

## XXII. LAS TEORÍAS JURÍDICAS

### § 1. La Escuela analítica

Bibliografía: HOLLAND, *Elements of jurisprudence* (10<sup>a</sup> edición, 1924). — EASTWOOD & KEETON, *The Austinian theories* (1929). — KOCOUREK, *The century of analytical jurisprudence since John Austin* (1937). — EVERETT, *Limits of jurisprudence defined* (1954). — KELSEN, *The pure theory of law and analytical jurisprudence*, en: *What is justice* (1957), pp. 226 y ss.

NO SOLAMENTE la crítica-reformista orientada hacia el derecho positivo tiene sus raíces en Bentham —según explicamos en el capítulo anterior— sino también la corriente analítica-descriptiva del mismo derecho positivo; así se desprende del ensayo de aquel escritor *The limits of jurisprudence defined*, que no fue descubierto sino hasta el año de 1945 por Charles W. Everett.

En su libro *Lectures of jurisprudence*,<sup>1</sup> John Austin (1790-1859) continuó el desarrollo de aquella doctrina, señalando las bases de una nueva disciplina, que se conoce con el nombre de “teoría del derecho”. Esta postura, a la que durante mucho tiempo no se prestó atención en el Continente Europeo, cobró importancia considerable con el libro del filósofo húngaro del derecho, Felix Somló, *Teoría general jurídica*, publicado en 1917.

La teoría del derecho se distingue de la filosofía del derecho que la precede por cuanto ya no valora al derecho positivo a la luz de la idea del derecho o del derecho natural, sino que lo contempla como un hecho (*factum*) independiente; de ahí que se propusiera como tema el conocimiento de aquellos elementos que sirven de base al derecho positivo. Austin consideró que

<sup>1</sup> Se publicó por primera vez en 1832 con el título de *The province of jurisprudence determined*.

dichos elementos son, ante todo, la suma de los mandamientos (*commands*) de un poder soberano o de un órgano derivado de éste y dirigidos a las personas que están subordinadas al poder de que se trate. Por poder soberano entiende el escritor inglés aquella persona o grupo de personas cuyos mandamientos son normalmente obedecidos por un conglomerado social determinado. Austin aplicó el término "mandamiento" exclusivamente a aquellas órdenes acompañadas de la amenaza de una sanción. Por último, sólo las normas provistas de sanción determinan los deberes jurídicos de los súbditos. De lo expuesto se desprende que —según Austin— los elementos fundamentales del derecho positivo son: un poder soberano, el mandamiento, la sanción y el deber.

Austin opuso el derecho positivo (*law properly so called*) a las normas emitidas por otros grupos sociales. Entre estas últimas colocó al derecho internacional, que es, en consecuencia, una *law improperly so called*.

### § 2. La teoría general del derecho (Merkel, Bierling)

La primera iniciativa en favor de una "teoría del derecho" la encontramos, dentro del Continente Europeo, en Adolf Merkel (ver p. 266): este escritor opuso al contenido variable del derecho positivo las formas jurídicas comunes a todo orden jurídico. Ernst Rudolf Bierling (1841-1919) continuó el desarrollo de esta idea en sus importantísimos libros *Crítica de los conceptos jurídicos fundamentales*, que apareció de 1877 a 1883, y *Teoría de los principios jurídicos*, que se publicó de 1894 a 1917. A estas dos obras corresponde el indudable mérito de haber sostenido, en la época de mayor auge del positivismo jurídico, que todo análisis de lo jurídico, incluidos el derecho comparado y la historia del derecho, presupone el conocimiento de lo jurídico. Por tanto, la base del análisis jurídico es indispensablemente una "teoría de los principios jurídicos" y su finalidad consiste en la elaboración de aquellos conceptos que hacen a su vez posible el conocimiento científico del derecho.

### § 3. El posterior desarrollo de la jurisprudencia analítica en el Continente Europeo (Somló, Karl Wolff)

En el ya citado escritor húngaro Felix Somló (1873-1920) encontramos el nuevo florecimiento de la doctrina de Austin dentro

del Continente Europeo: Somló partió asimismo del concepto del poder soberano, al que denominó "poder jurídico". Con base en esta idea, definió al derecho diciendo que es "el conjunto de las normas generalmente obedecidas, emanadas de un poder supremo, permanente y omnicomprensivo". Su mérito principal radica en la distinción entre los conceptos jurídicos fundamentales que derivan del hecho (*factum*) mismo del derecho positivo y los conceptos jurídicos que se obtienen del contenido constantemente variable de éste.

De la misma manera que Austin y Somló, también Karl Wolff (nacido en 1890), en su libro *La teoría fundamental del deber ser*, que vio la luz en 1924, parte del hecho del dominio de una persona o grupo de personas sobre otros hombres. Por tanto, el derecho es para él un concepto formal, limitado solamente por la circunstancia de que debe quedar encuadrado dentro del marco de la soberanía del poder. Somló, sin embargo, no define al derecho como la suma de los mandamientos del soberano, sino como lo que "se atribuye al soberano dentro del marco de su soberanía", ya que lo decisivo es, no si efectivamente existe una determinada voluntad en el soberano, sino si es posible suponer, dadas las circunstancias de hecho, la existencia de su voluntad.

