

POSITIVISMO E INTERPRETACION JURIDICA

Título original: *Positivismus und Rechtsauslegung*

POR ERNST VON HIPPEL KÖLN *

a) LA IRRUPCIÓN DEL POSITIVISMO EN LA JURISPRUDENCIA

Las dificultades específicas a las que busca solución la interpretación jurídica de la modernidad, se derivan de la concepción del Derecho y del Estado que se puede señalar como *positivista*. Al mismo tiempo presentan un carácter en cierto modo artificial, ya que no se siguen de las mismas cosas, sino de una interpretación defectuosa de los últimos fundamentos jurídicos del Derecho y del Estado. Pero de este modo, el problema de la interpretación jurídica —que como tal es insoslayable, ya que la justicia o la adecuación a la norma de una decisión depende de muchos factores y ante todo de la comprensión correcta de lo realmente sucedido— no sólo queda dificultado, sino dislocado. En efecto, se puede hablar ciertamente de una inversión de la dirección natural de la mirada que hay allí, puesto que el positivismo mira hacia *abajo* cuando debía mirar hacia *arriba*, y con ello se convierte en regla de orden exactamente lo mismo que el jurista tiene que ordenar, esto es, la naturaleza inferior del hombre. Porque la dirección principal positivista no significa otra cosa, es por lo que se sigue que el Derecho resulte de la voluntad del Estado y que asimismo deba ser interpretado desde esta misma voluntad. Así queda convertida la voluntad impura y egoísta del hombre en fuente y origen de aquello que, según su esencia, tiene su punto de partida evidentemente en el reino de las ideas, y por consiguiente en la naturaleza superior del hombre, puesto que el De-

* Traducción del alemán de Francisco Puy Muñoz. Profesor Adjunto. Granada.

recho, incluso en cuanto positivo sólo puede subsistir por su relación con la idea de lo justo en sí valioso, digno y obligatorio. Y así, un espíritu sencillo tiene que llenarse de asombro cuando oye asegurar al positivismo jurídico que la obligatoriedad del Derecho se basa en su «positividad», que como algo dependiente del poder está en la fuerza y que, por consiguiente, debe entenderse como violencia. Porque aunque la fuerza sea necesaria con mucho para la realización del Derecho y como su garantía, no puede reducirse el Derecho a la fuerza, que como tal, así lo está indicando el bolchevismo, puede ser empleada para lo malo y lo antijurídico.

Ahora bien, la concepción de que Derecho y fuerza sean idénticos, o de que el poder soberano constituya la fuente del Derecho, procede de la irrupción del positivismo en la jurisprudencia, que vamos a ver brevemente aquí en relación a Alemania.

Como iniciador de la cosmovisión naturalista puede ser considerado en principio el insigne, a su modo, jurista Rudolf von Ihering, quien a mediados del siglo pasado se pasó del «espíritu» del Derecho al «fin del Derecho»¹. Al dar este paso Ihering, traspasó en pleno a la jurisprudencia el concepto positivista comtiano de la ciencia y su orientación general, según la cual el objeto del conocimiento se delimita esencialmente por la naturaleza exterior y por las representaciones humanas de ésta, mientras que la mera experiencia sensible y las categorías del entendimiento, o sea las matemáticas, son medios de conocimiento.

Aplicado al dominio de la jurisprudencia, sin embargo, este concepto de la ciencia debía separar el derecho del dominio de la moralidad, que Kant, en su teoría de la razón práctica, había reconocido todavía como un postulado, aunque sólo metacientífico. Frente a esto, el naturalismo puro significa un paso ulterior hacia abajo, ya que, además de salirse del dominio religioso y moral, se sale ahora del científico. Esto recibe la expresión adecuada cuando Ihering llama ocasionalmente a su método empírico-constructivo «teoría natural del derecho»². Además, el punto de partida del fin atestigua la pérdida de los órdenes obligato-

¹ Vid. al efecto E. v. HIPPEL: *Geschichte der Staatsphilosophie*, t. 2, 2.^a ed., 1958, cp. 21; W. WERTENBRUCH: *Versuch einer kritischen Analyse der Rechtslehre Rudolf v. Iherings*, Köln, 1955.

