SOBRE EL NEOKANTISMO LOGICO-JURIDICO

Para José María Hernández Rubio, testimonio de una vieja y constante amistad.

Quienes hemos llegado a conciencia científica en las postrimerías del neokantismo, y quienes, en consecuencia, nos hemos alimentado filosóficamente, en primer lugar, de aquellas corrientes que desmenuzan, primero, y superan, después, en los años veinte y treinta, aquella gran línea de pensamiento, somos muy proclives a ver en el neokantismo algo concluso y perteneciente definitivamente al pasado; algo así como una pieza de museo, digna de figurar con otras ideas y teorías entre las filosofías que un día fueron y ya no son. Y sin embargo, ¿es exacta esta idea que nuestra generación tiene del neokantismo?. No hay duda que está superada su interpretación grandiosamente unilateral de la filosofía de Kant, como no la hay tampoco que está relegada al olvido la llamada micrología kantiana. Pero no cabe duda tampoco de que nada de ello es todo el neokantismo, y de que en él alienta una noción de filosofía muy específica y digna de ser tenida en cuenta: la noción de una filosofía pura o abstracta que hoy aflora más o menos veladamente en los pensadores más insospechados. Como no es menos cierto tampoco, que aun está por hacer un estudio detenido de lo que el neokantismo, y en especial el neokantismo jurídico, significa para la constitución de nuestra realidad histórico-social.

No parece, por eso, ocioso prestar atención a esta gran corriente filosófica de nuestro inmediato pasado y tratar de desentrañar su significado para nuestro presente histórico. Aún cuando se piense, y yo creo que muy acertadamente, que la idea de una filosofía «pura» sustraída a toda historicidad no es más que una quimera, no es, por eso, menor el imperativo de acercarnos a uno de los más imponentes ensayos que se han hecho para convertir en realidad esta quimera. Como no es menos urgente poner al descubierto aquella constelación social que subyace en el neokantismo y que, a través de él, va a determinar parcialmente nuestro horizonte histórico. De ésto se trata en las páginas siguientes. No de reverdecer viejos laureles, ni mucho menos, de arremeter contra una corriente filosófica que es parte de nuestro más inmediato ayer, sino, al contrario, de hacérnosla, una vez más actual, o bien de «traérnosla a presencia». En otras palabras, de comprenderla. Mientras asumimos una filosofía, estamos presos en ella, encadenados dentro de sus propios límites. Cuando la comprendemos, en cambio, «podemos salir de ella al aire libre, y entonces somos ya tres: cada cual, la doctrina y el mundo físico e histórico que nos cobija a ambos» [1].

Una comprensión que no significa, desde luego, una exposición acabada de lo que fue o ha sido el neokantismo, sino sólo una mirada retrospectiva a lo que fue uno de los grandes movimientos filosóficos de los últimos siglos europeos.

---

[1] J. Ortega y Gasset, «Kant. Reflexiones de centenario. Anejo» en *Obras completas*, t. IV, Madrid 1947, pág. 48.

1

Y ahora, preguntémosnos qué es el neokantismo. Porque, aun se trata de una corriente filosófica que llena con sus ecos casi tres cu tos de siglo del pensamiento contemporáneo, reina una gran confus incluso en lo que se refiere a sus perfiles externos y a sus principales presentantes [2], y sobre todo en lo que podríamos llamar su propia es cia. Es ya un tópico, en efecto, dicho y repetido hasta la saciedad, el neokantismo significa algo así como una restauración filosófica en época que había perdido el hábito de filosofar. ¿Es ésto cierto? De n guna manera. Como ya veremos con mayor detalle en las páginas fin de este trabajo, el neokantismo discurre en gran medida paralelam a una tradición filosófica, el positivismo, que, ya en el segundo te del siglo se había deslizado entre los escombros del gran edificio hege no, para adueñarse poco a poco de toda la reflexión europea. Es dirección empírica, que ve en las sensaciones el dato primario de nue conciencia y en su asociación bajo la forma de conceptos el objeto mo de toda ciencia. El neokantismo no trata de refutar esta direcci de mostrar la falsedad de sus resultados, sino que pretende poner de nifiesto que el método por el que llega a tales resultados no puede nu fundamentar de modo absoluto su verdad. Lo que el neokantismo se pone, y lo que le constituye en filosofía, es reflexionar sobre aquello el positivismo tiene como algo dado sin más, es decir, el proceso mis del conocimiento: «conocer el conocimiento», como diría un signif do neokantiano [3]. Aquí radica la profunda analogía entre la filosofía Kant y el neokantismo. Enfrentado con el hecho de las ciencias natura matemáticas, Kant había retrocedido a las formas puras de la intuici espacio y tiempo, y a la unidad sintética a priori, es decir a aquellos cios por los que las sensaciones quedan referidas a un «objeto en ge ral» según las categorías o los modos de la objetividad. La «naturale de las ciencias naturales exactas no es, por tanto, reflejada o traduc sino creada por el conocimiento, con lo que aquélla recibe una fun mentación absoluta y da respuesta cumplida al aparente dilema de «si bien es cierto que todo nuestro conocimiento comienza con la ex riencia..., no es menos cierto que no todo nuestro conocimiento ti su origen en la experiencia» [4]. Aquí se halla el punto de enlace entr criticismo kantiano y el neokantismo. Porque el problema primordial neokantismo es el de la «validez», o como se dirá más tarde, el d fundamentación de las proposiciones de las ciencias [5]; en otras palab

[2] La exposición más detallada que poseemos del neokantismo desemboca, de he en una identificación del neokantismo con toda la filosofía contemporánea. Cfr. Ueber Oesterreich, *Grundriss der Geschichte der Philosophie*, 4. Teil, 12. Aufl., Berlin 1923, p 416 ss.

[3] A. Riehl, Zur Einführung in die Philosophie der Gegenwart, 2. Aufl., Leipzig 1 pág. 57.

[4] Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, WW. (Cassirer), Bd. III, p. 34.

[5] Cfr. A. Liebert, *Das Problem der Geltung*, 2. Aufl., Leipzig 1920, págs, 4,

el de la objetividad absoluta de los juicios contenidos en las ciencias.

De aquí la exigencia de un «retorno» a Kant que resuena a lo largo de todo el siglo y que se halla en las últimas raíces del movimiento neokantiano. Ya en los últimos tiempos del idealismo clásico, todavía bajo la égida de Hegel y Schelling, se pide esporádicamente una vuelta a Kant como remedio contra las elucubraciones de la época [6]. Curioso es, sin embargo, que las primeras voces que demandan expresamente la restauración de la filosofía kantiana procedan de representantes de las ciencias particulares: del físico y fisiólogo H.V. Helmholtz y del historiador E. Zeller. Basándose en la teoría de la visión de J.M. Müller [7], Helmholtz pone de relieve que el complejo sensorial no es tal y como nos afecta por los objetos exteriores, sino que lo sometemos a una conformación espontánea por parte de nuestros sentidos: una verdad, dice, que es la que justamente «buscaba Kant para todas las representaciones del espíritu humano» [8]. Zeller, por su parte, después de describir la anarquía filosófica que había seguido a los grandes sistemas del idealismo, añadía que, como siempre, la salvación sólo podía encontrarse en el «retorno al punto inicial del que todo el movimiento había partido», en «hacernos conscientes de los problemas que determinaron aquel punto inicial», es decir, «en volver a Kant y a su teoría del conocimiento... indagando en el espíritu las grandes cuestiones del presente» [9]. Las palabras de Helmhotz y de Zeller iban a tener una gran resonancia precisamente por provenir, no de filósofos, sino de científicos que se habían hecho un nombre en sus campos respectivos. Más influencia iban a tener, sin embargo, los dos tomos dedicados a Kant por Kuno Fischer en su «Historia de la filosofía moderna» (1854-1877). Su lenguaje claro y asequible, su articulación diáfana, aunque unilateral de la filosofía crítica, iban a imprimir en las generaciones universitarias de la época la idea de un Kant que representaba «el fundamento más actual y permanente de toda la filosofía alemana del siglo» [10]. A partir de K. Fischer, la «vuelta a Kant» constituye un tema constante de la literatura filosófica alemana. El libro más representativo y famoso de esta temática va a ser el de Otto Liebmann, quien analiza implacablemente la «torre de Babel» de la filosofía alemana de

---

[6] Sobre esta «prehistoria» del neokantismo, cfr. G. Lehmann, «Kant im Spätidealismus» en *Zeitschrift für philosophische Forschung*, Bd. XVIII (1963), págs. 435 ss.

[7] J. M. Müller (1801-1858), *Zur vergleichenden Physiologie des Gesichtssinnes des Menschen un der Thiere nebst einem Versuch über die Bewegungen der Augen und über den menschlichen Blick*, Leipzig 1826. Sobre Müller, cfr. H. Munk en *Allgemeine Deutsche Biographie*, Bd. XXII, Leipzig 1885, págs. 625-28.

[8] H. Helmholtz, *Ueber das Sehen des Menschen. Ein populär wissenschaftlicher Vortrag gehalten zu Königsberg i. Pr. zum besten von Kant's Denkmal am 29 Februar 1855*, Leipzig 1855. Sobre Helmholtz y Kant, cfr. A. Riehl, *H.v. Helmholtz in seinem Verhältnis zu Kant*, Berlin 1904, esp. págs. 3, 6 ss.

[9] E. Zeller, *Ueber Bedeutung und Aufgabe der Erkenntnis-Theorie. Ein akademischer Vortrag*, Heidelberg 1862, págs. 19 ss.

[10] K. Fischer, *Geschichte der neueren Philosophie*, Bd. III, 2. Aufl., Heidelberg 1869, págs. III-IV. Sobre todo ello, cfr. W. Windelband, «Kuno Fischer und sein Kant» en *Kantstudien*, Bd. II (1968), págs, 1-10.

su tiempo, reduciendo toda ella a cuatro direcciones, todas las cuales tienen su origen en Kant «quien reune en sí todas aquellas cualidades que deben distinguir a un filósofo verdaderamente grande: profundidad y grandeza de la concepción, claridad y agudeza del pensamiento, circunspección y sobriedad en la expresión, y sobre todo, veracidad» [11]. De aquí que todos los capítulos en los que va examinando las diversas direcciones filosóficas terminen con el mismo estribillo: «luego es preciso volver a Kant» [12].

