

POSITIVISMO Y NEOKANTISMO*

POR HANS WELZEL

Profesor Ordinario en la Universidad de Bonn (Alemania).

La consideración hegeliana de poder construir *a priori* la historia como un proceso dialéctico de la autorrealización de la idea, proceso al que *tenía*¹ que corresponder la experiencia —la más audaz y osadía de la razón—, había hipertensado las fuerzas del idealismo. Tras la caída del hegelianismo, inmediatamente después de la muerte de su creador, ocurrió un desfallecimiento, no sólo del espíritu del idealismo, sino del espíritu de la filosofía en general: «Este gran edificio ha caído solamente, porque nada subyacía bajo toda esta materia», escribió entonces (1857) Rudolf Haym².

Empero, ¿no es este cuadro aún demasiado optimista? En todas las épocas de la historia del espíritu humano ha habido períodos de descanso y respiro tras un esfuerzo excesivamente agudizado de las fuerzas. Pero lo que ahora, a partir de la mitad del siglo XIX, ocurrió es algo distinto, y en su alcance determinante incluso completamente original: El espíritu no descansó, sino que se dirigió contra sí mismo; lo que desde entonces hemos visto, ha sido la autodestrucción y autodisolución de la razón,

* Traducción de F. Puy Muñoz, Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho (Granada).

¹ HEGEL: *Philosophie der Weltgeschichte*, I, p. 137.

² RUDOLF HAYM: *Hegel und seine Zeit*, 1857, p. 5.

cuyas consecuencias en ningún sitio han repercutido más clara y más funestamente que en el campo de los ordenamientos sociales. Este proceso se cumplió en cuatro vías parcialmente entrecruzadas entre sí: el positivismo, la teoría de las ideologías, la filosofía de la vida y el existencialismo. De ellas, el positivismo posee la más inmediata significación para la teoría y la praxis jurídicas.

Positivismo es la reducción de la razón captadora de sentidos (aclaradora de sentidos) al entendimiento técnico-instrumental, orientado a la existencia. Con el positivismo pasa la humanidad, según la ley de los tres estadios de Augusto Comte, del estadio metafísico al científico, en cuanto que se delimita a sí misma lo que es constable mediante la observación empírica —esto es, los hechos y las relaciones exteriores (causales) de hechos—, apartando a un lado todo lo que sobrepase la observación empírica. Para la teoría jurídica, la delimitación de lo «fáctico existente en la realidad»³ significaba la dedicación exclusiva al derecho positivo, como Derecho que «presta la cualidad jurídica... a una fuerza competente, jurídicamente configuradora mediante un proceso apropiado, externamente verificable»⁴. No importa el valor de tal derecho: «la existencia del derecho es *una* cosa, su valor o disvalor otra... Una ley puesta de hecho es una ley, aunque obtenga nuestra desaprobación»⁵. Únicamente es decisivo su funcionamiento en la realidad: «Sólo lo que funciona como derecho es derecho, y si no, no es nada: *y todo ello es derecho sin excepción*»⁶. Sólo este «concepto del derecho agudamente recortado»⁷ protege al juez de dificultades sin salida: «Mientras éste no se sitúa total y plenamente en la postura: Derecho es sólo el derecho positivo, tal como suena... incurre en la más penosa contradicción»⁸. Frente al puro hecho del Derecho positivo no hay verdades en razón: «No hay en absoluto ninguna verdad objetiva como resultado del pensamiento filosófico en el campo del Derecho, sino una insegura representación como resultado, si no de la imaginación arbitraria, sí por las aspiraciones políticas,

³ KARL BERGBOHM: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, p. 539.

⁴ KARL BERGBOHM: Ob. cit., p. 549.

⁵ KARL BERGBOHM: Ob. cit., p. 398, nota.

⁶ KARL BERGBOHM: Ob. cit., p. 80 (acotado por mí).

⁷ KARL BERGBOHM: Ob. cit., p. 400.