² R. v. IHERING, en *Briefe an seine Freunde*, publicadas por Ehrenberg, 1913, p. 14.

rios, ya que los fines como tales son relativos y presentan meramente puntos de vista interesados. Para poder enlazar a partir de aquí su idea finalista con lo jurídico (*Rechtsbereich*), tenía que buscar Ihering fines determinantes, cuya determinatividad veía con el naturalismo, en la fuerza. Y como el pensamiento naturalista no llega a las cualidades morales, sino a la omnipotencia, que puede ser considerada ley y causa de todas las acciones, Ihering encontró respecto a lo jurídico tal omnipotencia en el Estado, cuyo poder soberano le parecía que era la fuente y punto de partida de todas las acciones jurídicas. Al mismo tiempo está subyaciendo en esta ideología un centralismo, que amenaza acabar con la libertad personal. Porque el Estado pensado como mero potencial tendía inmediatamente a convertirse en un mecanicismo, y así para Ihering el hombre individual, sólo es jurídicamente un «átomo sin ulterior fin vital»³. Tampoco puede darse en esta situación autonomía o libertad alguna en sí para ninguna esfera vital. Antes bien, según Ihering cualquier libertad existe, no tanto «por su propia fuerza como por derivación del poder estatal»⁴.

Pero con todo ello, también el problema de la interpretación jurídica recibe un desvío naturalista. Pues la doctrina del fin, por su enlace con la voluntad estatal soberana, exige que se atienda a ésta y por ello también al poder. Y por su parte, el aspecto racional del concepto naturalista de la ciencia halla expresión, cuando Ihering se solidariza como su amigo el jurista y político Gerber, en la necesidad de una «construcción jurídica del derecho»⁵. Mas Ihering es de la opinión de poder alumbrar mediante la «construcción» jurídica, una «materia absolutamente nueva»⁶, con lo que el jurista aparece como una especie de creador jurídico lógico. A la omnipotencia del legislador, que muestra mediante la coacción su carácter de poder físico, se une así —anulando por su parte la libertad— la necesidad lógica.

La jurisprudencia positivista fundada de este modo por Ihering y sus seguidores, en lucha contra la escuela histórica, encuentra entonces una especie de formulación última alrededor

³ *Der Zweck im Recht*, pp. 360 y 419.

⁴ *Der Zweck*, p. 321.

⁵ *Briefe*, p. 9.

⁶ *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für Dogmatik*, t. I, 1881, p. 7.

del año 1900, tiempo en que aparecen la mayoría de las teorías generales del Estado, que crecen sobre un suelo naturalista.

De estas teorías del Estado es una la de Conrad Bornhak⁷ aparecida en 1896 y hoy definitivamente olvidada, aunque lograra una segunda edición en 1909. A pesar de todo merece la pena interesarse en el método naturalista en ella contenido, puesto que Bornhak intenta encontrar el concepto del Estado por «vía inductiva», o sea, sólo empíricamente. Este arranque empírico aparece igualmente subrayado en la más conocida «Staatslehre» de Hermann Rehm⁸, que apareció en el año 1899. Como Rehm asegura: el Estado es «un fenómeno empírico, de hecho, y por lo tanto debe intentarse también, en principio, comprenderlo empíricamente»⁹. Finalmente, Richard Schmidt, en el tomo I de su «Allgemeine Staatslehre», aparecido en 1901, define al Estado breve y rotundamente, como un «objeto de la ciencia natural»¹⁰.

Si apenas vale la pena considerar los autores más próximos a éstos, aunque todos ellos, cada uno a su modo, exceden del término medio, ya que su influencia permanece relativamente limitada, se destaca como un «éxito mundial»¹¹ la «Allgemeine Staatslehre» de Georg Jellinek¹².

La obra, aparecida en 1900, experimentó tres ediciones hasta el año 1913, y hasta 1959 ha sido reeditada seis veces. Además ha sido traducida al francés, español, italiano, ruso, checo y japonés, obteniendo en estos idiomas varias ediciones parciales.

Pero la producción de Georg Jellinek no sólo es la obra más representativa en absoluto sobre teoría general del Estado, sino también el ejemplo más significativo de la irrupción del positivismo en la jurisprudencia. Porque Jellinek, como pensador de gran carga filosófica estaba inclinado a dar a la jurisprudencia, por la introducción del método científico naturalista, un fundamento y unos cimientos más fuertes. Pero en tanto que el positivismo de Jellinek no conoce la idea del Derecho y del Estado como orden moral, y que, consiguientemente, deduce el Derecho

⁷ *Allgemeine Staatslehre*, 2.^a ed., Berlín, 1909.

⁸ *Allgemeine Staatslehre*, Freiburg, 1899.

⁹ Ob. cit., p. 7.

¹⁰ *Allgemeine Staatslehre*, t. I, Leipzig, 1901.

¹¹ E. KERN: *Moderner Staat und Staatsbegriff*, Hamburg, 1949, p. 34.