Y sin embargo, toda esta masa de opinión centrada en el «retorno a Kant» apenas si nos dice algo esencial sobre la naturaleza del neokantismo. Y es que lo que se halla en el fondo del neokantismo en tanto que movimiento filosófico no es simplemente una vuelta a Kant, es decir, al Kant histórico con toda la complejidad de su doctrina, sino la construcción de una nueva filosofía partiendo de una parte muy determinada de la teoría kantiana: de su teoría del conocimiento. Ya en los albores del neokantismo, un autor, hoy olvidado, veía el gran mérito de Kant en haber combatido la metafísica, «un diálogo de la razón consigo misma», y en haber sido «el primer anatómico del conocimiento», determinando definitivamente los límites y el fundamento de nuestro conocer [13]. Este Kant antimetafísico y teórico del conocimiento es el que va a tener presente desde un principio el neokantismo. Es el Kant que glorificará F.A. Lange frente al materialismo de la época [14], y el Kant que consagrará definitivamente H. Cohen en su obra sobre la teoría kantiana de la experiencia [15]. Un Kant que al indagar los fundamentos *a priori* en las ciencias naturales matemáticas había formulado, de una vez para siempre, el cometido y método de toda filosofía. Este método «en el que radica toda la originalidad y la misión de Kant» [16], es el método trascendental, aquel método según las propias palabras del filósofo, que «se ocupa, no tanto con objetos, como con el conocimiento de objetos, siempre que éste sea posible *a priori*» [17]. Este Kant de la Analítica trascendental va a ser el Kant de todo el movimiento de ideas que se acostumbra a denominar Escuela de Marburgo, por ser en su Universidad donde enseñaron los principales representantes de dicho movimiento [18]. Por eso, como decía antes, el neokantismo no es sin más una renovación de la

---

[11] O. Liebmann, *Kant und die Epigonen. Eine kritische Abhandlung*, Stuttgart 1865, págs. 6, 9.

[12] *Kant u.d. Epigonen*, págs. 110, 139, 156, 203 passim.

[13] Cfr. el libro, hoy rarísimo de L. Noack, *Immanuel Kant's Auferstehung aus dem Grabe. Die Lehre des Alten von Königsberg*, Leipzig 1861, págs. 56, 251 ss.

[14] F.A. Lange, *Geschichte des Materialismus und Kritik seiner Bedeutung in der Gegenwart* (1886), aquí citado por la ed. Reclam, Bd. II, págs. 17 ss.

[15] H. Cohen, *Kants Theorie der Erfahrung* (1871), 3.ª ed. Berlín. 1918. Por esta última ed. citamos en lo que sigue.

[16] Cohen, *Kants Th. d. Erfahrung*, pág. 89.

[17] *Kr. d. r. Vernunft*, pág. 49.

[18] Una exposición breve, pero aún válida, A. Stériard, *L'interprétation de la doctrine de Kant par l'école de Marbourg* (Thèse Univ. Paris) París 1913, esp. págs. 74 ss. Ultimamente, con abundancia de textos, W. Flach u. H. Holzhey, *Erkenntnistheorie und Logik im Neukantianismus (Seminar-Textbücher Bd. I)* Hildesheim 1980, págs. 15 ss. 63.

filosofía kantiana, sino el intento de construir una filosofía partiendo de una interpretación muy específica de la doctrina de Kant. Es verdad, como dice un neokantiano, que la filosofía de Kant «es la puerta por la que llega hasta nosotros todo el mundo filosófico desarrollado antes y después de él» [19], pero no es menos cierto también, como decía Cohen, que «cada cual lee su Kant» [20], y que la lectura que de Kant hace el neokantismo de Marburgo está centrada en su gnoseología, tal como se nos revela en la «Crítica de la razón pura». Para el neokantismo la filosofía kantiana representa la cúspide intemporal de la historia entera de la filosofía —en la filosofía crítica «se han sentado los fundamentos definitivos y se ha encontrado el método de la filosofía», escribía Paul Natorp [21]— pero Kant, inconsecuente consigo mismo, se había limitado a aplicar este método a las ciencias naturales-matemáticas, siguiendo otras rutas en las demás ramas del saber.

El tema fundamental para el neokantismo es, por eso, partiendo del método trascendental, «lo eterno en la filosofía kantiana» [22], construir un nuevo sistema de filosofía. Aquí, en esta palabra, «sistema», se halla la clave para el entendimiento del neokantismo. Ya Cohen había escrito que «la filosofía sólo llega a su concepto como sistema» [23], y ahora se trata de hacer verdad esta proposición. Si Kant había mostrado en los juicios sintéticos *a priori* el fundamento absoluto de verdad de las proposiciones de las ciencias naturales-matemáticas, el neokantismo trata de aplicar el mismo método a todas las objetivaciones culturales que el hombre constituye como ser histórico: a las conformaciones sociales y su regulación, a las creaciones estéticas y su reflexión, a la vida interior humana, incluso a la religión [24]. Como diría Cohen: «llegar al entendimiento de las presuposiciones de la ciencia es el cometido de la filosofía en todas las ramas de su sistema» [25]. La revolución copernicana, según la cual, no los conceptos se guían por los objetos, sino éstos por aquéllos [26] salta así los límites de la teoría del conocimiento y se extiende al campo entero de la cultura: «la moderna teoría del conocimiento... se extiende a la totalidad del saber humano, al conocimiento del mundo exte-

---

[19] C. Fortlage, *Ueber die Kantische Philosophie*, en *Sechs philosophische Vorträge*, 2 Aufl., Jena 1872, pág. 32.

[20] *Kants th. d. Erfahrung*, pág. XI.

[21] *Philosophie. Ihr Problem und ihre Probleme. Einführung in den kritischen Idealismus*, 2. Aufl., Göttingen 1918, pág. 13.

[22] H. Cohen, *Kants Begründung der Etnik*, 2 Aufl., Berlin 1910, pág. IX, A. Riehl, *Der philosophische Kritizismus und seine Bedeutung für die positive Wissenschaft, Bd.* I,, Leipzig 1876, pág. V, y también *Der philosophische Kritizismus. Geschichte und System*, Bd. III, 2 Aufl., Leipzig 1925, págs. 10 ss., 17 ss.

[23] H. Cohen, *Logik der reinen Erkenntnis*, Berlin 1902, p. 512.

[24] Cfr. P. Natorp, *Kant und die Marburger Schule*, Berlin 1912, págs. 5 ss. Sobre la filosofía de la religión del neokantismo, J. Hessen, *Die Religionsphilophie des Neukantianismus* , 2. Aufl., Freiburg i. B. 1924, esp. págs. 17 ss.

[25] H. Cohen, *Ethik des reinen Willens*, 3. Aufl., Berlin 1921 pág. 515 (= *Ethik*).

[26] *Kritik d. r. Vernunft*, pág. 21.

rior y de la realidad espiritual e histórica» [27]. Y es que «la Filosofía de Kant constituye un sistema y quien lo destruye en la ética, lo ha destruido también en la lógica...; el método trascendental no puede aceptarse para la lógica y rechazarse para la ética» [28]. El «retorno a Kant» se convierte así en la construcción de un nuevo sistema filosófico desde una perspectiva parcial de la filosofía kantiana. Porque, como diría uno de los principales representantes de la otra gran corriente del neokantismo, la llamada Escuela de Baden, «entender a Kant significa tanto como trascenderlo» [29].

Poco podían pensar los neokantianos al situar, una vez más, a Kant en el centro de la reflexión filosófica, que iban a hacer verdad una profecía del filósofo: «mis escritos y yo hemos llegado con un siglo de anticipación; dentro de cien años se nos entenderá adecuadamente y mis libros se estudiarán y se apreciarán de nuevo» [30].

2

Hermann Cohen, el pensador más original, sin duda, del neokantismo y cabeza visible de la Escuela de Marburgo es también el primero que va a construir un sistema de filosofía partiendo de la teoría kantiana del conocimiento [31]. Toda su obra monumental sobre la doctrina de Kant [32] es, más que una simple exposición de ésta, una indagación y un debate permanente por hallar y poner al descubierto el hilo sutil que, desde la lógica y la teoría del conocimiento críticas, penetra y anima a todas las demás ramas del pensamiento kantiano. La inutilidad de este esfuerzo, la evidencia de que es imposible hallar en Kant una unidad metódica para toda su filosofía, es, en el sentir de Cohen, la más grave inconsecuencia de esta filosofía. La idea secular de Kant es que la esencia de la filosofía consiste en la reflexión sobre la unidad sintética de los jui-

---

[27] H. Meier, *Die Bedeutung der Erkenntnistheorie Kants für die Philosophie der Gegenwart*, en *Kantstudien* Bd. III (1899), pág. 24 y análogamente A. Lieber, *Das Problem der Geltung*, ya cit., págs. 241-42 y A. Riehl, *Ueber wissenschaftliche und unwissenscha Philosophie. Eine akademische Antrittsrede*, Freiburg i. B. und Tübingen 1883, págs. 36 ss.

[28] Cohen, *Ethik*, págs. 228-29.

[29] W. Windelband, *Präludien. Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte*, 5. Aufl., Bd. I. Tübingen 1915, págs. IV, VI.

[30] Estas palabras no se encuentran en las obras ni en el epistolario de Kant, sino que fueron comunicadas oralmente a Fr. A. Stägelmann y nos han sido transmitidas en los Tagebücher de K. A. Varhagen v. Ense. Cfr. P. v. Lind «Eine erfüllte Prophezeiung Kants» en *Kantstudien*, Bd. III (1899), págs. 165-175.

[31] Sobre Cohen, W. Kinkel, *Hermann Cohen. Sein Leben und sein Werk*, Stuttgart 1924, con extensa biobliografía, así como P. Natorp *Hermann Cohens philosophische Leistung unter dem Gesichtspunkte des Systems (Phil. Vorträge d. Kant-Gesellschaft, Nr. 21)* Berlin 1918, y la breve caracterización de E. Cassirer, *Hermann Cohen 1842-1918*, en Social Research vol. X (1942), págs. 219-232. Recientemente se ha fundado un *Hermann-Cohen-Archiv* en Zürich, entre cuyos proyectos figura la publicación de una edición crítica de toda la obra de Cohen: Cfr. H. Holzkey en *Zeitschr. f. phil. Forschung*, Bd. 31 (1977) págs. 443 ss.

[32] H. Cohen, *Kants Begründung d. Aesthetik* (1889).

cios de las ciencias, o en otras palabras, que «toda filosofía está referida al factum de una ciencia» [33]; pero este método, que Kant sigue rigurosamente en la parte teórica de su filosofía, es abandonado en su parte práctica, en la ética, donde la deducción trascendental objetiva de los conceptos puros es sustituida por el supuesto metafísico de la ley moral en el hombre. Esta contradicción es la que quiere salvar Cohen, contribuyendo así a su manera al tema central del neokantismo, «trascender a Kant», o bien, aquí, de «ponerle de acuerdo consigo mismo». Cohen que había radicalizado el método trascendental, reduciendo la distinción kantiana entre forma y materia [34] a la pura espontaneidad de la conciencia cognoscente [35], trata de aplicar rigurosamente este método a la construcción de la ética: no aplicando a ésta a la letra la fundamentación de la experiencia sensible, pero sí «siguiendo en ella las leyes y métodos de aquella disciplina fundamental» [36].