⁸ KARL BERGBOHM: Ob. cit., p. 405, nata.

etc. A lo sumo ofrece la ocasional forma de percepción y visión de grupos mayoritarios humanos en relación a un orden ideal de vida en común, quizá una cierta 'opinión pública', pero nada más. Quiere decir que no se trata en absoluto de qué contenido ideológico se da al pretendido derecho no-positivo, ni qué posición se señala a ese contenido desde cierto punto de vista entre las «ideas» —en donde ya se incluye toda una gama, desde las ideas fijas de hombres enfermos de espíritu hasta las de genios que hacen época, desde los antojos de algunos irrisorios salvadores del mundo, hasta las convicciones de las grandes naciones en relación a su misión histórica—: En cuanto Derecho, todo derecho fuera del derecho positivo es simplemente un *sin sentido*⁹.

Lo más notable en estas proposiciones —notables para el talante espiritual del positivismo—, es la total psicologización de la imagen espiritual en curso para el contenido jurídico en cuestión —una psicologización que va tan lejos, que pone a las «ideas que hacen época de hombres geniales» y la «convicción de las grandes naciones sobre su misión histórica» a la misma altura que a las ideas fijas de los enfermos mentales, o sea ¡en el mismo grado de facticidad pura!—. Desde este punto tenía que surgir la parte nuclear de la actividad científico-jurídica, la Dogmática, doblemente *científica*.

Dogmática jurídica¹⁰ es la *explicación sistemática* de las proposiciones jurídicas que sirven de fundamento a un ordenamiento jurídico o a alguna de sus partes, como, por ej. : «autonomía privada» y «propiedad privada», «culpa y pena», «principio de doble competencia», «sistema de partidos mayoritarios», «Estado de Derecho», etc... Tales proposiciones jurídicas, descansan sobre presupuestos (Sinnentwürfen) últimos y originarios para la configuración de la vida social de un pueblo en una época determinada¹¹, la dogmática jurídica deduce las proposiciones jurídicas presumidas por un ordenamiento jurídico, presenta las prescripciones jurídicas particulares como partes integrantes o como consecuencias de dichas proposiciones jurídicas, y permite

⁹ KARL BERGBOHM: Ob. cit., p. 479.

¹⁰ Vid. al efecto ERICH ROTHACKER: *Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus*. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz, 1954, p. 253 ss.

¹¹ Vid. pp. después.

comprender así el ordenamiento jurídico o sus partes como una estructura con sentido de una especie concreta y determinada pretensión de verdad. Su método no es el de la explicación causal, sino el de comprensión del sentido (Sinnverständnis), ya que sólo así puede ser entendido un conjunto de sentido (Sinngefüge) como el presentado por un sistema jurídico. Por el contrario, quien se acerca a un sistema jurídico con el método positivo de la observación de hechos y sus relaciones causales, pierde su objeto de investigación y pone en lugar del derecho el «mecanismo jurídico», esto es, los sucesos exteriormente visibles que ocurren en una realización del derecho. En lugar de la ciencia del derecho, porque pone la «sociología jurídica»¹².

Por otra parte, el positivismo no ha sido capaz de sustituir la dogmática jurídica por la sociología del derecho, empero sí ha llegado perfectamente a desechar la convicción del carácter científico de la dogmática¹³, por ej., el penalista Franz von Liszt, que ya en 1893 había dejado en suspenso la cuestión de si la dogmática del derecho penal era una ciencia, seis años más tarde ve su misión en la instrucción pedagógica de los prácticos criminalistas exclusivamente, mientras que el trabajo científico de los penalistas estaría tan sólo en la investigación causal de las cau-

¹² Al modo como la ha descrito —en todo caso post festum— el sueco LUNDSTEDT (*Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, I, II, 1932, 1936): «Una comprensión positiva de las manifestaciones jurídicas que se apoya generalmente sobre hechos empíricos». Con la misma lógica con que Lundstedt define los conceptos de «derecho subjetivo» u «obligación» (I, pp. 119, 137), sería una escultura un tarugo de madera de tilo, y una pintura un pedazo de tela con unos rayajos de manchas de aceites coloreados, cuyo contenido expresivo estaría frente a la «superstición», la «metafísica», la «quimera».