¹² *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1900.

de la voluntad del Estado, transforma el problema de la normatividad en el de la causalidad. Mas con ello se hace, como se ve todavía en la interpretación jurídica, de los problemas de la justicia, del sentido y de la cualidad moral, cuestiones de poder y de presuntos hechos jurídicos¹³

Finalmente puede considerarse la obra de Hans Kelsen como la perfección final del positivismo jurídico en la actualidad¹⁴. Y precisamente no lo manifiesta claramente el método de la «teoría pura del Derecho», porque su formalismo acentuado no trasluce a primera vista el origen de la jurisprudencia positiva de los hechos exteriores. De verdad, sin embargo, la teoría del Estado de Kelsen representa tan sólo la cara lógico-racional del positivismo, en la que halla expresión el método matemático de la ciencia natural. Además, la «teoría pura del Derecho» enlaza con la «norma fundamental» los mismos hechos de poder exterior, que el método sociológico de Jellinek toma por su parte empíricamente como punto de partida, y así Kelsen sólo se distingue en la *forma*, no en el *fondo* (Sache) de sus correligionarios positivistas.

También es el mismo Kelsen consciente de su estrecho parentesco con Jellinek, a pesar de las numerosas polémicas en puntos concretos. Así que no sólo hable de su aprendizaje con Jellinek y de la «obra ejemplar» de su «inolvidable maestro»¹⁵, sino que ve desde ahí su propio trabajo como el intento de llevar a su perfección aquella obra. Y a perfeccionarla precisamente en el terreno positivista. Pues Kelsen señala así su propio quehacer: «Ahora bien, como yo, recopilando y revisando los resultados de mis ensayos monográficos, busco un sistema de Teoría general del Estado, veo claramente ante todo en qué gran medida se basa mi propio trabajo sobre el de grandes predecesores: me siento, como hasta ahora, íntimamente asociado a aquella dirección del conocimiento teórico-político, entre cuyos más significativos representantes en Alemania deben ser nombrados Karl Friedrich

¹³ Vid. el trabajo de REINHARD HOLLUBEK: *Allgemeine Staatslehre als empirische Wissenschaft. Eine Untersuchung am Beispiel von Georg Jellinek*, en mi serie «Schriften zur Rechtslehre und Politik», Bonn, en preparación.

¹⁴ Vid. aquí especialmente, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre von Rechtssatz*, 2.^a ed., Tübingen, 1923. También, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2.^a ed., Tübingen, 1928; *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925; y *General Theorie of Law and the State*, Cambridge, Mass., 1949.

¹⁵ *Staatslehre*, en el prólogo, p. IX.

von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek. Tiende —en contraposición de una nebulosa metafísica estatal— a una teoría del Estado positivo, esto es, a una política empero estrictamente jurídica y no políticamente coloreada. Es una parte del gran movimiento de las ciencias sociales, que —en perfecto paralelo con un desarrollo análogo en el dominio de las ciencias naturales—, dirigida contra la especulación jusnaturalista del siglo XVIII... desea una teoría de la sociedad real (Sociología)... y del derecho positivo»¹⁶. Y bajo este punto de vista, Kelsen estima la «Allgemeine Staatslehre» de Jellinek la obra «más completa científicamente de su clase»¹⁷.

b) EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

I. *La substitución del derecho por la legalidad.*

El arranque naturalista de la teoría jurídica positivista la conduce a atolladeros de los que no se puede salir desde ella misma, y que ponen por consiguiente en entredicho a la teoría como tal.

Es el primero el mismo derecho, que el positivismo entiende como mero hecho, y más estrictamente, como expresión del poder arbitrario del Estado. Pero al quedar excluido el reino de las ideas, la voluntad del Estado queda emancipada de la justicia, y ésta no les atañe a los juristas como tales absolutamente nada. Pues según Kelsen, el jurista sólo tiene que ocuparse de la *forma* vacía del deber ser y no le entra «en consideración ninguna otra cosa salvo la validez *formal*»¹⁸. La proposición jurídica sólo significa según Kelsen un «juicio hipotético sobre una voluntad del Estado respecto a una determinada conducta propia»¹⁹, y por ello no está sobre el Estado, sino que remite a su voluntad como a su fuente propia. Así, al equiparar Kelsen el Estado con su ordenamiento jurídico, aboca a la tesis de la imposibilidad absoluta de la injusticia estatal, asegurando: «La persona estatal no puede... cometer injusticia»²⁰.

¹⁶ KELSEN: *Staatslehre*, Vorrede, p. V.

¹⁷ *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, p. 119.

¹⁸ *Hauptprobleme*, p. 445.

¹⁹ P. 268.