Para llevar ésto a cabo es preciso rectificar a Kant en un punto esencial, situando al lado del factum de las ciencias naturales-matemáticas el factum análogo de las ciencias que tienen por objeto el mundo de la cultura [37]. Surge así para Cohen una ecuación entre lógica-ciencias naturales matemáticas, y ética-ciencias del espíritu. Se trata de una dicotomía fundamental, cuyo modelo se halla en Kant, que ya había distinguido entre aquellas «leyes objetivas de la libertad, que dicen lo que debe acontecer, aún cuando quizás nunca acontezca» y aquellas leyes de la naturaleza, que sólo tratan de lo que acontece» [38]. Son dos mundos distintos, incluso contrapuestos, el mundo del deber ser, de la normatividad y el mundo del ser, de la realidad, los cuales dan lugar a dos grupos de ciencias distintas, las ciencias del espíritu y las ciencias naturales, pero los cuales, no obstante, son objeto de la misma reflexión metódica [39]. Esta reflexión se expresa en el método trascendental, en la reducción del hecho de la ciencia a sus puros presupuestos *a priori*. Y así como en las ciencias de la naturaleza era la matemática la ciencia en la que estos presupuestos se ofrecían más puramente, así en las ciencias del espíritu tiene que haber también una «matemática» en la que se contengan los supuestos puros de éstas. Esta matemática de las ciencias del espíritu es para Cohen la ciencia del Derecho, y en tanto que reflexión trascendental sobre las ciencias del espíritu la ética es reflexión sobre la ciencia del Derecho, lo mismo que la lógica era reflexión sobre la matemática de las ciencias naturales [40]. «La ciencia del Derecho puede considerarse co-

---

[33] Cohen, *Ethik*, pág. 62.

[34] *Kr. d. r. Vernunft*, pág. 62.

[35] Sobre ello, E. Cassirer, en *Social Research*, ya cit. págs. 226 ss.

[36] Cohen *Kants Bergründung d. Ethik*, 2 Aufl., Berlin 1910, pág. IX.

[37] Cohen, *Ethik*, págs. 94, 447 ss.

[38] *Kr. d. r. Vernunft*, pág. 539.

[39] Sobre el ser y el deber ser en Cohen, *Ethik*, págs. 12 ss. 27, 38 ss., y G. Honhenauer, «Der Neukantisnismus und seine Grenze als Gesellschafts-und Rechtsphilosophie» en *Blätter für Deutsche Philosphie*, Bd. II (1928), págs. 311 ss.

[40] *Ethik*, págs VII, 396.

mo la matemática de las ciencias del espíritu, y por consiguiente, como la matemática de la ética» [41]. La filosofía que, como lógica tenía como tema las ciencias naturales se extiende así como ética a las ciencias de la cultura tratando de encontrar asimismo su fundamentación [42]. «Y así como la lógica se halla contenida en la física y puede ser extraída de ella, y así, por tanto, la física hunde sus raíces en la lógica, así también el Derecho tiene que tener sus raíces en la ética, y ésta tiene que ser extraída y fundamentada en la ciencia del Derecho» [43]. Este es el significado de la ciencia del Derecho: trazar la línea divisoria entre la conceptuación científico-natural y la conceptuación ética. Por eso puede decir Cohen, que «la ciencia del Derecho escribe en conceptos la ley ética, llevándola a unidad en el sistema de estos conceptos» [44].

Los conceptos de voluntad y de acción, el de individuo, sin los cuales es impensable la ética «se manifiestan con precisión científica en la ciencia del Derecho y en la teoría del Estado» [45]. Todos ellos se nos revelan aquí en su pureza, desprovistos de todo contenido, como meras categorías normativas. El sujeto ético, que todavía en Kant arrastraba la noción de la existencia individual, aparece ahora en la ciencia del Derecho en tanto que «sujeto jurídico» como mero punto de imputación y de aquí pasa a la reflexión ética como la idea que se realiza a sí misma en su propia ley moral. El error de Kant en la noción de autonomía había consistido en tener al sujeto como algo dado que se manifiesta en la ley moral, siendo así que el sujeto no es un existente que se expresa a sí mismo, sino «que tiene primero que crearse a sí, y sólo puede crearse en la ley que él se da» [46]. Este concepto del sujeto moral, central para la ética, cuyo paradigma se encuentra en el concepto de Estado y de persona jurídica colectiva en general se une al de voluntad y al de acción, procedentes asimismo de la ciencia del Derecho. Porque así como el objeto del conocimiento teórico se proyecta siempre en el espacio, la acción no es algo que se añada desde el exterior a la voluntad, sino «sólo y nada más que a la exterioridad de la interioridad» [47], es decir, la forma de existencia de la «voluntad pura». Se trata de una construcción pura que persigue trasladar al campo de las ciencias del espíritu, con la ciencia del Derecho como su «matemática», el método trascendental que Kant había fundamentado para las ciencias naturales exactas. La ética tiene, por eso, que realizarse como filosofía del Derecho, y no «puede haber en principio diferencia alguna entre ética y filosofía del Derecho» [48]. Pues así como la lógica se denomina a menudo filosofía de la naturale-

[41] *Ethik*, pág. 67.
[42] Cohen, *Logik d. reinen Erkenntnis*, ya cit. p. 38.
[43] *Ethik*, pág. 229.
[44] *Ethik*, pág. 604.
[45] *Ethik*, pág. 226-27.
[46] *Ethik*, pág. 341.
[47] *Ethik*, págs. 178-79.
[48] *Ethik*, pág. 227.

za, así también la ética se verifica como filosofía del Derecho [49]. Libre de toda heteronomía y eliminados todos los elementos subjetivos de una ética con contenido, la ética nos aparece como «crítica de la pura razón práctica» [50].

3

El intento de Cohen de construir la ética como reflexión trascendental sobre la ciencia del Derecho no va a tener continuadores en el neokantismo [51]. Los pensadores siguientes que, de una u otra manera, enlazan con el logicismo de la Escuela de Marburgo van a realizar un giro decisivo al tratar de aplicar el método trascendental kantiano no al factum de una ciencia, sino a los mismos objetos de ésta. No a la ciencia jurídica, sino al Derecho y al Estado.

El primer pensador en quien nos aparece de manera plenamente consciente la nueva problemática es Rudolf Stammler, el más famoso filósofo del Derecho del neokantismo [52]. La aspiración fundamental del entendimiento humano, dice Stammler, es llegar a un conocimiento revestido de validez general; no a lo transitorio y particular, sino a aquéllo que puede afirmarse con incondicionalidad absoluta. Esta aspiración se da también en el campo de la reflexión jurídica y su expresión se halla en la «teoría pura del Derecho», cuyo cometido es «la formulación de lo que puede afirmarse con validez general en cuestiones jurídicas» [53]. Ahora bien, validez general no puede nunca predicarse de los datos jurídicos singulares, los cuales por muy generales que sean, son siempre contingentes y están sujetos al cambio. De un dato jurídico puede ascenderse a otro más general, de éste, a su vez, a otro más general, y así sucesivamente, pero en este proceso abstractivo, que es el del empirismo, todos los conceptos se encuentran referidos a otros y todos son, por eso, contingentes. Si se quiere romper, por eso, esta cadena de la contingencia y llegar a un conocimiento incondicionalmente válido, es preciso llegar a aquel principio ordenador de nuestras representaciones por el que éstas adquieren sentido absoluto; es decir, refiriéndonos al campo del Derecho, llegar a aquellas estructuras de la conciencia cognoscente por virtud de las cuales una representación nos parece como jurídica [54].

---

[49] *Ethik*, pág. 250.

[50] *Ethik*, pág. 230.

[51] Con la excepción quizás, salvando las distancias, de A. Görland, *Ethik als Kritik der Weltgeschichte*, Leipzig u. Berlin 1914, esp. págs. 96 ss., y también, *Neubegründung der Ethik aus ihrem Verhältnis zu den besonderen Gemeinschaftswissenschaften* (Phil. Vorträge der Kantgesllschaft, Nr. 19) Berlin 1918, págs. 14 ss. Sobre Görland, K. Vorländer, «Eine Neubegründung der Ethik auf kantische Grundlage» en *Kant-Studien*, Bd. 23 (1919), págs. 445-445.

[52] No hay que olvidar, sin embargo, que el mismo Stammler ha combatido expresamente la adscripción de su obra a cualquiera de las direcciones neokantianas: cfr. R. Stammler, *Rechtsphilosophie* en *Das Gesamte Deutsche Recht*, Berlin 1921, pág. 46.

[53] R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Halle a.d.S. 1923, pág. 2. En idénticos términos se expresa también Stammler más adelante en su *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Berlin u. Leipzig 1928, pág. 1 (= *Lehrbuch*).

[54] *Th. d. Rechtsw.*, pág. 4.

Así, y sin mayor fundamentación, Stammler trata de trasponer a la ciencia jurídica la distinción entre forma y materia que Kant había situado en la base de la experiencia de las ciencias naturales. Kant había distinguido, en efecto, en nuestro conocimiento de la experiencia entre «aquello que recibimos por las impresiones» y lo que «nuestra facultad de conocer... pone por sí misma» [55]. Este mismo esquema va a aplicarlo Stammler al Derecho como objeto del conocimiento. En todo contenido del conocimiento jurídico se dan necesariamente dos elementos: uno contingente y variable según los casos, que es la materia de aquél, y otro siempre igual e idéntico a sí mismo, la forma, que es lo que hace que la materia sea materia jurídica. La reflexión sobre esta forma constituye el objeto en sí de la filosofía del Derecho, el cual no es otro que «el sistema de las formas puras en las que pensamos jurídicamente» [56]. Es una reflexión en la que no puede darse ningún elemento material por general y abstracto que sea, y ésto es justamente lo que separa a la filosofía del Derecho de la teoría general del Derecho, la cual sólo pretende abarcar aquellos conceptos superiores y comunes a un ordenamiento jurídico determinado [57]. Todo elemento material es de por sí contingente y condicionado, y por eso, la filosofía del Derecho que tiene como objeto sólo lo absolutamente válido tiene que ser también «teoría crítica del Derecho» [58], es decir, tiene que separar en los contenidos jurídicos de nuestra conciencia las formas puras que condicionan lógicamente el material de la representación [59].

Estas formas puras hallan su expresión en el concepto del Derecho, el cual no es, por eso, ni un dato en el tiempo ni un factor psicológico, sino un *a priori* lógico de nuestro conocimiento jurídico [60]. Por su carácter trascendente este concepto no puede basarse en el mundo del ser, regido por la categoría de la causalidad, sino que ha de buscarse en el ámbito de la teleología, y en este sentido, dice Stammler, el Derecho es un «querer». No un «querer» psicológico que pueda reducirse a un mero impulso volitivo, sino un esquema objetivo de relación de medios para la consecución de fines [61]. Este esquema como forma de ordenación se da, no sólo en el Derecho, sino en toda una serie de normas de muy diversa índole, que Stammler, con una acribia que se halla en manifiesta contradicción con sus supuestos lógicos-formales, va examinando detenidamente. En primer lugar, hay un «querer» aislado, el «querer» de un hombre tomado como unidad en y de por sí, que es el «querer» que llamamos moral, y que se distingue del «querer» en sentido jurídico, porque éste está referido al «querer» de otros hombres, o lo que es lo mis-

---

[55] *Kr. d. r. Vernunft*, pág. 34.