Comparado con el libro de Lunstedt, el trabajo entonces sensacional de Julius von KIRCHMANN sobre *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848) todavía contiene ampliamente «metafísica», en cuanto que valora como verdadero derecho el derecho «natural» como lo vive el pueblo (el concepto del derecho de la Escuela Histórica se había transformado así en 1848 en derecho natural!). Sólo el derecho positivo era «auténtica arbitrariedad» del legislador. Por ello no podía haber una ciencia de él: «Mientras que la ciencia tome por objeto lo accesorio, se convierte ella misma en accesorio; tres palabras correctoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en basura».

¹³ Justamente ha hecho inteligible ROTHACKER (ob. cit.) la forma dogmática de pensamiento como «una dirección de investigación de primer rango y de permanente alcance científico» claramente de nuevo, y su imperecedora función como «fuente de nuestro saber espiritual sobre contenido», lo que es suficientemente importante, aun cuando, como piensa Rothacker, no sea la fuente *exclusiva* de él.

sas del delito y de la eficacia de la pena¹⁴. Y cincuenta años más tarde (1947) explica el historiador del derecho Paul Koschacker que la dogmática jurídica «según el moderno concepto de la ciencia» no es ciencia, porque sólo tiene que ordenar y analizar el material jurídico que le viene dado autoritariamente¹⁵. Sólo la historia del Derecho tiene carácter científico, pero no por ciencia jurídica, sino por ciencia histórica. Preguntándose qué valor teórico deban poseer los conocimientos (metódicamente obtenidos) de los «materiales jurídicos autoritariamente dados» en tiempos pretéritos, cuando la explicación sistemática de su contenido significativa (Sinngelhalte) ; no es un objeto científico!¹⁶

Por el contrario, el positivismo ha impuesto su «concepto del Derecho agudamente recortado»: para varias generaciones de juristas ha valido «incontestablemente la verdad de que el poder jurídico (o según otras terminologías: el legislador, el Estado, el poder soberano) puede poner cualquier proposición jurídica arbitraria»¹⁷ — ¡incluso la absolutamente inmoral!—¹⁸. Hasta el positivismo jurídico más sublimado, la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, afirma que puede «ser derecho cualquier contenido (Inhalt) arbitrario; no hay ninguna conducta humana que se determine tan fuertemente por su contenido para ser una norma jurídica. Su validez no puede ser negada porque su contenido contradiga el de otra norma que no pertenece al ordenamiento jurídico»¹⁹.

Incluso la filosofía jurídica nuevamente resucitada en los años noventa del pasado siglo —la neokantiana— ha seguido este concepto del Derecho. Característico al efecto es el dualismo entre «concepto del Derecho» (Rechtsbegriff), «idea del derecho» (Rechtsidee), formulada por primera vez por el filósofo del derecho Rudolf Stammler, adscrito al «neokantismo de Marburgo»: El concepto del derecho contiene los caracteres constitutivos («las formas permanentes del pensamiento») que convierte precisamen-

¹⁴ FRANZ VON LISZT: *Aufsätze*, pp. 77, 281, 296.

¹⁵ PAUL KOSCHACKER: *Europa und das Römische Recht*, 1947, pp. 210, 284, 337.

¹⁶ Cuán fuertemente actúa en Koschacker el concepto positivista de la realidad y de la ciencia se muestra en que él, invocando a Lundstedt, atribuye a la sociología jurídica, en contraposición a la dogmática jurídica, el carácter de ciencia!

¹⁷ FÉLIX SOMLÓ: *Juristische Grundlehre*, 1917, p. 309.

¹⁸ SOMLÓ: *Ob. cit.*, p. 431.