²⁰ *Hauptprobleme*, p. 446.

Ahora bien, con todo esto se quiere decir simplemente que no existe el derecho en sí, o que lo jurídico en este sentido carece de sentido, ya que al jurista sólo le importa el ordenamiento legal como expresión de la voluntad estatal. A las postura voluntarista le parece el Derecho en sí una palabra vacía que recibe contenido y existencia precisamente por la preceptuación estatal. Pero con ello, la voluntad del Estado y, por consiguiente, la imposición del poder más alto en cada momento se transforma en último principio fundamental de la interpretación jurídica, que ha de orientarse al poder, pudiendo éste ser ya malo ya, también, bueno. La posición de la ciencia moderna, que se distancia del orden moral universal y de su contenido obligatorio, y se declara neutral frente al bien y al mal, halla aquí su expresión jurídica.

La consecuencia práctica de esta postura positivista la consagró después la jurisprudencia del tercer Reich. Aquí se llegó a los confines de la voluntad estatal, considerada desde este momento en cuanto encarnada en Hitler, quien se mostraba como la «lex animata» en el sentido de los juristas palatinos de Friedrich II von Hohenstaufen. «La ley política» vale, por decirlo con palabras de E. R. Huber, en cuanto que «expresión inmediata de la fuerza del caudillo (Führergewalt)»²¹. Del mismo modo, también definía Huber la ley como una «decisión del caudillo... que, para obligar a la voluntad, se eleva a proposición jurídica»²².

Además, Huber funda el principio de legalidad, y por consiguiente la tesis de la mera ley frente a la idea del Estado de Derecho, de la siguiente manera: «Es inadmisibles medir la ley del caudillo por el derecho no escrito y negarle la aplicación, si se produjera una imaginaria contradicción entre ley y Derecho. Porque el caudillo, en cuanto defensor y ejecutor del ordenamiento popular, está llamado en primer lugar a conocer el Derecho popular y a desplegarlo en forma de ley. Cuando él ha hablado, queda declarado el contenido del derecho popular con obligatoriedad incondicionada. No es posible apelar de la ley al Derecho»²³.

La interpretación jurídica no está, pues, autorizada a alzarse

²¹ E. R. HUBER: *Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches*, 2.^a ed., Hamburg, 1937/1939, p. 239.

²² Ob. cit., pp. 241 ss.

²³ Ob. cit., p. 244.

sobre el mero ordenamiento legal, con lo que se la identifica a la interpretación de la ley. Pero al mismo tiempo queda incluida en la ley, que de todos modos Huber distingue todavía del Derecho, la idea del Derecho como necesariamente unida a ella. Y así afirma Huber: «La voluntad del caudillo expresada en la ley no puede ser otra cosa que la forma consciente y expresa de la justicia popular»²⁴. Pero con ello Huber cae a la fuerza en la teoría kelseniana de la imposibilidad de la injusticia estatal, una teoría que el tercer Reich ha dirigido, con evidente desagradecimiento, contra sus creadores jurídicos²⁵.

Por último digamos a este respecto aún, que sólo la equivalencia positivista de Ley y Derecho mantiene jurídicamente en pie el Estado soviético. Con lo que en él, en el lugar de la auténtica interpretación jurídica se pone la tarea de interpretar correctamente en cada caso la voluntad de poder presupuesto en el Kremlin.

2. *La mecanización de la interpretación jurídica.*

Ya por el postulado de la equiparación de derecho y fuerza, llega el positivismo a la negación de la interpretación jurídica en sí, que queda igualada a la interpretación de la voluntad detentadora del poder. Pero a la teoría del poder se une rápidamente la tendencia de sustituir el pensamiento moral deducido del dominio de lo jurídico, por un pensamiento mecánico²⁶.

Así, W. Jellinek, continuando la doctrina jurídica de su padre en el dominio del derecho administrativo, afirma que «todas las conocidas reglas de interpretación» sirven a un «fin importante», que él mismo califica de «ideal»: se trata de la «univocidad» (Eindeutigkeit). En efecto, para W. Jellinek, todos los métodos interpretativos son en definitiva sólo «medios técnicos para el logro de una meta última, la «univocidad»²⁷. Y en polé-

²⁴ Ibid.

²⁵ No otra cosa muestra el caso de una mujer tan significativa como Edith Stein, que reforzó «fenomenológicamente» los fundamentos positivistas. Vid. E. VON HIPPEL: *Edith Stein Untersuchungen über den Staat*, en «Die Kirche in der Welt», 9 Jahrgang (1957), pp. 53 ss.

²⁶ Vid. también para este punto E. VON HIPPEL: *Mechanisches und moralisches Rechtsdenken*, 1959.

