

UNA NUEVA VISITA A KELSEN

IGNACIO TORRES MURO

I

Resultaría ridículo pretender llamar la atención, de cualquiera mínimamente informado en Derecho constitucional, sobre la gran importancia de Hans Kelsen en esta y en otras materias jurídicas. Pocas dudas pueden caber de que nos hallamos ante una de las cumbres de la teoría del derecho del siglo XX. No debe, por tanto, parecerle a nadie extraño que al gran autor austriaco se le sigan dedicando simposios científicos que dan origen a publicaciones de cierto fuste. Ese fue el caso hace años, por ejemplo, del Beiheft 4 de la revista *Rechtstheorie* (1). Pasadas más de dos décadas un grupo de científicos del derecho, capitaneados por dos de los más importantes especialistas en la historia y el presente de la teoría jurídica (Paulson y Stolleis), nos ofrecen sus reflexiones sobre temas kelsenianos (2), reflexiones que tuvieron ocasión de debatir en noviembre de 2002 en el Instituto Max-Planck para la Historia del Derecho Europeo de Frankfurt del Meno.

La calidad de los trabajos recogidos, que es muy alta, y el hecho de que, sobre todo algunos de ellos, resulten de interés para los constitucionalistas, que, en todo caso, no podemos ser ajenos a los problemas de teoría general, nos han convencido de que convenía dar noticia, siquiera breve, de esta publicación. El libro es un buen ejemplo de que, a veces, la concentración, en el

(1) W. KRAWIETZ, E. TOPITSCH y P. KOLLER (Hrgs.): *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlín, 1982.

(2) STANLEY L. PAULSON y MICHAEL STOLLEIS (Hrgs.): *Hans Kelsen. Staatsrechtler und Rechtstheoriker des 20. Jahrhunderts*, Grundlagen der Rechtswissenschaft 3, Mohr Siebeck, Tübinga, 2005, 392 págs.

tiempo y en el espacio, de estudiosos de un determinado autor puede dar lugar a resultados importantes, que iluminen ese continuo retorno a los que pueden ser considerados como clásicos que es tan característico de cualquier pretensión de avanzar en el terreno de la ciencia jurídica.

Si Kelsen es siempre un buen objeto de estudio, el plantel de los que lo abordan en esta obra es ciertamente impresionante, yendo desde autores ya consagrados a otros más jóvenes, que aportan perspectivas nuevas que no son de descuidar.

II

El libro se abre con un bloque titulado «Imputación, neokantismo y metodología». Sobre el primer problema —la imputación («Zurechnung»)— versa el primer artículo del mismo, en el que Hruschka analiza este concepto en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho, y lo compara con el de Kant, resaltando las diferencias y revisando las opiniones de ambos respecto a la existencia de una razón práctica pura y el concepto de libertad. Concluye afirmando que, contra lo que pudiera pensarse, no existe una estrecha relación entre las teorías de la imputación de Kant y Kelsen.

Más general es el trabajo de Heidemann sobre este concepto en Kelsen. Procediendo a establecer, siguiendo a Paulson, períodos en la obra de éste —fases «constructivista», «neokantiana», «realista» y «analítica del lenguaje»— el autor examina dicho concepto en la neokantiana con la diferenciación entre imputaciones «periférica» y «central», y en la realista, con un análisis de los problemas de las relaciones entre causalidad e imputación, y entre esta y las normas individuales, y el concepto de deber ser, así como el de atribución («Zuschreibung»).

La comparación entre las teorías de la ciencia del derecho en Hans Kelsen y Gustav Radbruch es el objeto del artículo de Neumann que cierra este bloque. En el mismo se reflexiona sobre la posición ambivalente del primero respecto al neokantismo. Coincide con la escuela neokantiana de Heidelberg, a la que pertenece Radbruch, en el rechazo del monismo metódico y del realismo jurídico, y en la constitución de la realidad a través del método; pero mientras que para el segundo la ciencia del derecho es una ciencia cultural, pero con el método de una ciencia normativa, para Kelsen es una ciencia exclusivamente normativa. Subraya el autor la radical diferenciación que hace este último entre «Naturaleza» y «deber ser», que le separa de Radbruch a pesar de sus comunes orígenes neokantianos.

El segundo bloque de la obra («Norma jurídica/Norma fundamental») contiene en primer término un trabajo de Somek dedicado a indagar sobre la normatividad en Kelsen, a través de los conceptos de autorización y obligación. Tras un repaso al juego de los mismos en la obra del autor austriaco, llega a la conclusión de que un sistema jurídico del tipo del de Kelsen se funda sobre unas condiciones sociales particulares. Su normatividad está basada en la efectividad social del mismo, y esto debería darnos que pensar.