¹⁹ HANS KELSEN: *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, p. 201.

te en *jurídico* un contenido concreto ; la idea del Derecho, por el contrario, comporta la «medida» (Masstab), la «regla» (Richtmass) o el «distintivo» (Richtschnur) para enjuiciar el derecho, que nada impide sea derecho aun cuando sea injusto o importe evidentemente un carácter arbitrario²⁰. El concepto del derecho es constitutivo, la idea del derecho «solamente» regulativa²¹. Con las fórmulas «medidas» y «distintivo» se plantea inevitablemente de nuevo el problema aporético del contenido material de la justicia. Al poner Stammler dicho cuestión de *este* modo, esto es, como cuestión de la «medida» o el «distintivo» del derecho positivo, su respuesta tiene que ser necesariamente insatisfactoria : La idea del derecho es el *proceder* (Verfahren) incondicionadamente concorde a lo ordenado²², o una «pura forma del orden»²³. Pero con «puras formas del orden» no se puede «medir», ni «dirigir» con puros procedimientos (Verfahrenweisen)²⁴. El fallo de Stammler está en las esperanzas que su planteamiento había despertado y que ahora él tenía que desengañar. Pero después de haber sido despertadas, no podía evitarse que la búsqueda de la expresión obligada sobre el contenido de la justicia comenzara de nuevo. Esta búsqueda, sin embargo, tras el surgimiento de la conciencia histórica y tras la caída de la filosofía apriorística de la historia, se había tornado incomparablemente más difícil que en los tiempos del derecho natural, si no se quería cerrar simplemente los ojos ante las dos nuevas experiencias.

En contraposición con el formalismo metodológico de Stammler quisieron reencontrar el camino de las determinaciones axiológicas *de contenido* (den Weg zu *inhaltlichen* Wertbestimmung) del derecho, aunque al precio de la validez absoluta de dichos

²⁰ Vid. GRAF ZU DOHNA: *Kernprobleme der Rechtsphilosophie*, 1940, p. 54.

²¹ Binder y Radbruch confunden precisamente la clara distinción de Stammler en cuanto que ellos adjudican a la idea del derecho *también* una cierta función «constitutiva», porque es propio del concepto del derecho intentar servir a la idea del derecho (cfr. BINDER: *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1915, p. 60; *Philosophie des Rechts*, 1925, p. 257; RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, 3.^a ed., 1932, pp. 4 y 29); pero no sacan de ello *consecuencias* respecto de los casos críticos en los que es dudoso si el derecho positivo es todavía un intento de rectitud. Vid. al efecto arriba en el texto.

²² RUDOLF STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3.^a ed., 1928, p. 183.

²³ STAMMLER: Ob. cit., p. 178.

²⁴ «La idea no es ella misma creadora... Quien percibe por ella la aportación a los fines positivos, está fundamentalmente en la senda». STAMMLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, p. 182, nota.

contenidos, las teorías jurídicas relativistas (adscritas al neokantismo sudoccidental de Windelband y Rickert) de Gustav Radbruch y Max Ernst Mayer²⁵. Así llegaron a una especie de «Derecho natural de contenido cambiante» (Naturrecht mit wechselndem Inhalt)²⁶.

Así pretendía Radbruch «desarrollar en lugar de una tópica de las comprensiones posibles del derecho»²⁷. Tales posibles concepciones del Derecho y del Estado serían tres: la individualista, la superindividualista y la traspersonal, según las cuales se pondría como supremo valor, o la personalidad humana individual, o las personalidades colectivas (como el Estado) o la cultura. Siendo consiguientemente los valores jurídicos supremos, o la libertad, o la nación o la cultura²⁸. Dar un juicio «científico» sobre la rectitud objetiva de uno u otros, es imposible: los juicios de valor no corresponden al conocimiento, sino sólo a la creencia²⁹. «La elección entre las concepciones jurídicas sistemáticamente desarrolladas a partir de los presupuestos contrapuestos últimos, no permite a la filosofía jurídica relativista tomar en cuenta lo individual»³⁰. Naturalmente un orden de la vida humana comunitaria no puede dejar de lado las diversas visiones jurídicas de los individuos, sino que debe ser regulado inequívocamente mediante una situación supraindividual. «Pero ya que según un punto de vista relativista, la razón y la ciencia no se ocupan de cumplir dicha tarea, han de cumplirla la voluntad y el poder»³¹. El poder se legitima por su fuerza para imponer el derecho: «Quien pretende imponer el derecho prueba con ello que está llamado a poner el derecho»³². Así conduce el relativis-

²⁵ Cfr. MAX ERNST MAYER: *Rechtsphilosophie*, p. 63.