²⁷ W. JELLINEK: «Archiv des Oeffentlichen Rechts», N. F. (nueva serie), 9 (1925) pp. 361 ss.

mica con el autor mantiene : «Como el reino de los valores es tal que desgraciadamente en la mayoría de los casos contradice tal 'univocidad', la consideración de los valores es un medio interpretativo técnicamente deficiente (unvollkommen) por lo que se refiere a tal fin (la univocidad)»²⁸.

Ahora bien, cuando Jellinek clama por su ídolo de la «univocidad», según las cosas lo que quiere es ni más ni menos que la tecnificación y con ella, el apartamiento del dominio moral y de la libertad humana. Sin embargo, tal cosa debe ser según su esencia impracticable, esto es, el suprimirse la individualidad concreta en favor del patrón abstracto que satisface la faceta racionalista del concepto positivista de ciencia. Mas verdaderamente ésta muestra aquí su inutilidad en el campo jurídico. Porque, al contrario, en el campo jurídico no se llega a la «univocidad» de la decisión, que es en el terreno de los métodos de cálculo racionalistas el último resultado posible, útil y necesario del proceso total, sino que se llega a la justicia. Pero ésta no puede ser calculada, sino que surge de la relación entre la norma jurídica y el hecho y su circunstancia (Beziehung), no a través del entendimiento técnico, sino mediante la razón moral.

3. *La confusión entre causalidad y normatividad.*

La pérdida del reino de las ideas por el positivismo tiene la consecuencia ulterior, de que allí donde surge la interrogante de la *licitud* jurídica de una conducta, se investiga, en lugar de esto, su «posibilidad». Pero con ello se confunden fundamentalmente los dominios del poder material (Können) y del poder moral (Dürfen). También comienza la ciencia del Derecho a trocarse en Sociología, que anda tras las *causas* de los efectos jurídicos, cuando en verdad anda tras el *fundamento* de la adopción de una postura jurídica.

El resultado de este proceder es que el positivismo jurídico, si bien proclama continuamente su fidelidad a la ley, se distancia en línea recta de la ley. Porque en la misma medida en que los efectos jurídicos surjan simplemente por sí mismos de causas puestas en lo existente exterior, ya que la corriente causal

²⁸ Vid. E. VON HIPPEL : *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts, Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung*, 2.^a ed., Heidelberg, 1960, p. 154 ss.

parece surgir de dentro mismo de la naturaleza exterior, en la misma medida es la norma jurídica una palabra vacía y superflua.

La confusión perfectamente evidenciada de la causalidad y la normatividad juega un papel especial en la teoría positivista del acto estatal defectuoso. Aquí se encuentra el concepto de «hecho imposible» (unmöglichen Tatsache), la consecuencia de cuya aparición debe ser por sí misma la nulidad. Así, según H. J. Wolff²⁹ un acto administrativo es nulo cuando no puede tener en absoluto efectos jurídicos. Pero ahora bien, un acto administrativo nunca tiene efectos jurídicos, sino a lo sumo de hecho, en tanto que incomoda o incita a aquellos a quienes se dirige, a pagar o a elevar un recurso administrativo. Y así el problema jurídico no se refiere en absoluto a la cuestión de si un acto administrativo es imposible, sino a la de si choca con el ordenamiento jurídico, y qué significación ha de atribuirse a esta colisión en el caso en cuestión, dado que falte una regulación jurídica expresa.

Al sentar aquí el positivismo los conceptos de «imposibilidad», «absoluta imposibilidad», o semejantes, crea en primer lugar un esquematismo insuficiente, ya que la decisión no debe encontrarse como algo concreto en relación a la norma y al hecho, sino como algo abstracto referente a un esquema conceptual, que se hace avanzar parcialmente delante de la norma. Para ello es este esquema prácticamente inútil, ya que ningún acto administrativo despliega efectos jurídicos, puesto que tampoco pueden encontrarse actos administrativos determinados para los que esté prescrita la no producción de efectos jurídicos. Y así subsiste, para los teóricos de la imposibilidad jurídica, su secreto: el encontrarla; lo que sólo puede ocurrir por medio de una afirmación que cae por su parte en la petitio principii que presenta aquí la indicada imposibilidad. Pero con todo esto se ofrece claro, que el positivismo, al eliminar el poder moral en beneficio del poder material y perder consiguientemente la norma, llegó al relativismo del punto de vista subjetivo, el cual, por cierto, no queda fundamentado. Pues la decisión adoptada se apoya en la aceptación de hechos que no se dan verdaderamente.