Bulygin se ocupa del problema de la validez en Kelsen, apuntando que la misma tiene en éste dos significados: pertenencia y obligatoriedad. El primero es un concepto descriptivo y el segundo normativo. En todo caso conviene separar el problema de la validez del de la efectividad y, contra lo que sostienen algunos autores críticos con Kelsen, la obligación puede ser entendida como una pura obligación jurídica. Entra en juego entonces el concepto de aplicabilidad, concepto que no debe ser confundido con el de pertenencia, ni tampoco con el de obligatoriedad, defendiendo así el profesor argentino un entendimiento estrictamente positivista del concepto de validez.

García Amado, autor de un libro (3) que aborda desde una perspectiva más general estas materias, titula su trabajo «Norma fundamental y norma consuetudinaria en Kelsen». En él estudia las relaciones entre estas dos realidades a través de la obra de nuestro hombre, concluyendo que éste no negó nunca la importancia de lo fáctico, hasta el punto de sostener, por ejemplo, que la pérdida de validez de una norma puede ser causada por la pérdida de eficacia. Para el catedrático de León que la clave está en lo fáctico —también si éste más tarde tiene que ser trasladado a la validez jurídica, para mantener la coherencia con la teoría— es algo que no permanece oculto en Kelsen.

El siguiente bloque se dedica a la teoría escalonada del ordenamiento jurídico, y comienza con un ensayo de Peter Koller sobre la misma, en el que analiza, en primer lugar, sus fundamentos y problemas, con referencias a los escritos al respecto de A. J. Merkl y de Kelsen, para formular seguidamente las líneas básicas de una teoría propia sobre la estructura jerárquica del derecho, que parte de la base de que este no es un sistema de normas sino una praxis social. Propone dos esquemas explicativos de cualquier orden jurídico que, por razones obvias, es imposible reproducir aquí, basados en que dichos órdenes tienen dos dimensiones —la de los actores jurídicos y la de las normas jurídicas— dimensiones que se describen a través de los que llama «conceptos de relación» y que serían los de autorizar, generar, obligar, controlar, y llevar, conceptos que a su vez son precisados por otros, dando origen a un

(3) *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, 1996.

sistema de relaciones de mayor complejidad que el formulado por los autores vieneses.

El trabajo de Martin Borowski se centra, por el contrario, en dicha teoría en A. J. Merkl, estudiando el desarrollo de la misma en los principales escritos del mismo, en el período que va de 1915 a 1931. Se analizan, con detalle y revisando los problemas de interpretación, las reflexiones de este autor sobre el escalonamiento del derecho en todos los sistemas jurídicos, y en el propio del Estado de Derecho parlamentario, y se finaliza con un apartado en el que se valora la recepción de la teoría de Merkl a través de la obra de Hans Kelsen, resaltando las dificultades para valorar la mutua influencia. Acaba su escrito Borowski reivindicando la calidad de los escritos de Merkl de aquella época, que merecen ser recuperados, no solamente porque sirvieran de base a muchas de las construcciones de la Teoría pura del Derecho.

Theo Öhlinger se ocupa en su aportación de los Derechos internacional, europeo y estatal como un sistema jurídico unitario, realizando una revisión de la teoría del monismo formulada por Kelsen, ocupándose de sus fundamentos y desarrollo, y preguntándose que queda de la misma, y si puede resultar útil para explicar los problemas que plantea la existencia del Derecho de las Comunidades Europeas. Concluye que aunque el monismo, históricamente, fue útil para la discusión sobre la naturaleza del derecho internacional, no lo es tanto hoy para resolver los problemas de las relaciones entre los derechos internacional, europeo y nacional.

De gran calado y complejidad teórica son las aportaciones al siguiente bloque dedicado a la relación de tensión entre el derecho objetivo y el subjetivo en Hans Kelsen. Se abre el mismo con un trabajo de Hammer en el que se pregunta si necesita la teoría del derecho un concepto de derecho subjetivo. Partiendo de la crítica kelseniana de dicho concepto, se revisan, a la luz de este, algunos problemas como la caracterización del derecho de propiedad, las obligaciones jurídicas, los derechos procedimentales y la coacción en el Estado democrático. Paulson, por su parte, se ocupa de lo que llama los dos programas radicales de objetivación en la teoría del derecho de Kelsen. Examina la que denomina propuesta trascendental o kantiana y a continuación la metodológica o neokantiana y los dos programas que ya hemos citado, concluyendo con unas reflexiones sobre la norma fundamental. Termina afirmando que toda la obra del autor austriaco ha de entenderse como una radical confrontación con el naturalismo en la ciencia jurídica.