²⁶ A esta expresión se adhiere ya STAMMLER en *Wirtschaft und Recht*, p. 185.

²⁷ GUSTAV RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, 3.^a ed., 1932, p. 10.

²⁸ RADBRUCH: Ob. cit., pp. 50 ss.; su tópica es una racionalización de las relaciones de partidos en el imperio del Kaiser y en la república de Weimar; cfr. pp. 58 ss.—JULIUS BINDER sólo tiene en cuenta en su *Philosophie des Rechts* (1925) la alternativa entre individualismo y transpersonalismo, decidiéndose por el último.

²⁹ RADBRUCH: Ob. cit., p. 9 ss.

³⁰ RADBRUCH: Ob. cit., p. 10 s.

³¹ RADBRUCH: Ob. cit., p. 81.

³² RADBRUCH: Ob. cit., p. 81.—Sobre las consecuencias para la teoría y la praxis de la democracia, vid. después.

mo —y ello irremediabilmente— ¡ a la entrega del derecho al poder!³³.

Diversamente que Radbruch, Max Ernst Mayer aspira a independizar el ideal jurídico concreto de determinada situación cultural³⁴. «Los fines, ideales e ideas surgidas de una situación cultural encuentran precisamente en ella una cierta justificación»³⁵. Estos contenidos corresponden a los de la metafísica hegeliana de la historia, pero sin su pretensión de validez absoluta. El relativismo entra aquí bajo la especie del historicismo.

Decisivo para el enjuiciamiento y para el destino de la filosofía jurídica neokantiana no es, sin embargo, su esfuerzo tras la idea del derecho, sino el hecho de que bajo su «superestructura ideal» y escondido tras ella, el concepto del derecho agudamente recortado del positivismo sigue siendo como un bloque arcaico. Esto se muestra con la máxima claridad en la significación neokantiana del «deber jurídico». En contradicción consciente con la tradición iusnaturalista hasta Pufendorf, el concepto del deber jurídico fue estrictamente distinguido desde Christian Thomasius como un deber «exterior» o un «deber coactivo» respecto el concepto del deber «interior» o «de conciencia» de la moralidad: completamente, como se creía poder deducir esta separación desde Kant³⁶. Así se introdujo el concepto de deber coactivo en el convencimiento jurídico general del siglo XIX, y especialmente del positivismo. Sin embargo, hay en ello una *contradictio in adjecto*: la coacción coacciona, pero no obliga; el deber procede de otra esfera distinta que la de la coacción. Esta contradicción domina justamente el neokantismo y en especial a Julius Binder: Las normas «nacén a la moral desde la conciencia y *obligan* consecuentemente; porque obligación no es otra cosa que la conciencia (*Bewusstsein*) de deber obedecer la norma, lo que precisamente llamamos conciencia (*Gewissen*). Los mandatos del ordenamiento jurídico se imponen a través de la coacción exterior del Estado, proceden de una autoridad externa y no obligan en tanto que ni su validez depende de que yo los afirme como obliga-

³³ Vid. en p. 5.

³⁴ MAX ERNST MAYER: Ob. cit., p. 69 s.

³⁵ MAX ERNST MAYER: Ibid.