²⁹ H. J. WOLFF: *Verwaltungsrecht*, 3.^a ed., 1959, pp. 257 ss.

4. *La necesidad lógica como criterio de la interpretación jurídica.*

El concepto naturalístico de la ciencia que tiene el positivismo, produce un resultado ulterior: que frecuentemente confunden sus representantes el *concepto del Derecho* con el *Derecho mismo*, y por lo tanto con el objeto de la jurisprudencia, al cual remite, sin embargo, solamente el concepto. En este sentido H. J. Wolff señala como «fuente del Derecho» en el sentido «teórico jurídico de la cuestión», el «fundamento del conocimiento de algo como Derecho positivo»³⁰.

Ahora bien, el «fundamento del conocimiento» (Erkenntnisgrund) se refiere al lado del sujeto como cognoscente, y por lo tanto no puede identificarse con el objeto del conocimiento, el Derecho. Pero al ser confundidos de este modo la cuestión noética con la ontológica, cae el positivismo en una red conceptual que no tiene nada que ver con el derecho como tal, sino que se mueve, simplemente, sobre sí mismo. Esto vale especialísimamente para Hans Kelsen, cuyo «sistema total»³¹ tiende a una «construcción de los conceptos jurídicos fundamentales»³². Pero con ello Kelsen argumenta partiendo, no de la cosa, sino que se mueve entre conceptos intelectuales, que tienen su centro en él y por consiguiente en su ratio personal, hasta el punto de que no supera su sistema sobre la norma fundamental de cada poder estatal. Asimismo hay que indicar, acerca de estos tejidos conceptuales, que a Kelsen apenas le interesa el resultado: lo asegura él mismo: «En efecto, el principio del método está a veces tan vuelto al primer plano, que la presentación y solución del problema, surgido dentro de los límites trazados de la teoría del derecho y del Estado, se consiguen, no tanto por la propia voluntad, sino más bien a consecuencia de una ejemplificación gráfica de los principios metodológicos correctamente conocidos»³³.

La confusión de concepto y objeto tiene la consecuencia de que el derecho como tal, a cuyo servicio está en definitiva el jurista, aparece como desprovisto de importancia frente a la su-

³⁰ WOLFF, ob. cit., p. 87.

³¹ KELSEN: *Hauptprobleme*, III.

³² KELSEN: *Ibid.*

³³ H. J. WOLFF: *Verwaltungsrecht*, 3.^a ed., 1959, pp. 257 ss.

puesta redondez (*Geschlossenheit*) del propio sistema y frente a la trabazón interna de los conceptos. Lo cual demuestra de nuevo la insuficiencia del concepto naturalista de la ciencia, que busca el Derecho, o en los hechos exteriores, o en las interdependencias racionales de los conceptos, que encuentran su punto medio, no en la objetividad de la norma, sino en el pensamiento y en el interés de cada autor. Kelsen actúa como un matemático, a quien solamente interesa la realidad en tanto en cuanto es un material experimental que puede utilizar para el método que se pone a sí mismo de un modo absoluto. Porque el intelectualismo kelseniano no acaba en el derecho, sino en un concepto imaginario.

La absurda fusión de la jurisprudencia con la razón especulativa — a pesar de que el derecho pertenece según su esencia al dominio moral y, por lo tanto, a la razón práctica — lleva después al intento desesperado de deducir lógicamente consecuencias jurídicas. Esta tendencia corresponde especialmente a los pensadores jurídicos franceses, para quienes el «argument de logique juridique»³⁴ es tan sagrado, que Jèze reprocha al tribunal de casación el posponerlo al de «utilité sociale». Y por su parte, W. Jellinek considera «contradictoria y por lo tanto propiamente nula»³⁵ la atribución de una concesión económica por una autoridad local incompetente. Realmente, aquí no se trata en absoluto la cuestión de la esfera racional y de la relación de los conceptos entre sí, sino del problema de cuál es la *significación* a atribuir jurídicamente a una situación de incompetencias, problema de la razón práctica por tanto. Es lo mismo que hay cuando Alexander-Katz afirma³⁶ que la cláusula de revocación de los actos administrativos es «contradictoria en sí, y por eso de tal modo nula que no tiene necesidad tampoco de ninguna impugnación por vía de queja o reclamación en el procedimiento contencioso administrativo».

Ahora bien, tampoco es lógicamente visible de ningún modo, de qué manera deba ser contradictoria en sí la cláusula de revocación, puesto que no aparece aquí ninguna contradicción interna de conceptos. Es que, además, la cláusula de revocación es nor-

³⁴ JÉZE, GASTON: *Les principes généraux du droit administrative*, 2.^a ed., París, 1914, p. 138.