El bloque dedicado al Estado federal contiene un único artículo de E. Wiederin dedicado al concepto de éste en H. Kelsen. Tras ocuparse de la discusión federal alemana en el siglo XIX (Waitz y otros), entra el autor en las reflexiones de Kelsen sobre estos temas, empezando por el problema de la

subordinación de los Estados miembros, en donde se contrastan las argumentaciones de este con las críticas de Verdross. El núcleo del artículo es, sin embargo, el apartado que se dedica a la teoría de los tres círculos, con un análisis a fondo de la misma. Acaba preguntándose por la actualidad de estos planteamientos.

De Kelsen en la historia de la ciencia se ocupan los cuatro artículos siguientes. En el primero, Schulte estudia la aportación de nuestro hombre a la disputa metodológica de la teoría del derecho público en Weimar, con un estudio detallado de ésta, que le lleva a preguntarse, para concluir, si sirve de algo la aportación de Kelsen a la misma para el debate metodológico actual, y contestar que la respuesta será diferente para el historiador de la ciencia que para el representante de una teoría sociológica del derecho, pero habría que tener en cuenta que para los prácticos el método se tiene, y sobre el no se habla.

En el segundo, Lüderssen se ocupa de la polémica Kelsen-Ehrlich (4) para concluir que, si estos autores hubieran podido prever como serían reinterpretadas sus teorías en el contexto de los esfuerzos teórico-jurídicos y sociológico-jurídicos posteriores, su disputa no hubiese sido quizás tan dura, o hubiese incluso conducido al final a una unificación.

En el tercero y el cuarto Pircher y Mozetic estudian las relaciones entre Kelsen y Max Adler, partiendo del indudable interés de nuestro hombre por el marxismo y el significado para los dos autores del neokantismo, sobre todo en sus intercambios de opiniones sobre las posibilidades y límites de las ciencias sociales.

El siguiente apartado se dedica específicamente al Derecho constitucional en Kelsen. Contiene, en primer lugar, un artículo de Koriöth sobre la controversia entre Kelsen y Smend, en el que, tras una introducción sobre el distanciamiento de la teoría del derecho público de lo que se ha dado en llamar constitucionalismo tardío (*spätkonstitutionalismus*), se estudia el papel de Kelsen como catalizador de la teoría de la integración de Smend, y sus críticas a la misma formuladas en el escrito titulado *El Estado como integración: una controversia de principio* (1930) (5). Las diferencias aparecen como insalvables, pues los dos autores parten de presupuestos metodológicos absolutamente contrarios.

(4) Sobre la que ya contábamos en castellano con el artículo de G. ROBLES: «Normativismo y sociologismo: la polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica»; ahora en G. ROBLES: *Epistemología y Derecho*, Madrid, 1982.

(5) Del que hay traducción española, con estudio preliminar de J. A. García Amado, Madrid, 1997.

R. Alexy analiza, por su parte, el concepto de Constitución en Kelsen, ocupándose de la misma en sentido material y en sentido formal, primero, y en sentido lógico jurídico y en sentido jurídico positivo, después, para intentar alcanzar la esencia de dicho concepto en el autor austriaco. Reflexiona a continuación sobre el carácter abstracto de la norma fundamental, o Constitución en sentido lógico jurídico, y formula dos tesis sobre el problema estudiado, consistentes en que, por un lado, la esencia de la Constitución es la regulación de la potestad legislativa, y que, por otro, la norma fundamental debe, como norma abstracta, ser separada de la Constitución concreta, cuya validez fundamenta.

El libro se cierra con un artículo de Neschwara sobre Kelsen como juez constitucional, y su papel en la llamada «controversia de las dispensas matrimoniales». En el apartado titulado «el Tribunal Constitucional - el hijo más querido de Kelsen» se estudian los primeros pasos del mismo, en los que este participó decisivamente, hasta la crisis de 1929, de la que fue uno de los protagonistas más importantes, y que se saldó con su salida de la institución, y su emigración a Colonia. Merece atención el fenómeno de las dispensas matrimoniales, en el contexto de la reforma del derecho austriaco en estas materias, y como las mismas eran controladas por la justicia y la administración, lo que se conecta con la teoría kelseniana de la paridad entre estas dos. En el apartado quinto se estudian las relaciones entre la controversia y la «despolitización» del Tribunal Constitucional, y en el sexto la «disolución» del mismo, considerada por el autor como un golpe contra la escuela vienesa de derecho público, de la que Kelsen era cabeza. Concluye con unas líneas sobre el fin de la práctica de las dispensas y su legalización. En síntesis, un buen ejercicio de historia del derecho que ilustra sobre el Kelsen práctico, y como se encontró en medio de una polémica jurídica de gran calado, que vino a acabar con una de sus obras más queridas.