[56] *Lehrbuch*, pág. 4.

[57] *Th. d. Rechtsw.*, págs. 17 ss. y *Lehrbuch*, págs. 10 ss.

[58] Stammler, *Wesen des Rechts u. d. Rechtswissenschaft*, en *Rechtsphilosophische Abhandlungen u. Vorträge*, Bd. 1, Charlottenburg 1925, págs. 398 ss..

[59] Stammler, *Wirtschaft u. Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 2 Aufl., Leipzig 1906, págs. 112 ss. y *Lehrbuch*, págs. 8 ss..

[60] *Th. d. Rechtsw.*, págs. 8 ss.

[61] *Th. d. Rechtsw.*, págs. 30 ss., y *Lehrbuch*, págs. 58 ss.

mo, es un «querer entrelazante» [62]. Pero un «querer entrelazante», cuyo presupuesto es la vida en común [63], lo son también los llamados usos o convencionalismos sociales. Su diferencia se encuentra en el sentido que reviste el «querer» como forma de ordenación abstracta. En los usos sociales, en efecto, el esquema medio-fin depende de la voluntad de los sujetos cuyos actos son materia de la ordenación, mientras que, en el caso del Derecho, la ordenación procede de una instancia superior que se impone independientemente de la voluntad de los «entrelazados». O lo que es lo mismo, mientras la forma de ordenación de los usos sociales posee un carácter meramente invitatorio, la forma de ordenación que llamamos «querer» jurídico reviste como condición esencial la de ser «autárquico» [64]. Pero aún hay más, y aquí Stammler desciende irremisiblemente a la experiencia histórica. El modo de ordenación jurídico, es decir, el «querer entrelazante y autártico», puede consistir en una serie de decisiones del poder superior, subsistente cada una de por sí y sin relación recíproca, o bien constituir una unidad, en la que cada proceso de decisión está referido formalmente al todo; en el primer caso, tenemos la arbitrariedad, en el segundo la «inviolabilidad», una característica esencial, según Stammler, del «querer jurídico» [65]. Y así, y desde sus propios supuestos, Stammler entiende el Derecho como «un querer entrelazante, autárquico e inviolable» [66]. Un concepto que, según él, significa «un proceso puro que condiciona todo orden en nuestros contenidos de conciencia, sin que, en virtud de su carácter formal, esté condicionado por ninguna singularidad contingente» [67].

4

La equiparación ocasional por Stammler entre «teoría pura del Derecho» y «teoría de la ciencia jurídica» [68] va a encontrar una realidad radical e inesperada en Hans Kelsen [69]. Su punto de partida, y a la vez, su fundamentación se halla en aquella separación de principio kantiana entre el «ser» y el «deber ser» que, a través de Cohen,

---

[62] *Lehrburch*, pág. 68 ss. La traducción del término «verbinden», utilizado por Stammler, por «entrelazante» se debe a L. Recaséns, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Barcelona 1929, pág. 57.

[63] *Lehrbuch*, pág. 80.

[64] *Th. d. Rechtsw.*, págs. 58 ss. y *Lehrbuch*, págs. 80 ss.

[65] Stammler, *Recht und Willkür*, en *Rechtsphil. Abhandl. u. Vorträge*, ya cit., Bd. I. págs. 85 ss. y *Lehrbuch*, págs. 91.

[66] *Th. d. Rechtsw.*, págs. 66 ss. y *Lehrbuch*, págs. 92-93.

[67] *Th. d. Rechtsw.*, pág. 27.

[68] *Th. d. Rechtsw.*, pág. 11.

[69] Sobre Kelsen, cfr. sobre todo, R. A. Métall, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien 1969 con amplia bibliografía, págs. 125 ss. Una relación pormenorizada y exhaustiva de la producción científica de Kelsen, en *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften v. H. Kelsen, A. Merkl, A. Verdross*, Wien-Frankfurt-Zürich-Salzburg-München 1968, Bd. II, págs. 2398 ss.

iba a adquirir carta de naturaleza en todo el neokantismo [70].

La realidad entera, nos dirá Kelsen, puede considerarse dividida en dos grandes ámbitos: El mundo del ser y el del deber ser. El mundo del ser es el mundo de los hechos, unidos unos a otros por la ley de la causalidad, mientras que el mundo del deber ser es el mundo de las exigencias de conducta, de las pretensiones de conformación de la actividad humana. Las ciencias del mundo del ser son las que por excelencia se llaman ciencias naturales o de la naturaleza, ciencias explicativas que nos dicen lo que efectivamente acontece y por qué acontece, mientras que las ciencias del deber ser, la gramática, la lógica, la ciencia del Derecho o la estética «no afirman un acontecer real, sino que lo exigen, no nos dicen que algo ha acontecido o acontece..., sino que algo debe acontecer» [71]. Al mundo de las leyes, que son siempre expresión de la causalidad, se opone el mundo de las normas, que sólo expresan una exigencia de comportamiento.

Por eso mismo, porque como diría Kant, el deber ser expresa «una especie de necesidad y enlace que no se da en toda la naturaleza» [72], no puede establecerse relación alguna entre el ser y el deber ser. O con palabras de un kelseniano: «no hay puente de unión entre el ser y el deber ser», «no hay camino que conduzca del uno al otro» [73]. La separación entre ser y deber ser es, dice Kelsen, una separación primaria y fundamental para las ciencias del espíritu, y en general, para todo conocimiento científico [74]; una separación irreducible de dos conceptos entre los cuales no puede haber punto de unión, ya que de un ser, ésto es, de una efectividad o de un acontecer nunca puede deducirse una normatividad, de igual manera que de ésta nunca puede ser deducido aquél [75]. Ser y deber ser significan, por eso, dos categorías originarias, dos determinaciones generales del pensar [76], situadas una enfrente a otra como dos mundos extraños.

Con ello quedan sentadas las bases metódicas de la teoría de Kelsen. Por su objeto la ciencia del Derecho es una ciencia normativa que sólo tiene que ver con conceptos y realidades normativas [77], y de cuyo seno tiene que expulsarse toda consideración relativa al ser. Los procesos vitales, sociológicos y psicológicos que forman el contenido de las

---

[70] Es interesante anotar que la coincidencia o afinidad de la doctrina de Kelsen con el pensamiento marburguiano, especialmente con Cohen, es puramente casual. Kelsen mismo nos ha relatado, que sólo un año después de la publicación de su obra principal (1911), trabó conocimiento a través de una recensión con la obra de Cohen. Cfr. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entvickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, 2 Aufl., Tübingen 1923, pág. XVII.

[71] *Hauptprobleme*, pág. 6.

[72] *Kr. d. r. Vernunft*, pág. 383.

[73] F. Schreier, «Die Wiener rechtsphil. Shule», *Logos* Bd. XI (1923), pág. 310.

[74] Kelsen, *Der soziologische u. d. juristische Staatsbegriff*, 2. Aufl., Tübingen 1928, pág. 75, y *Hauptprobleme*, págs. 8 ss.

[75] Kelsen, «Die Jurisprudenz als Norm —oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung», en *Schmollers Jahrbuch*, Jhrg. XL (1916), pág. 1182.

[76] *Hauptprobleme*, pág. 7.

[77] *Soz. u. jur. Staatsbegriff*, págs. 2-3 y *Hauptprobleme*, págs. 1 ss.

normas quedan así fuera de la ciencia del Derecho, y con ellos, a la vez, toda consideración teleológica, que Kelsen, haciendo uso de un concepto restringido del ser, reduce también, en último término, a un proceso psicológico [78]. Con ello no quiere decirse que carezca de interés el mundo de tensiones y aspiraciones que se halla siempre en el fondo de toda norma jurídica, sino sólo que este mundo queda fuera de la ciencia del Derecho, como objeto que es de otras ciencias del ser, como la psicología o la sociología. Mientras que estas ciencias nos dicen por qué es éste y no otro el contenido de las normas jurídicas, la ciencia del Derecho se pregunta por la misma norma jurídica en sí, por su forma, independientemente de su contenido [79]. Son estas normas las que prestan a ciertos hechos el carácter de jurídicos y no a la inversa. Un escrito puede ser sólo un asunto privado, pero, puesto en relación con ciertas normas del Derecho civil o mercantil, puede también significar la conclusión de un negocio jurídico; la privación de bienes de su propiedad a una persona, que es un hecho en sí, puede significar puesto en relación con ciertos preceptos jurídicos un robo, una expropiación administrativa o incluso una ejecución de sentencia [80]. Y es por eso que puede decir Kelsen, que «el conocimiento jurídico está dirigido a aquellas normas que prestan a ciertos hechos el carácter de actos jurídicos» [81]. O en otros términos: «el deber ser, la norma es el sentido de un acto de voluntad» [82].

Entendida así la norma jurídica como objeto propio y exclusivo de la ciencia del Derecho, Kelsen trata, ante todo, de determinar su estructura, diferenciándola formalmente de otras normas, como las de la moral y de la religión. Y la diferencia la ve en que todas estas últimas normas expresan siempre un deber ser absoluto, un «imperativo», mientras que la estructura de la norma jurídica es la de un juicio hipotético, en el que una acción u omisión van unidas como condición a una consecuencia coactiva; lo que Kelsen denomina «proposición jurídica» [83]. Lo que la ley de causalidad nos dice, es que, dado un hecho, «tiene» que seguirse necesariamente otro; lo que la proposición jurídica nos dice, es que, dado un hecho, «debe» seguirse otro, pena, ejecución, etc.—, independientemente de que ello tenga lugar o no en el espacio y en el tiempo. Lo característico del Derecho es, por eso, no la imposición de una conducta, como en la moral o en la religión, sino la formulación de las consecuencias que se siguen de una acción u omisión determinadas. La norma jurídica que establece una pena determinada para el robo, sólo por una trasposición ilegítima puede interpretarse como el imperativo «no robarás»; aquí nos encontramos con lo que Kelsen llama «norma secundaria», mientras que el juicio hipotético en el que se basa es la «norma

[78] *Hauptprobleme*, págs. 71. 92.

[79] H. Kelsen, «Zur Soziologie des Rechts», en *Archiv für Sozialwissenschaft u. Sozialpolitik*, Bd. 34 (1912), págs. 601 ss.

[80] H. Kelsen,*Reine Rechtslehre. Einleitund in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien 1934, págs. 2 ss.

[81] *Reine Rechtslehre*, pág. 6.

[82] H. Kelsen «Der Befriff der Norm» (1965), en *Wiener rechtsth. Schule*, Bd. II, pág. 1457.

[83] *Reine Rechtslehre*, págs. 21 ss.

primaria» o proposición jurídica en sentido estricto [84].