³⁶ Loc. cit., p. 161 ss.

torios en mi conciencia»³⁷. Partiendo de esta actitud no puede haber ningún «deber jurídico». Y continúa Binder: «El concepto de deber jurídico hecho en toda dogmática jurídica partiendo más o menos de la *communis opinio* ha de suprimirse. El deber no es un concepto jurídico; en todos los casos en que estamos acostumbrados a hablar de deberes fundamentados por el ordenamiento jurídico, se trata en verdad de algo completamente distinto. Rechácese la categoría general del deber de los súbditos; rechácese el deber jurídicopenal de abstenerse de cometer delitos; rechácese el deber jurídicocivil de cumplir las obligaciones. En todos estos casos se trata en verdad de responsabilidades; de responsabilidades quizá para con el cuerpo y la vida, el patrimonio, la libertad, el honor»³⁸. Esta teoría de Binder, que ha sido llamada «nihilismo filosófico-jurídico», la adoptó Radbruch y la declaró con sus eficaces formulaciones: ¡El substrato del derecho excluye el débito (*die Verpflichtbarkeit*) por necesidad conceptual!³⁹. «Para el juez es deber de su oficio hacer válida la voluntad de validez de la ley, sacrificar el propio sentimiento jurídico al mandato jurídico autoritario, preguntarse exclusivamente lo que es legal (*recht*), y nunca si también sea justo (*gerecht*)... Despreciamos al pastor que predica contra su convicción, pero veneramos al juez que no se permite errar en su fidelidad a la ley por causa de su sentimiento jurídico contrario»⁴⁰.

El psicólogo Erich Jaensch había llamado al neokantismo

³⁷ JULIUS BINDER: *Philosophie des Rechts*, 1925, p. 819 s.—Sobre la discrepante teoría de RUDOLF LAUN —una variación de la teoría del reconocimiento, que el derecho se funda en las «experiencias primitivas» de la conciencia o del sentimiento jurídico— hablo en mi trabajo *Gesetz und Gewissen*, en *Hundert Jahren deutsches Rechtslebens*, Festschrift des deutschen Juristentages, 1960, p. 383 ss.

³⁸ BINDER: *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912, p. 45; *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, 1927, p. 73 s. También Kelsen define el «deber jurídico» meramente como responsabilidad, y precisamente como responsabilidad por la propia conducta en contraposición a la responsabilidad por la conducta ajena (*Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, p. 125).

BINDER ha dejado posteriormente su concepción (*System der Rechtsphilosophie*, 1937, p. 22, nota) y reconocido la posibilidad de leyes no vinculantes, por lo que adoptó como criterio de la validez de una ley el del pueblo jurídicamente consciente. BINDER: *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 1935, p. 160.

³⁹ RADBRUCH: Ob. cit., p. 40; vid. también p. 42 s., y p. 76, nota 2.

⁴⁰ RADBRUCH: Ob. cit., p. 83 s. No se debe olvidar que los juristas alemanes habían sido educados en tales doctrinas cuando cayó sobre ellos el tercer Reich.

una «teoría complementaria del positivismo»⁴¹, a cuyo efecto hubiera podido apoyarse en el propio Heinrich Rickert, quien de propio acuerdo había reconocido que él se apoyaba en el concepto de la realidad (*Wirklichkeitsbegriff*) del positivismo⁴². Con la misma legitimidad se puede determinar la filosofía jurídica neokantiana como una teoría complementaria del positivismo jurídico. No sólo aceptó el concepto del derecho del positivismo, sino que incluso lo exacerbó al combatir restos terminológicos procedentes de una época prepositivista, y completó la realidad positiva con trozos de otra esfera, de la esfera de la irrealidad, de lo «mero» ideal, o de lo «mero» modal, de forma tal que el derecho de la praxis y de la ciencia jurídica quedó sometido totalmente al concepto agudamente recortado del Derecho del positivismo. El más profundo fundamento para el repudio de la filosofía jurídica neokantiana no estriba en el formalismo, en el relativismo o en el historicismo de su «regla» ideal, sino en su conservación y refuerzo del concepto positivista del derecho.

⁴¹ ERICH JAENSCH: *Wirklichkeit und Wert*, 1929, p. 70 ss.

⁴² HEINRICH RICKERT: *Grenzen der Naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, 3.^a y 4.^a ed., 1921, p. XVI s.