verdad, sino de la justicia (78), define la justicia como un «orden» que «regula la conducta de los hombres de una manera que a todos complace, de tal suerte que todos encuentran en ella su felicidad».

Ahora bien, esta es sólo una definición cuantitativamente egoísta que conjetura la esencia del hombre como meramente temporal y que afirma la equivalencia de todas las aspiraciones, es decir, de todos los intereses, a la «felicidad». Partiendo desde esa base relativista llega Kelsen consecuentemente a poner en duda la justicia del juicio salomónico, porque quizá haya hecho desgraciada a la madre presunta. Al poder también declarar evidentemente con el mismo derecho que sería injusto el quitarle a un bandido el bien robado o detener a un ladrón, pues que ello quizá le haga desgraciado, se echa de ver que Kelsen niega así el supuesto previo para toda posible ordenación jurídica, y que aquí, como en su Teoría pura del Derecho, no tiene en absoluto en cuenta los verdaderos principios constitutivos de una convivencia justa y razonable.

Aún resalta más el relativismo de un método que para lograr una ordenación tiene que vincularse al absolutismo, al definir Kelsen a la justicia como una «categoría social», como «ordenación social» protectora de aquellos intereses «que son reconocidos dignos de esa protección por la mayoría de los sometidos a la ordenación». Pero evidentemente, ante este criterio puramente

(78) Cfr. acerca de esto a E. VON HIPPEL: *Rechtspositivismus und Naturrecht*, en *Die Kirche in der Welt*, 1954, págs. 59 y sigs.

cuantitativo, que desemboca en la dictadura de la mayoría, puede con razón promoverse la cuestión acerca de su justicia y de su valor en sí. Y entonces, cuando Kelsen define «la idea de la libertad» como el «gobierno de la mayoría, y si es ello necesario aún contra la minoría de los sujetos gobernados», es cuando se echa de ver perfectamente que aquí se acepta el punto de vista de Rousseau y de la mera democracia formal, e incluso su coacción frente a la razón. Punto de vista que, contra los supuestos previos de la teoría de Kelsen, no es ni necesario conforme a la experiencia, ni lógico, y que, al mismo tiempo, desconoce la esencia de la justicia y hasta en general la esfera del Derecho.

Como resultado final se manifiesta así cuán de cerca de manera trágica prosigue la Teoría del Estado de Kelsen, a pesar de los opuestos esfuerzos de su autor, la línea empírica, sin lograr por ello la idea del Derecho. Además, el intento de consolidar una esfera jurídica autónoma significa el separarla tanto de la idea del Derecho como de la experiencia a favor de una racionalidad tan sólo subjetiva, en cuyos lazos queda por último prendido el mismo pensamiento.

Al llegar, además, Kelsen, partiendo de su punto de vista, a declarar a todo Estado de Derecho, predicado, por consiguiente, que también podría aplicarse, por ejemplo, al Estado soviético, claramente se pone de manifiesto que una Teoría del Estado que no cuenta ni con la justicia ni tampoco con los valores fundamentales de la vida humana, deja en definitiva al hombre abandonado a la injusticia y al mal (79). Así, pues, se aporta en cierto modo empíricamente la demostración de que una Teoría general del Estado que deba tener significación jurídica no puede escribirse de modo fundamentado sin referirse a aquellos principios generales sobre los que se fundamentan Derecho y Estado como ordenación moral y como verdadera comunidad humana, y sin cuyo reconocimiento no es posible una convivencia jurídica.

Con lo que también se ha llegado al punto en que el nominalismo de la Edad Moderna, que si bien ha elevado al individuo, en cambio lo emancipó al mismo tiempo del Orden moral, sometiéndolo así tanto a las leyes de la naturaleza como al Poder desprovisto de justicia, habrá de volver a enlazar con la gran tradi-

(79) Cfr. acerca de eso a Valentin TOMBERG: *Degeneration und Regeneration der Rechtswissenschaft*, 1946.

ción del pasado si no quiere perder en general al hombre como personalidad y como idea moral.

Visto así el mérito de los citados representantes de la Teoría general del Estado, estriba, y no en último término, en que hayan hecho resaltar, aunque inconscientemente, el oscuro reverso de la verdadera comunidad tan claramente que pueda de nuevo, unido con la experiencia de su realidad, suscitar hoy el afán de servir tanto al Bien en el mundo como a la verdadera universalidad de la Teoría general del Estado, como también al supuesto previo del Estado de Derecho.

ERNST VON HIPPEL