³⁵ W. JELLINEK: *Der fehlerhafte Saatsakt*, 2.^a ed., 1959, p. 97.

³⁶ ALEXANDER-KATZ, PAUL: *Grundzüge des preussischen Baurechts*, Berlín, 1910, p. 77.

mial en el Derecho administrativo, y en todo caso sin inconveniente cuando corresponde al funcionario la potestad discrecional. Con ello se ve que la deducción, como principio de la interpretación jurídica, es algo no sólo extraviado, sino además desconcertante, ya que lo afirmado no lleva consigo la solución, en el caso concreto no se le ve un sentido suficientemente racional, y ante el enfrentamiento con la práctica se manifiesta esta teoría como algo abstracto y ajeno a la realidad. Porque una vez más, se trata de un problema de la razón práctica y no de la razón formal (und nicht leerer Ratio). Lo mismo hay que decir ante la declaración de Kormann de que las determinaciones accesorias (Nebenbestimmungen) de las acciones jurídicas son «conceptualmente inconcebibles»³⁷.

Con todo, se ven las mismas faltas en los últimos autores. Así se han presentado diversos esquemas conceptuales como pretendidos presupuestos de la validez de los actos jurídicos, de los que después se deriva el resultado con evidencia y necesidad lógica³⁸. Realmente, cada autor eleva en esta cuestión sus puntos de vista a la categoría de un a modo de *a priori* jurídico, y toma presto una postura abstrata frente a la superficie del problema, que, por el contrario, debe ser considerado y tratado en concreto, relativamente a la particularidad de la norma y la situación fáctica (Sachlage).

5. *La confusión entre calidad y cantidad.*

La pérdida de los escalones jurídicos superiores, y del reino de las ideas en el positivismo tiene la consecuencia, respecto a la interpretación jurídica, de que los puntos de vista ya no pueden ser sopesados, sino meramente afirmados. Porque de la pérdida de los criterios de validez objetiva, resulta necesariamente el relativismo, y con él, el subjetivismo y la desligazón de las distintas posturas. El intento de racionalizarlas muestra asimismo la sensación de la insuficiencia de las meras opiniones, que por eso buscan crearse sobre la ratio una validez que sólo presta el dominio de lo válido en sí.

Pero mientras que aquí se trata de la cuestión de validez de las distintas posiciones, Kelsen, radical como siempre, no ha

³⁷ KORMANN, KARL: *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlín, 1910, p. 149.

³⁸ Vid. ERNST VON HIPPEL: *Fehlerhafter Staatsakt*, cit., pp. 168 ss.

retrocedido en la empresa de introducir el relativismo también en el mismo Derecho. Así Walter Jellinek es reprochado por Kelsen, por la solución de alcanzar «por la importancia de la norma conculcada»³⁹ la clase de consecuencias jurídicas aceptables derivadas de los actos estatales defectuosos. Tal argumentación es, según Kelsen, «política pura, sin el menor carácter jurídico estricto», porque «así como es total y completamente ajurídico (unjuristisch) valorar las normas jurídicas entre sí, del mismo modo choca con todos los principios metodológicos el atribuir una importancia distinta y graduada según su contenido a las infracciones o faltas jurídicas del acto estatal». Por el contrario, para Kelsen, todas las prescripciones jurídico-positivas tienen desde el principio la misma importancia»⁴⁰.

Esta actitud de Kelsen, sin embargo, prueba solamente el formalismo de un proceder jurídicamente vano, preocupado, no por el derecho y la razón del derecho, sino sólo por lo abstracto de los principios metodológicos. De unos principios que Kelsen atribuye, no a la razón práctica sino a la especulativa. Y su patente inutilidad en el dominio de lo jurídico, no le hace dudar ni un momento a Kelsen de su postura, sino que lo lleva, como al bolchevismo, al intento despótico de imponerlo por su parte al campo del derecho.

Sin embargo, realmente un ordenamiento jurídico democrático está constituido en sí con un mínimo de jerarquización, que distingue los supuestos vitales y los valora adecuadamente. Por lo mismo el Código penal considera mucho menos importante el hurto de una manzana, que un asesinato, y justamente en esto se muestra la razón del derecho. Por el contrario, según Kelsen la ejecución realizada por un alguacil autoriza a los ejecutados a la contradicción, caso de que el ejecutor olvidara un botón de su uniforme, y lo mismo contra la instrucción de servicios de ejecución. Para Kelsen todas las proposiciones jurídicas tienen la misma importancia.