Todo ello nos muestra al Derecho como un orden coactivo y de carácter rigurosamente positivo. Es un orden coactivo, porque la consecuencia del juicio hipotético en que consiste la norma jurídica se realiza sólo en virtud del presupuesto de hecho e independientemente de la voluntad del sujeto de la acción u omisión [85]. Y es un ordenamiento positivo, porque la estructura de la norma jurídica, en tanto que juicio hipotético, es puramente formal y sin referencia para su validez a ningún criterio axiólogico. El Derecho es positivo, porque «científicamente» no es susceptible de justificación absoluta, sino sólo por medio de una «especulación teológico-metafísica» [86]. La validez del Derecho es completamente independiente de su contenido; una norma jurídica no es válida porque su contenido sea supuestamente justo, sino porque ha sido producida de determinada manera [87]. Y por eso, «todo contenido imaginable puede ser Derecho; no hay ningún comportamiento humano que, como tal y por razón de su materia no pueda constituir el contenido de una norma jurídica [88]. Desde el punto de vista del positivismo jurídico, un determinado comportamiento se convierte en obligación jurídica simplemente por el hecho «de que el comportamiento contrario es el presupuesto para una sanción» [89]. Y es que para Kelsen el Derecho «es sólo un aparato coactivo al que de por sí no le corresponde ningún valor ético o político» [90], una técnica social, «un medio para lograr un cierto orden social —sea éste el que fuere— moviendo a los individuos a un cierto comportamiento por la amenaza de una sanción en caso contrario» [91]. Y por eso puede concluir Kelsen: «la teoría pura del Derecho es la teoría del positivismo jurídico» [92]. «Toda ciencia del Derecho tiene que considerar como válido todo orden jurídico que le sea propuesto para su conocimiento, independientemente de que, desde cualquier punto de vista, este orden pueda ser tenido por justo o injusto. Para la ciencia del Derecho no hay más que un Derecho, y es el Derecho positivo» [93].

Ahora bien, el Derecho no aparece como una sola norma, sino como un conjunto de normas muy diversas: leyes, decretos, actos administrativos, negocios jurídicos, sentencias judiciales. ¿Cómo es posible pensar multiplicidad en unidad? Es aquí donde adquiere toda su significación la separación de principio entre ser y deber ser. Si una norma, en tanto

---

[84] H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge Mass. 1949, págs. 60-61 y *Reine Rechtslehre*, págs. 30-31.

[85] *General Theory of Law*, págs. 18 ss.

[86] H. Kelsen, *Die Selbstbestimmung des Rechts (1963), en Wiener rechtsth. Schule*, Bd. II, pág. 1453.

[87] H. Kelsen, *Vom Geltungsgrund des Rechts* (1960), en *Wiener rechtsth. Schule*, Bd. II, pág. 1427.

[88] *Reine Rechtslehre*, pág. 63.

[89] H. Kelsen, *Was ist juristischer Positivismus* (1965), en *Wiener rechtsth. Schule*, Bd. I, pág. 951, y en general, págs. 841 ss.

[90] *Reine Rechtslehre*, pág. 32.

[91] *General Theory of Law*, págs. 15 ss.

[92] *Reine Rechtslehre*, pág. 38.

[93] *Die Selbstbestimmung des Rechts*, ya cit. pág. 1450.

que debe ser, sólo puede fundamentarse en otro deber ser y nunca en un ser, pensar una multiplicidad de normas como una unidad equivale a pensarlas como un «orden» o «sistema», es decir, con un fundamento único que haga posible su validez simultánea [94]. Aquí Kelsen va a dar el paso decisivo en su teoría. Partiendo de la concepción escalonada del orden jurídico, trazada en lo esencial por A. Merkl [95], Kelsen se abre camino hacia el concepto central de «orden normativo», una especie del cual es el «orden jurídico». Un «orden normativo» es un sistema de normas, la validez de cada una de las cuales está referida a otras normas y la totalidad de ellas a un principio o norma superior y común [96]. Esta norma o principio superior es el último fundamento de validez del conjunto de normas y lo que le presta unidad como sistema; pero la fundamentación de la validez de las normas, y por tanto, su unidad sistemática puede tener lugar de dos maneras, dando así lugar a dos clases de órdenes normativos: el orden o sistema normativo «estático» y el orden o sistema normativo «dinámico» [97]. En el orden normativo estático la validez de las normas depende de su contenido, el cual puede deducirse del contenido de una norma más general; mientras que en el orden normativo dinámico la validez de las normas se basa en un acto de voluntad de un órgano, al cual una norma superior ha revestido bajo ciertas condiciones de esta autoridad. Por lo que puede decirse que «la unidad del sistema dinámico es la unidad de una conexión de delegaciones» [98]. El Derecho es un orden dinámico, y por eso, contrariamente a lo que sucede en el orden moral, sus normas no pueden deducirse sin más de otras superiores, sino que en su origen se halla siempre un acto de voluntad revestido de esta potestad creadora por otra norma superior. Este principio de delegación es un principio absoluto «que reviste de validez a todo contenido, incluso al más absurdo..., y fundamenta toda norma sin consideración a su contenido, sólo bajo la condición de que haya sido producida de una forma determinada» [99]. El Derecho nos aparece así como un orden cuyas normas reciben validez por delegación de otras normas superiores, constituyendo así un sistema escalonado que va desde las normas más individualizadas, como la sentencia o el acto administrativo a las más generales, como son las leyes. En este principio de delegación se nos hace patente una de las grandes características del Derecho: la de que es el Derecho el que regula su propia producción. Una producción que aquí tiene lugar por un acto de delegación, de acuerdo con el cual, el sentido subjetivo de un acto de voluntad adquiere un sen-

---

[94] *Reine Rechtslehre*, págs. 62 ss.

[95] Cfr. A. Merkl, *Das doppelte Rechtsanlitz* (1918) y *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues* (1931), ambos trabajos ahora en *Wiener rechtsth. Schule*, I, págs. 1091 ss. y II, págs. 1311 ss.

[96] Kelsen, *Der Begriff der Rechtsordnung* (1958), en *Wiener rechtsth. Schule*, Bd. II, págs. 1395 ss.

[97] *General Theory of Law*, págs. 112 ss.

[98] H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (Phil. Vorträge d. Kantgesellschaft, Nr. 31)* Charlottenburg 1928, pág. 19.

[99] *Phil. Grndl. d. Naturrechtslehe*, pág. 21.

tido objetivo, es decir, se convierte en norma jurídica válida [100].

Entendido así el Derecho como una conexión dinámica, en la que las normas singulares e inferiores reciben validez por delegación de otras superiores y generales, y éstas, a su vez, de otras más elevadas y generales, se llega forzosamente a una norma suprema y la más general de todas, de la que recibe validez la totalidad del orden jurídico. Esta norma de normas, por delegación de la cual adquieren validez las normas más generales del ordenamiento, y mediante todas las demás, es la «constitución en sentido jurídico-positivo», como la denomina Kelsen, y en la que hay que ver el fundamento de unidad de los sistemas jurídicos particulares. Ante esta constitución hay, empero, que preguntarse por el fundamento de su validez, un problema al que Kelsen intenta responder apelando al concepto de «norma fundamental». Con ello salimos del ámbito del Derecho positivo en sentido estricto. La norma fundamental, a la que Kelsen denomina también, por ello, «constitución en sentido lógico-jurídico», [101] «no es creada por un proceso legal y un órgano competente, es decir, no es válida como las normas del Derecho positivo porque ha sido producida por un acto legal, sino porque se presupone su validez, ya que sin esta presuposición ningún acto humano podría ser interpretado como jurídico, especialmente como acto creador de normas» [102]. La norma fundamental desempeña respecto a la «constitución en sentido jurídico positivo» la misma función que las normas superiores respecto de las inferiores en la totalidad del orden jurídico. Al establecer la norma fundamental, que hay que comportarse de acuerdo con la constitución en sentido jurídico-positivo, presta sentido objetivo a los actos de voluntad subjetivos de los autores de esta última; es decir, reviste de validez a la constitución jurídico positiva y a las demás normas derivadas de ella [103]. La norma fundamental constituye en unidad la multiplicidad de normas de un orden jurídico, sin, por ello, determinar su contenido, lo cual corresponde a los órganos establecidos por la constitución y las normas derivadas de ella; o como dice Kelsen, la norma fundamental «representa, por así decirlo, un cheque en blanco» [104]. Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza de la norma fundamental? En sus primeros escritos, Kelsen hablaba de ella como una «hipótesis» [105], mientras, según él mismo dice últimamente, se trata de una «ficción», la cual se caracteriza «por ir siempre acompañado de la convicción de que no responde a la realidad [106].

---

[100] *Vom Geltungsgrund d. Rechts*, ya cit., págs. 1417, 1421-23 y *Reine Rechtslehre*, págs. 73-74.

[101] *Der Begriff der Rechtsordnung*, ya cit., pág. 1399.

[102] *General Theory of Law*, pág. 116.

[103] *Die Funktion der Verfassung*, ya cit., pág. 1176.

[104] *Vom Geltungsgrund d. Rechts*, ya cit., pág. 1429.

[105] Cfr., por ej. *Reine Rechtslehre*, pág. 66.

[106] *Die Funktion der Verfassung*, ya cit., pág. 1978.

Al decirnos que la norma fundamental es la «condición lógico-trascendental de los juicios... con los que la ciencia del Derecho describe el Derecho como un orden válido objetivamente» [107], Kelsen nos introduce en los rasgos fundamentales de su teoría del conocimiento. A su cabeza se halla la aserción común a todo el neokantismo, de que Kant había sido infiel a su propio método en la filosofía práctica [108]. A esta tarea de corregir la inconsecuencia kantiana, aplicando su método al campo del Derecho trata de responder la teoría del conocimiento jurídico de Kelsen. Para Kelsen, en efecto, el Derecho no es algo que la ciencia jurídica analice o describa, sino algo, más bien, propuesto, que ella crea como un sistema de juicios sintéticos. Es la traslación, una vez más, al terreno jurídico del proceso descrito por Kant respecto a la naturaleza de las ciencias naturales. Así como en Kant la «naturaleza» de las ciencias naturales matemáticas es «creada» en la síntesis categorial, así también para Kelsen el Derecho es «creado» en los juicios sintéticos de la ciencia del Derecho bajo la forma de proposición jurídica. «La ciencia del Derecho crea su objeto, es decir, el Derecho, como suma de proposiciones jurídicas, de juicios, exactamente lo mismo que la naturaleza de las ciencias naturales es creada por éstas como un sistema de juicios sintéticos» [109]. El material de la ciencia del Derecho son las normas positivas, leyes, sentencias, actos administrativos, como en la síntesis categorial kantiana lo son las sensaciones [110]. Y así como en la Analítica trascendental «la unidad sintética de la conciencia es la condición objetiva para que una sensación pueda ser objeto para mí» [111], así también los juicios sintéticos de la ciencia del Derecho son la condición para que un material normativo sea Derecho [112]. Estos juicios como proposición jurídica son juicios hipotéticos enlazados entre sí de modo formal y pensados como una unidad sistemática. Aquí radica la función gnoseológica de la «norma fundamental»: constitutir en unidad la multiplicidad de juicios hipotéticos de un sistema de Derecho. La norma fundamental no es un concepto axiológico, «no dice nada sobre el valor moral, la justicia o la injusticia del orden jurídico, ni aporta ningún criterio para semejante juicio valorativo» [113]. La norma fundamental significa —y de ahí su nombre— «la fundamentación condicionada del Derecho positivo»; «análogamente a la teoría del conocimiento kantiana, la norma fundamental responde al interrogante de cómo es posible interpretar como su sentido objetivo el deber ser que constituye el sentido subjetivo de ciertos actos, de cómo es posible interpretar como relaciones jurídicas las relaciones humanas, o lo que es lo mismo, la norma fundamental só-

---

[107] *Die Funktion der Verfassung*, pág. 1976.