III

Dada noticia de los contenidos de libro, no están de más unos comentarios generales, que deben, sin duda, ir en la línea de que nos encontramos ante un trabajo de conjunto importante, que trata casi todas las vertientes de la actividad científica de Kelsen, y alguna de la práctica, y que se convertirá en obra de referencia para los interesados en el autor austriaco.

Combina la variedad de los temas abordados con una más que razonable profundidad en el análisis de los mismos. Si a los constitucionalistas nos interesan en grado mayor, evidentemente, los estudios cercanos a nuestra discipli-

na, tampoco hay que perder de vista el resto, desde el momento en que la experiencia enseña que todos los aspectos de la construcción de Kelsen se hallan interrelacionados, por lo que mal se pueden abordar problemas concretos sin tener una visión de conjunto, visión de conjunto que esta colección de trabajos elabora con una rara habilidad a base de ocuparse de aspectos aparentemente aislados de la poliédrica producción de nuestro hombre, producción que seguirá en el futuro, como corresponde a un clásico, necesitada de revisiones periódicas, y que continuará iluminando el trabajo de todos los iuspublicistas modernos.

Tanto las bases de su teoría general del derecho como los aspectos concretos de muchas de sus aportaciones a la del derecho público son examinadas en esta obra, sin perder de vista las reflexiones sobre el contexto en que se desarrollaron las mismas, especialmente atormentado, como sabemos, pero que fue aquel en el que, superando los planteamientos del diecinueve, un grupo de científicos sentó las bases de lo que es la ciencia jurídica en nuestros días.

Todos somos conscientes de que mucho de lo válido que se hace hoy lo es porque, como se ha dicho repetidas veces, estamos sobre los hombros de gigantes, lo que nos permite ir cada vez más allá en nuestras indagaciones. Que Kelsen es uno de esos gigantes es algo sobre lo que no hay ningún género de dudas, independientemente de que tampoco las hay de que respetarlo como se merece, y apoyarse en sus construcciones, no es óbice para que sea preciso, en muchos casos, plantearse nuevos retos y nuevas soluciones.

Sería tan absurdo no seguir visitándolo de vez en cuando, como se hace en este libro, como tenerlo por la verdad revelada y no pretender ir más allá, actitud propia de un positivismo extremado y pueril que funciona como si no pasara el agua bajo los puentes. Las cumbres de esta aproximación a los problemas jurídicos del siglo pasado escribieron las versiones definitivas de sus obras alrededor de 1960. Mucho ha ocurrido desde entonces, e incluso quienes las consideren como un ineludible punto de partida deben reconocer que más de cuarenta años después ya no pueden ser más que la base de un debate, el del método en el derecho público, en el que no puede negarse que ha habido algunas aportaciones muy interesantes.

La actitud correcta será, por tanto, la de estudiar a fondo a los clásicos, como se hace en la obra que comentamos con uno de ellos, pero sin confundir el respeto con una veneración del todo fuera de lugar en una comunidad científica en la que la crítica razonada debe ser el estandarte tras el que desfilen las huestes de quienes pretendan llamarse, con cierta pomposidad, no se olvide, científicos del derecho.

Si se siguen organizando simposios, y publicándose libros como el que aquí comentamos, el avance en la dirección correcta parece asegurado. La

obra está escrita desde un indudable respeto por Kelsen, como no podía ser menos. No se trata, sin embargo, de una batería de estudios complacientes con nuestro hombre, sino de una serie de los mismos que intentan profundizar en sus aportaciones a la ciencia jurídica, pero siempre con el objetivo de ir más allá. Estudiar a fondo primero, para sentar firmemente las bases, y luego trascender, proponiendo soluciones para la situación presente. Ese debe ser el modo de actuar en los análisis de los clásicos. Y en eso esta aportación a la ciencia del derecho dirigida por Paulson y Stolleis es ejemplar, por lo que no cabe sino recomendar su lectura a todos aquellos que quieran avanzar en el conocimiento de la obra de Hans Kelsen, en el bien entendido de que sus aspiraciones de claridad y profundidad no se verán defraudadas, independientemente de que, como es lógico al tratarse de un libro plural, en autores y en temas tratados, siempre conecte uno más con algunos de los artículos que lo componen que con otros.

En todo caso, el panorama que los mismos dibujan es el de que las aportaciones a la ciencia del derecho de nuestro hombre siguen estando en el centro de muchos debates y, por ello, merecen esa atención que se les ha prestado en el trabajo que hemos comentado, cuya lectura no dudamos en aconsejar a quienes estén interesados en estas materias.