Con lo que se revela la insuficiencia de un concepto de ciencia que deja fuera de atención el campo de la razón moral, y a pesar de ello, pretende tener validez también dentro de él.

³⁹ H. KELSEN: *Ueber Staatsunrecht*, en «Zeitschr. für Privatrecht und öff. Recht der Gegenwart», t. 40, Wien, 1913, p. 69.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 73 ss.

c) HACIA LA SUPERACIÓN DEL POSITIVISMO

La interpretación positivista del Derecho se muestra pues como ligada a un concepto naturalista de la ciencia, que deja fuera de atención el reino de las ideas y con él la naturaleza superior del hombre. Pero al mismo tiempo tal concepto de la ciencia se muestra inutilizable, para la interpretación jurídica, ya que la norma jurídica no pertenece ni al campo de la causalidad, ni al de las formas apriorísticas, ni al de la lógica, ni al de la matemática. Por consiguiente, en tanto que el concepto naturalista de la ciencia sea referido a un campo al que no pertenece, éste se falseará en su naturaleza y se perderá en el plano horizontal de la mera materialidad.

Si se pregunta por la superación de la postura positivista, la respuesta tiene que sonar muy fuerte así: que deben ser traídos a la interpretación jurídica aquellos planos superiores del derecho, de los que se emancipó el positivismo para el error. Esto es fundamentalmente importante en lo referente al reino de las ideas, del cual se sigue para los juristas la necesidad de un reconocimiento de la justicia, del derecho en sí o del derecho natural. Y es al respecto un indicio de excepcional significado que el art. 20 de la Constitución de Bonn distinga expresamente entre Derecho y Ley. También se reconocen en la Ley fundamental derechos humanos anteriores al Estado que ligan al legislador también, y se indica especialmente que la dignidad del hombre (*die Würde des Menschen*) es «intangible» (*unantastbar*) y obliga a todo poder estatal. Pero la dignidad humana sólo puede descansar sobre su naturaleza superior, esto es, sobre el hecho de que es una imagen y semejanza de Dios, pero no sobre su naturaleza animal, que es la única que ve el positivismo como real.

Con ello ha puesto la Constitución un reino del ser superior y obligatorio inmediatamente al comienzo de la interpretación jurídica, a la que no llegaba el positivismo. Porque al partir éste de la naturaleza exterior, se le convierte la fuerza en derecho y la obligatoriedad, en nuda positividad. Pero de este modo, desde el suelo del positivismo se tornan los problemas insolubles, siendo despachados los jurídicos como morales. Se trata, particularmente, del problema de la obligatoriedad del mandato malo e injusto, frente al cual no halla salida el formalismo de la jurisprudencia.

dencia kelseniana, pero que se muestra indisoluble como también jurídico con el reconocimiento de los escalones superiores del Derecho, o sea, del Derecho Natural y del Derecho divino. En este sentido han aparecido también en la República federal un gran número de sentencias, que admiten el Derecho Natural⁴¹, y declaran inválidos los actos estatales que lo contravienen. También se considera jurídicamente fundada la correspondiente oposición contra la injusticia legal.

Hay que añadir que la interpretación positivista del derecho no puede ser realizada con pureza, mientras viva en sus representantes todavía un sentimiento por el Derecho en sí. Por eso está plagada de inconsecuencia la interpretación positivista del Derecho⁴². La discordancia con el dogma de la experiencia, comienza particularmente con la imprevista sustitución de la voluntad empírica del detentador estatal del poder por algo racional o moral, con lo que es incluida la naturaleza superior del hombre en la interpretación jurídica. Por otra parte, tampoco puede desconocerse, que el positivismo en su forma radical hace prácticamente de la naturaleza baja y egoísta del hombre, que, por ser como es, sólo reconoce sobre sí leyes naturales, su único punto de referencia. Esto sucede hoy de la forma más radical, allí donde la justicia se convierte en un supuesto interés de clase, hallando también la interpretación jurídica su solución en la voluntad del detentador del poder supuesto representante de la clase. Al mismo tiempo se descubre aquí la naturaleza anticristiana y antimoral en definitiva del concepto positivista de la ciencia, cuya incredulidad en la naturaleza superior del hombre y del mundo convierte el derecho y la interpretación del Derecho en todo lo contrario de lo que ellos son.

⁴¹ E. VON HIPPEL, en *Mechanisches und moralisches Rechtsdenken*, cit., p. 224 ss. ALBRECHT LANGNER: *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtssprechung der Bundesrepublik*, Bonn, 1959.

⁴² Vid. E. VON HIPPEL: *Fehlerhafter Staatsakt*, cit., p. 53 ss., y 172 ss.