[108] *Phil. Grundlage d. Naturrechtslehre*, pág. 76.

[109] H. Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Ueberwindung der «Rechtsdogmatik»*, Wien u. Leipzig, 1922, pág. 81.

[110] *Rechtsw u. Recht*, págs. 81-83.

[111] *Kr. r. Vernunft*, pág. 118.

[112] Sobre el método de Kelsen, cfr. W. Jöckel, *Kelsens rechtstheoretische Methode. Darstellung und Kritik ihrer Grundlagen und ihrer hauptsächlichsten Ergebnisse*, Tübingen 1930, esp. págs. 59 ss.

[113] *Die Selbstbestimmung des Rechts*, ya cit., pág. 1453.

lo representa la fundamentación lógico-trascendental de la validez del Derecho positivo» [114]. O como se lee en otro lugar: «sólo si se presupone la norma fundamental es posible interpretar como un sistema de normas jurídicas objetivamente válidas un orden coactivo creado por actos humanos, y es posible interpretar como relaciones jurídicas las relaciones constituídas por estas normas entre los que detentan el poder de decisión y los destinatarios de sus decisiones» [115].

5

Como ya veíamos en las primeras páginas de este trabajo, el neokantismo es la filosofía por excelencia desde finales de siglo último y va a dominar casi exclusivamente la conciencia europea durante más de cincuenta años. Un fenómeno de tal significado invita siempre a una interpretación. Una interpretación, como ya apuntábamos allí mismo, que parece desembocar en lo que ya es, por así decirlo, una respuesta tópica: el neokantismo representa la reacción filosófica contra el empirismo y el materialismo que gravitan como una losa sobre el espíritu occidental desde que, a mediados de siglo, se apagan los últimos ecos de las grandes construcciónes del idealismo alemán. Ahora bien, y como ya dejamos dicho, no por tópica es esta interpretación menos inexacta. La idea de que el neokantismo es algo así como un enfrentamiento con el empirismo o una corrección de sus supuestos es un prejuicio al que no responde realidad alguna. Limitado por definición a las ciencias particulares y dando por supuesto incondicional el principio de causalidad, lo que el empirismo lleva a cabo es la constitución como conceptos generales de abstracciones obtenidas por el método inductivo y la agrupación genérica de rasgos comunes dados en los fenómenos de la experiencia [116]. Con su negación radical de toda metafísica y su mundo de formas, el neokantismo no trata de corregir o refutar este método, sino que, como había dicho Kant respecto a las ciencias naturales matemáticas, lo que hace es trazar el esquema categorial que fundamente como tal conocimiento, dando por supuesto el hecho mismo de la ciencia. Para el neokantismo toda la filosofía anterior se había basado en el error de querer comprender todo lo dado partiendo de unos pocos principios fundamentales, mientras que la filosofía tal como la entiende el neokantismo «no investiga las cosas, sino el entendimiento que las conoce, no la naturaleza, sino la ciencia de la naturaleza, no los fenómenos, sino sus condiciones en la conciencia cognoscente; los antiguos filosofaban sobre las cosas mismas, mientras que nosotros dejamos a las ciencias particulares la indagación de las cosas y filosofamos sobre la ciencia» [117]. Es decir, todo predicado sustantivo queda entregado al conocimiento científico, y la filosofía tiene como único

---

[114] *Vom Geltungsgrund des Rechts*, ya cit., pág. 1427.

[115] *Die Selbstbestimmung des Rechts*, pág. 1452.

[116] Sobre el método inductivo cfr. todavía, Chr. Sigwart, *Logik*, 4. Aufl., Tübingen 1921, págs. 460 ss.

[117] Cfr. A. Riehl, *Ueber wissenschaftliche und unwissenschaftliche Philosophie. Eine akademische Antrittsrede, Freiburg* i. B. u. Tübingen, 1883, págs. 3 ss., 38.

tema la fundamentación de este conocimiento. Una filosofía para la que «todo ser es sólo un saber del ser y la realidad sólo el pensamiento de la realidad» [118], para la que «la ley es la realidad, o lo que es lo mismo, que la realidad sólo puede pensarse conceptualmente» [119], no podía entrar en conflicto con el empirismo, sino ver su cometido en la fundamentación de éste en tanto que conocimiento de las cosas. Esta forma de reflexión de naturaleza lógico-formal, este «deletrear teóricamente los fenómenos» buscando en la unidad del logos «el fundamento de posibilidad del hecho de la ciencia», hace de la filosofía neokantiana, no el correctivo, sino el complemento del empirismo, su trasposición al campo de la reflexión teórica: la filosofía no combate «la inmanencia del auténtico punto de vista empírico, sino que coincide con el, porque no trata de formular desde fuera leyes para el hecho de la experiencia, sino sólo aquella ley que hace posible esta experiencia» [120]. En esta legitimación puramente formal del hecho de la experiencia radica la significación de la filosofía neokantiana para el empirismo, «lo que hace que una época empírica vea en el neokantismo su filosofía, carne de su propia carne» [121]. La ciencia del empirismo había centrado sus esfuerzos en la acumulación y ordenación del material de la experiencia, renunciando a toda fundamentación supraempírica del saber. Con el renacimiento kantiano, en cambio, «se descubre aquel andamiaje de formas previas a toda experiencia en torno al cual podía cristalizarse la enorme masa del material empírico» [122]. Aquí en este redescubrimiento de las formas *a priori* del conocer, que Kant había formulado un siglo antes para las ciencias naturales matemáticas, y que ahora va a extenderse a todas las ciencias de la cultura, se halla la razón profunda de la acogida del neokantismo por la conciencia de una época que se mueve dentro de los límites del empirismo y del positivismo filosófico. Es la convicción de que el neokantismo no sólo afecta a los supuestos de las ciencias positivas, sino que representa como teoría del conocimiento la fundamentación de su método y la consagración definitiva de su actitud antimetafísica.

En las características que hacen del neokantismo la gnoseología por excelencia del empirismo se hallan también sus límites como filosofía. Su separación entre lo fáctico *a posteriori* y las formas racionales *a priori* convierten en una imposibilidad para él el conocimiento de la realidad concreta de lo dado. La fundamentación de la objetividad no tiene lugar, en efecto, ontológicamente, sino por su reducción a principios lógico-formales. Reconocidas como un hecho absoluto, el conocimiento de la realidad queda entregado por principio a las ciencias particulares, las cuales, a su vez, con su conceptuación abstractiva partiendo de las cualidades de las cosas solo nos ofrecen una visión fantasmal de lo realmente

[118] A. Liebert, *Das Problem der Geltung*, 2 Aufl., Leipzig 1920, págs. 162-63.

[119] H. Cohen, *Kants Begründung der Ethik*, ya cit., pág. 29.

[120] P. Natorp, *Kant u. die Marburger Schuee*, ya cit. págs. 5-6.

[121] E. Kaufmann, *Kritik der neokantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft.*, Tübingen 1921, pág. 6.

[122] G. Honenauer, *Der Neukantianismus und seine Grenze als Gesellschafts und Rechtsphilosophie*, en *Blätter für deutsche Philosophie*, Bd. II (1928), págs. 304-305.

dado [123]. Las limitaciones del neokantismo se hacen patentes, sin embargo, sobre todo, en su concepción de la filosofía como «sistema», lo que implica la aplicación del método trascendental a las ciencias del espíritu; una gnoseología pensada originariamente para las ciencias de la naturaleza se traspone así al campo del Derecho, a la ética, a la religión, es decir, a un campo en el que por definición no hay «hechos», y en el cual, por tanto, sólo de modo analógico e impropio puede tener lugar una reducción a categorías formales. Esta es la gran contradicción en que se mueve, desde un principio, la filosofía del neokantismo, y en especial el neokantismo jurídico: hallar las categorías formales de una «experiencia» que nada tiene que ver con la experiencia natural según el esquema de las categorías formuladas para esta última por la filosofía crítica. Este dilema del neokantismo jurídico, que es, en el fondo, el dilema de todo racionalismo formal en las ciencias del espíritu radica, por eso, en que, al faltarle una base fáctica que le sirva de material para la síntesis categorial, no es posible la aplicación del método crítico. Las categorías kantianas, pensadas para un supuesto completamente distinto, tienen que ser sustituídas por otras y en este empeño es la misma experiencia la que se desliza en los llamados conceptos formales: estos conceptos son obtenidos, en último término, de la esfera empírica, son datos fácticos que subrepticiamente se subliman haciendo de ellos puras formas categoriales. En las definiciones del neokantismo jurídico, en las que se apela a las categorías constitutivas del objeto «Derecho», «nos sale al paso una confusión del proceso trascendental del criticismo con el proceso abstractivo de la lógica formal, de las categorías kantianas en conceptos empíricos generales» [124]. Ni el Derecho, ni la religión o la ética son producto de una mera actividad intelectiva, sino que en su origen se hallan modos de conciencia que no son reducibles sin más a la síntesis categorial de materia y forma; y estos modos de conciencia son los que aparecen irreducibles en los supuestos conceptos puros formales de la filosofía del Derecho, de la ética y de la filosofía de la religión del neokantismo [125].

Esto se echa de ver ya en Cohen, el más consecuente quizás de todos los neokantianos. Aún cuando él mismo subraya como su principio metódico «una prevención insuperable frente a toda verdad que descansa en cualquier otro criterio que el de la razón cognoscente» [126], y aun cuando también para él «el ser no es más que una palabra, un concepto de relación» [127], no es menos cierto que en las llamadas categorías puras o formales de su pensamiento se percibe claramente su origen empí-

---

[123] G. Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Berlin 1923, págs. 121-122. Sobre la leyenda india a la que Lukács alude en este pasaje, cfr. ahora, D. Henrich, «Die 'wahrhafte Schildkröte' Zu einer Metapher in Hegels Schrift 'Glauben und Wissen'», en *Hegel-Studien*, Bd. II (1963), págs. 281 ss.

[124] G. Hohenauer, Der Neukantianismus u. seine Grenze, ya cit. pág. 318.

[125] Esto ha sido puesto muy bien de relieve en su campo específico por J. Hessen, *Die Religionsphil. d. Neukantianismus*, ya cit., págs. 166 ss.

[126] Cohen, *Ethik*, pág. 19.

[127] *Ethik*, pág. 104.

rico. Así, por ejemplo, en aquéllas que convierten a su entender la ciencia del Derecho en la matemática de las ciencias del espíritu, como el concepto de persona jurídica colectiva, una «concreción lógico conceptual» que constituye el «paradigma de la ética» [128] o bien el «concepto jurídico de Estado» [129], en los cuales se transparenta evidentemente su procedencia de datos extraídos de la experiencia jurídico-positiva. Y así también en la noción de «voluntad pura», el concepto central de toda su ética. Cohen distingue entre voluntad psicológica, individual, que es apetito y está dirigida a un objeto del mundo exterior, y la «voluntad pura» «que se crea a sí misma y es su propio objeto» [130]; razón por la cual, dice Cohen, «la voluntad pura se corresponde con el pensar puro, con el pensar del conocimiento puro» [131]. Basta, empero, una reflexión somera para percatarse de que la llamada «voluntad pura» tiene como modelo indudable la voluntad psicológica individual, de la cual, siguiendo el método abstractivo propio del neokantismo, se han ido eliminando todo contenido y toda determinación concreta hasta llegar así a un concepto aparentemente formal, al que se atribuye después una función categorial sintética. Es lo que viene a confesar indirectamente el mismo Cohen, cuando dice una vez, que en la moralidad «no puede evitarse la consideración de la psicología» [132], y en otro lugar, que «para la ética no puede ni debe haber ningún querer que no se haga realidad en la acción» [133].

Este proceso se pone de manifiesto con mayor claridad, si cabe, en la obra de Stammler [134]. Pese a su terminología extraída en lo esencial de la Analítica trascendental kantiana, y pese a que él mismo subraya la insufiencia del método inductivo para llegar a un concepto del Derecho —«sería un error pensar que puede llegarse al concepto de Derecho por medio de la inducción desde la experiencia jurídica» [135]— todo el aparato conceptual de Stammler descansa en el método abstractivo propio del empirismo. Esto se demuestra ya patentemente en el principio ordenador o «condicionante» de nuestras representaciones jurídicas: el «querer», un concepto con el que Stammler trata de responder a lo que Kant llamaba «unidad trascendental de la conciencia» [136] y que él denomina «posibilidad de la ordenación unitaria en absoluto» de los contenidos de nuestra conciencia [137]. No es sólo que la disyuntiva entre causalidad y querer como principios ordenadores de la conciencia cognoscente es una disyuntiva artificiosa —¿por qué no puede ser un principio or-

[128] *Ethik*, págs. 79 ss. 231 ss.
[129] *Ethik*, págs. 82-83, 437.
[130] *Ethik*, págs. 120 ss., y en general 111 ss.
[131] *Ethik*, pág. 103.
[132] *Ethik*, pág. 103.
[133] *Ethik*, pág. 106.
[134] Para la crítica de Stammler, cfr. también, S. Marck, *Substanz und Funktionsbe in der Rechtsphilosophie*, Tübingen 1925, págs. 62 ss.
[135] Stammler, *Wirtschaft u. Recht*, ya cit. pág. 8 y *Lehrbuch*, pág. 52.
[136] *Kr. r. V.*, pág. 115.
[137] *Lehrbuch*, págs. 57 ss.

denador el «puro deber ser» o la «valoración» [138] o incluso la «sensibilidad» [139]?—, sino que la noción del «querer» arrastra consigo todo el lastre psicológico-empírico de las nociones pragmáticas. Es lo mismo que Stammler nos dice paladinamente en el curso de su debate constante contra esta evidencia. Partiendo de la proposición kantiana, de que «experiencia es sólo posible por la representación de una conexión necesaria en las percepciones» [140], Stammler afirma, que hay dos formas de conexión de nuestras percepciones de los objetos: una dirigida al pasado y que trata de explicar por su causa los fenómenos percibidos, y otra dirigida al futuro y consistente «en la elección de medios para la consecución de fines» [141]. Y por si cupiera alguna duda sobre el carácter empírico de este proceso, Stammler lo centra en la elección del medio más adecuado para el logro del fin propuesto [142], introduciendo así en lo que debería ser una categoría formal un momento individual e irreducible. Y lo mismo ocurre con su distinción entre materia y forma, que sólo sirve para encubrir malamente el proceso empírico que se halla en el fondo de todo su pensamiento [143]. La distinción procede de Kant, pero experimenta en Stammler un cambio de significado radical. Para Kant materia es en el conocimiento «lo que se corresponde con la sensación», mientras que forma es «aquéllo que hace que la multiplicidad de los fenómenos sea ordenada en ciertas relaciones» [144]. Al equiparar la dualidad forma-materia con la dualidad Derecho-sociedad [145], Stammler no sólo desvirtúa, sino que reduce al absurdo el pensamiento crítico. La materia es dicotomía, la sociedad no es, como Stammler trata de mostrar, «una masa confusa y caótica», que sólo por la forma se hace accesible al pensamiento [146], sino que es ya de por sí un universo de fines y necesidades recíprocos que constituye un objeto independiente de nuestro conocimiento [147]. Derecho y sociedad no se hallan en la relación de forma y materia, de tal suerte que sólo por aquel se convierta ésta en objeto del conocimiento, sino que se trata de dos representaciones distintas e independientes. Sólo así puede explicarse, lo que ya ha sido argumentado repetidamente contra Stammler [148], que la sociedad pueda hallarse en conflicto con el Derecho, como ocurre en los casos de delito, o en general, de infracción de la ley; algo que sería totalmente impensable si se tratase

---

[138] G. A. Wielikowski, *Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie*, München 1914, págs. 64 ss.

[139] J. Binder, *Philosophie des Rechts*, Berlin 1925, pág. 131.

[140] *Kr. r. Vernunft*, págs. 166 ss.

[141] *Lehrbuch*, pág. 59.

[142] *Th. d. Rechtsw.*, págs. 30 ss y *Lehrbuch*, págs. 56 ss.

[143] J. Binder, *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie R. Stammlers*, Leipzig 1915, págs. 19 ss.

[144] *Kr. r. Vernunft*, pág. 56 y también 34-35.

[145] Cfr. *Wirtschaft u. Recht*, págs. 161 ss *passim*.

[146] *Lehrbuch*, págs. 9 ss.

[147] Cfr. del mismo Stammler, *Wirtschaft u. Recht*, págs. 131 ss.

[148] E. Kaufmann, *Kritik d. neuk. Rechtsphil.*, *pág. 14 y Hohenauer, Der Neuk. u. seine Grenze*, págs. 323-324.

de una relación condicionante entre forma y materia en el sentido kantiano. Lo mismo puede decirse de los supuestos rasgos conceptuales del Derecho, que queriendo ser categorías formales no son más que nociones extraídas por inducción de la experiencia jurídica. El mismo Stammler nos describe sin muchos ambajes el método seguido para llegar a tales «categorías»: «lo primero y necesario para llegar a una ordenación del pensamiento jurídico es la búsqueda de elementos comunes en distintas representaciones; de esta manera se constituyen conceptos superiores que tienen bajo sí un contenido múltiple de la conciencia, cuya conexión y visión de conjunto posibilitan» [149]. Y en último lugar, el tema validez-vigencia jurídicas, un tema que es, puede decirse, el verdadero problema central con el que se enfrenta toda construcción lógico-formal del Derecho. También aquí se echa de ver la estrecha conexión del pensamiento de Stammler con los postulados del empirismo. Para Stammler la validez jurídica no depende de la relación predicada de una norma con otras normas cuya validez se presupone sino que descansa en un supuesto de hecho. La validez no es un componente del concepto del Derecho, ya que puede aplicarse también a otros «quereres» normativos, ni Derecho válido es sinónimo de Derecho positivo, el cual puede haber sido válido tan solo en el pasado o bien serlo sólo en el futuro. El problema de la validez es un problema de índole psicológica [150]; un Derecho es válido cuando «reviste la posibilidad de imponerse» [151], o lo que es lo mismo, validez jurídica equivale a «la imposición de un querer jurídico en la realidad sensible» [152]. Con ello la realidad empírica penetra, una vez más, como «eficacia» en el mundo cerrado supuestamente formal de la conceptuación jurídica.

La facticidad del mundo empírico se introduce también en la más abstracta y consecuentemente formal de todas las teorías neokantianas: en la teoría de Kelsen. También aquí, y pese a su distinción estricta entre el ser y el deber ser, el hecho social y psicológico aflora, una y otra vez, a través de la red meticulosamente extendida de la normatividad. A pesar de sus repetidas afirmaciones de que sus conceptos son sólo conceptos formales desprovistos de todo contenido, lo cierto es que por partir su pensamiento del Derecho positivo, sus conceptos están extraídos de éste, abstrayendo de ellos todo elemento material pero llevando siempre consigo, confesada o inconfesadamente, las huellas de este su punto de partida. Esto se ve ya en uno de los conceptos centrales de la teoría de Kelsen: la teoría del primado del Derecho internacional. En esta noción de un universo jurídico en el que se insertan los órdenes jurídicos nacionales se entrecruzan inconscientemente sin cesar conceptos empíricos sublimados como categorías formales. Se trata, en último término, «de la tendencia a hacer desaparecer la línea divisoria entre el Derecho internacional y los distintos Derechos estatales, de tal suerte, que el último objetivo de este desenvolvimiento real... es la unidad organizativa de una

[149] *Th. d. Rechtsw.*, pág. 4.
[150] *Lehrbuch*, pág. 150.
[151] *Th. d. Rechtsw.*, pág. 72.
[152] *Lehrbuch*, pág. 149.
[153] *Rechtslehre*, pág. 134.

comunidad de Derecho universal» [153]. Ahora bien, «tendencia», «unidad organizativa» son conceptos empíricos, que si quieren decir algo es en virtud de su contenido concreto. Es lo mismo que nos sale al paso en otro pasaje, en el que Kelsen trata de exponer los orígenes del Derecho internacional: «el proceso consiste en que por la coincidencia declarada de los órganos competentes de uno o más Estados se crean normas por las que quedan vinculados los Estados contratantes» [154]. Y es que, en efecto, el concepto de voluntad que Kelsen quiere presentar como un puro concepto formal no es, en último término, más que una noción psicológica, y por tanto, un hecho primario de la experiencia. Como él mismo dice en una obra póstuma, «la diferencia entre norma y aserción es la misma diferencia que existe entre el significado de la proposición en la que se expresa el sentido del acto de voluntad y el significado de la proposición en la que se expresa el sentido del acto de pensamiento» [155]. Todo ello se ve, sobre todo, en lo que Kelsen llama estructura dinámica del orden jurídico, que es también la estructura del orden internacional [156]. Mientras que en el orden estático la obligatoriedad de las normas inferiores se basa en un proceso deductivo que arranca de las normas superiores, y en último término, de una norma última y suprema, en el orden dinámico la obligatoriedad de una norma inferior depende de que haya sido creada por el procedimiento y por el órgano determinados por una norma superior. O lo que es lo mismo, el acto de voluntad por el que se exige un comportamiento dado, pierde su carácter subjetivo y adquiere el carácter objetivo de una norma válida por la delegación recibida de una norma superior. El acto de voluntad, por tanto, que se halla en el origen de toda norma no pierde su naturaleza de acto psicológico individual por el hecho de adquirir un sentido objetivo de norma válida en virtud de una delegación, la cual es, a su vez, fruto asimismo de un acto de voluntad. La idea del orden jurídico como «un conjunto unitario de delegaciones» [157] se nos revela, por eso, en su última realidad como un conjunto de actos de voluntad reales concordados entre sí de modo jerárquico.

Tras su pretendido esquema formal del Derecho, también en Kelsen, como en todo sistema que pretende ser estrictamente racional acecha y se hace presente la experiencia por todas las junturas de la construcción. Con la misma energía con que había mantenido a ultranza la separación entre el ser y el deber ser como dos ámbitos autónomos, mantiene Kelsen en sus últimos escritos el papel que corresponde al ser en la conceptuación jurídica. El problema del que arranca la argumentación es el problema clave de la validez-vigencia jurídicas. Un Derecho

---

[153] *Rechtslehre*, pág. 134.

[154] *Rechtslehre*, pág. 129.

[155] H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen. Im Auftrag des Hans-Kelsen-Institut aus dem Nachlass hrgn. v. K. Ringhofer u. R. Walter*, Wien 1979, pág. 131.

[156] H. Kelsen, *Die Einheit von Völkerrecht und staatlichen Recht* (1958), en *Wiener rechtsth. Schule*, Bd. II, págs. 2213 ss.

[157] *Die phil. Grundlagen der Naturrechtslehre*, ya cit. pág. 19.

que ordena una conducta físicamente imposible o una conducta que esté impuesta necesariamente por leyes naturales es un contrasentido en sí mismo [158]. Lo que no quiere decir, sino muy al contrario, que la verificación del Derecho en la realidad social no sea un criterio decisivo para juzgar de la validez de un ordenamiento jurídico. La validez de una norma jurídica, es decir, de un deber ser jurídico sólo puede derivarse, es verdad, de una norma, no de un hecho. No obstante lo cual, existe una cierta relación entre el deber ser jurídico y el ser, en tanto que, para ser tenida por válida, una norma jurídica general, no sólo tiene que ser establecida por un acto de hecho, sino que, además, tiene que ser eficaz hasta cierto punto, es decir, que, en términos generales, tiene que ser efectivamente cumplida e impuesta» [159]. O en otros términos: «la validez de un orden jurídico depende de su coincidencia con la realidad, de su eficacia» [160]. Lo que, a su vez, no significa que la validez jurídica implique la obediencia al Derecho sin excepción y en todos sus puntos. La validez del Derecho es compatible con «una cierta discordancia entre el ordenamiento jurídico y la conducta real de los hombres» [161]. La «eficacia» del Derecho como condición de su validez sólo significa «que el Derecho se cumple efectivamente en general y que, si no es cumplido, es impuesto por los órganos competentes» [162]. «La relación existente entre la validez y la eficacia de un orden jurídico, entre el deber ser y el ser, por así decirlo , sólo puede ser determinada por una línea de demarcación superior e inferior; la coincidencia no debe ni superar un cierto máximo ni ser inferior a un cierto mínimo» [163]. De donde la nueva definición del Derecho: «Derecho es un orden coactivo establecido por actos humanos y que, en términos generales, posee eficacia» dentro de un grupo humano determinado [164].

Lejos parecen hallarse los ecos de la distinción tajante entre el ser y el deber ser preconizada por Kelsen en sus primeros escritos.

6

El neokantismo lógico con su intento de aplicar a las ciencias del espíritu, y en especial a la ciencia del Derecho, la síntesis categorial trazada por Kant para las ciencias naturales matemáticas, puede darse por fracasado. Lo cual no afecta, sin embargo, en nada ni a su importancia para la constitución de la conciencia jurídica contemporánea ni a su significación histórica general. Como filosofía dominante durante una época decisiva para el pensamiento europeo, el neokantismo ha influído, como no podía por menos, de manera casi exclusiva los modos de entender

[158] *Geltungsgrund des Rechts*, ya cit. pág. 1419.
[159] *Begriff der Rechtsordnung*, ya cit., pág. 1397.
[160] *General Theory of Law*, pág. 120.
[161] *Begriff d. Rechtsordnung*, pág. 1397.
[162] *Selbstbestimmung d. Rechts*, pág. 1446.
[163] *General Theory of Law*, pág. 120.
[164] *Selbstbestimmung d. Rechts*, págs. 1446, 1452.

la filosofía del Derecho, así como el método para la solución de sus problemas. Y sin embargo, la verdadera importancia del neokantismo como movimiento filosófico-jurídico se halla en su sentido dentro del curso de ideas de nuestra propia época. Y es que la idea del Derecho que se halla en la base del neokantismo significa la acumulación del proceso de positivación y formalización jurídicas al que asistimos desde mediados del siglo último [165]. La fecha decisiva es aquí la de 1848. Derrotada en su última revolución por los poderes tradicionales, la burguesía da la espalda al Derecho natural, que había acompañado su ascenso histórico desde finales del siglo XVIII, y abandona también el mundo de ideas de la Escuela histórica, que había constituído el telón de fondo de la ideología de la Restauración, para dar a luz un nuevo concepto del Derecho y de su función social. Una clase depredadora y explotadora va a construir un Derecho a su imagen y semejanza. Eliminada toda reflexión teleológica y hecha abstracción de cualquier lazo de dependencia con la realidad social, el Derecho es para la burguesía un conjunto de reglas abstractas enlazadas entre sí por vínculos de validez formal. El derecho, dirá uno de los grandes juristas de la época, es una categoría puramente formal: «el fin no se da en la forma, sino siempre en el contenido, y este contenido no es nunca de naturaleza jurídica, sino de naturaleza política o económica, por lo cual la conceptuación jurídica no tiene nada que ver con ningún fin, el cual desaparece por sí mismo» [166]. No sólo, por tanto, la finalidad, sino toda materia social quedan por definición fuera del concepto de Derecho. «Todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas... carecen de importancia para la dogmática de un material jurídico concreto y sirven a menudo sólo para ocultar la falta de labor constructiva» [167]. Se edifica así, por decirlo de algún modo, un ordenamiento jurídico en el vacío; lo que nos sale al paso es un Derecho estrictamente formal, apto por ello mismo para sancionar y asegurar cualquier situación de hecho. Este ordenamiento formal se reviste de una fuerza obligatoria absoluta. Una clase social llegada súbitamente al poder sienta las bases para su propia subsistencia como clase dominante. El Derecho obliga, no por su carácter racional o por su referencia a demandas o conflictos sociales, sino porque procede de una fuente de poder. Como ya decía, G. Rümelin anticipándose a Kelsen: «las proposiciones jurídicas son juicios hipotéticos..., cuya síntesis se basa en la voluntad de las personas que crean el Derecho» [168]. O como reza la célebre definición: «ley es la manifestación por el Estado de que algo debe

---

[165] Dobre ello cfr. mi trabajo «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VIII (1961), págs. 47 ss. Ahora también en *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna 1979, págs. 141 ss.

[166] H. Preuss, «Zur Methode juristischer Begriffkonstruktion» en *Schmollers Jahrbuch*, XXIV (1900), pág. 370.

[167] P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5. Aufl. Tübingen 1911, Bd. pág. IX.

[168] Gustav Rümelin, *Juristische Begriffsbidulng. Akademische Antrittschrift*, Leipzig 1878, pág. 7.

ser Derecho» [169]. O como dirá, en fin, Kelsen con maś palabras, pero no menos contundentemente: el principio de delegación «reviste de validez a todo contenido, incluso el más absurdo, con tal simplemente de que haya sido producido de una manera determinada; este principio fundamenta toda norma sin consideración a su contenido con la condición única de haber sido producida de una forma determinada» [170]. Es el positivismo llevado conscientemente hasta sus últimas consecuencias —del «más brutal positivismo imaginable», lo calificará un autor contemporáneo [171] que desemboca naturalmente en el positivismo de la ley. Como su expresión más acabada puede tenerse en una frase de Bergbohm: «incluso la ley más infame ha de ser tenida por obligatoria, siempre que haya sido producida de modo formalmente correcto» [172]. Es una concepción del Derecho que responde a las necesidades de una clase social racional y calculadora, para la cual la previsibilidad en las relaciones humanas y por tanto la eliminación de toda materia normativa, es decir, de todo elemento que por individual e irracional pudiera perturbar aquella previsibilidad, es ley de vida. Es lo que ya sabía Max Weber cuando ponía en relación la estructura de la empresa capitalista con la organización del Derecho y del Estado. «La moderna empresa capitalista descansa esencialmente en el cálculo; para su existencia precisa una judicatura y una administración, cuyo funcionamiento, al menos en principio, puede ser calculable racionalmente por razón de normas generales fijas, como es calculable de antemano el rendimiento de una máquina [173].

La consagración filosófica de esta concepción jurídica es el neokantismo lógico. Es decir, que, al contrario de lo que viene repitiéndose un poco a la ligera, el neokantismo no crea una noción del Derecho, sino que encuentra conclusa una noción del Derecho y trata de instrumentarla conceptualmente. Esta noción del Derecho es la del positivismo jurídico: el Derecho es un ordenamiento de normas coactivas subsistente de por sí, siendo una labor metajurídica la indagación de sus causas o de sus efectos en la realidad social. El Derecho, que es un fenómeno social, como las relaciones jurídicas son relaciones sociales, queda despojado de todo contenido y proyectado en la esfera abstracta de lo meramente formal. Dar expresión filosófica a esta concepción es lo que, desde un principio, se propone el neokantismo lógico-jurídico, pese a todas las apariencias y las afirmaciones en contrario. Una noción del Derecho vinculada a la existencia histórica de una clase social muy determinada es convertida en paradigma y modelo de toda reflexión filosófica. Despojada de su contingencia, esa noción va a ser la base y el punto de partida del

---

[169] B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5. Aufl., Frankfurt a M. 1882, Bd. I, pág. 39.

[170] *Phil Grundl d. Naturrechtslehre*, pág. 21

[171] M. Gutzwiller, *Elemente der Rechtsidee. Ausgewählte Aufsätze und Reden*, Basel u. Stuttgart 1964, pág. 25.

[172] K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1982, págs. 116, 122 *passim*.

[173] Max Weber, *Gesammelte politische Schriften*, München 1921, págs. 141-42.

neokantismo jurídico. Toda una serie de conceptos abstraídos por inducción del material del Derecho histórico son revestidos de la dignidad de categorías y se convierten en elementos constitutivos de una síntesis conceptual que quiere ser análoga a la de la gnoseología crítica.

Llegados a este punto, podemos ya ver con claridad las razones del fracaso del neokantismo jurídico como filosofía, y de la lejanía con que hoy es contemplado por unas generaciones que han abierto sus ojos a la dialéctica real de la dinámica social. De un lado, el intento unilateral y vano de reducir a puras formas conceptuales la esencia de un fenómeno de naturaleza histórica, como es el Derecho; de otro, haber tratado de hacerlo sin acertar a salir de la accidentalidad de una concepción jurídica determinada por la constelación social de su tiempo y por la estructura de su clase dominante.