#### § 4. *La doctrina neo-kantiana de las categorías del derecho* (Stammler)

La formulación completa de una teoría del derecho no se logró sino hasta el neo-kantismo de la Escuela de Marburgo, cuyos jefes fueron Hermann Cohen (1842-1918) y Paul Natorp (1854-1924). El pensamiento de esta Escuela fue más lejos que el filósofo de Koenisberg, pues no solamente no se conformó con la declaración de la incognoscibilidad de la "cosa en sí", sino que arrojó definitivamente por la borda ese concepto: la "cosa en sí" —dijeron los filósofos de Marburgo— no es captada, sino creada por nuestro pensamiento; y como la manera de ser del objeto depende del método mediante el cual llegamos al fenómeno, la Escuela de Marburgo sacó la conclusión de que el método es el que crea al objeto, con lo que alcanzó su más alta formulación la filosofía del conocimiento de Descartes.

Rudolf Stammler (1856-1938), fundador de la filosofía neo-kantiana del derecho, ya no tomó como punto de partida de su

doctrina al derecho mismo, sino a la teoría del conocimiento de lo jurídico. Por tanto, su propósito principal consistió en la búsqueda de las categorías que deben imponerse a la materia jurídica, a fin de determinar qué es el "derecho". Ahora bien —según el pensamiento del ilustre profesor de la Universidad de Berlín— la categoría jurídica fundamental es "el querer entrelazante, autárquico e inviolable".<sup>2</sup>

Al mismo tiempo que las categorías del derecho, el filósofo neo-kantiano se propuso investigar cuáles son los principios fundamentales del derecho justo. Estos principios son puramente formales, ya que se resuelven en las ideas de respeto y de solidaridad. La doctrina de Stammler concluye en el ideal, igualmente formal, de una comunidad de hombres librevolentes.<sup>3</sup>

### § 5. La teoría pura del derecho (Kelsen)

Bibliografía: VERDROSS, *Kelsen's Rechtslehre*, en: *Juristische Blätter* (1930), vol. LIX, pp. 431 y ss.; (1951), vol. LXXIII, p. 425. — EBENSTEIN, *The pure theory of law* (1945). — KUNZ, *Was ist Reine Rechtslehre?*, en: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1948), vol. I, pp. 271-290; (1952), vol. IV, p. 113. — BOBBIO, *La teoría pura del diritto e i suoi critici*, en: *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1954), pp. 356-377.

La teoría del derecho mejor elaborada y más rica en resultados es, sin género alguno de duda, la "teoría pura del derecho", expuesta por Hans Kelsen (nacido en 1881) en numerosas obras a partir del año 1911. Desde su primer libro, *Problemas fundamentales de la teoría del derecho y del Estado*, publicado en ese mismo año de 1911, Kelsen tomó como punto de partida de su sistema la radical *separación entre el ser y el deber ser*: las ciencias del ser son las disciplinas causales, que proporcionan una explicación genética de los fenómenos, los que, a su vez, son presentados dentro de una cadena de causas y efectos. A estas disciplinas se oponen las ciencias normativas, cuyo objeto ya no es el ser, sino el deber ser. La ciencia del derecho queda comprendida en este segundo grupo.

<sup>2</sup> STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft* (2<sup>a</sup> edición, 1923).

<sup>3</sup> Die *Lehre vom richtigen Recht* (2<sup>a</sup> edición, 1926); *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (3<sup>a</sup> edición, 1928).

Ahora bien, como la disciplina jurídica se ocupa únicamente del derecho positivo, el "deber ser" jurídico no es para Kelsen un valor ético, sino una forma del pensar. De ahí que el jefe de la Escuela Vienesa se propusiera como tema la elaboración de una teoría del derecho positivo, independiente, tanto de la ética, cuanto de la sociología y de la psicología. Esta autonomía de la ciencia del derecho dio nacimiento al postulado de la "pureza del método".<sup>4</sup>

La "pureza del método", predominante desde un principio en la teoría del derecho de Kelsen, encontró un nuevo fundamento en la unión entre el pensamiento kelseniano y la Escuela filosófica del neo-kantismo de Marburgo (ver p. 285): esta Escuela —según se desprende de la exposición que hicimos— tiene sus raíces en la doble convicción de que no existe ninguna "cosa en sí" y de que el objeto del conocimiento es creado por el método que se aplica en la consideración del fenómeno. En consecuencia, las ciencias de la naturaleza no son para Kelsen disciplinas que contemplen a la naturaleza como su objeto, sino ciencias que enlazan los fenómenos naturales o sociales dentro de la ley de causalidad. De ahí que la sociología sea para Kelsen una ciencia natural.

La ciencia del derecho no es una ciencia de la naturaleza, sino una ciencia normativa, ya que considera a los fenómenos sociales desde el punto de vista del principio de "imputación". Este término significa —en el pensamiento kelseniano— el enlace de un hecho con una consecuencia jurídica mediante la cópula "debe". Esta consecuencia jurídica es de naturaleza coactiva: ejecución, pena, facultad económica-coactiva, ejecución federal, represalia, guerra. Las anteriores premisas conducen a la fórmula fundamental de la "teoría pura del derecho": dada una situación de hecho ( $T = Tatbestand$ ) debe imponerse una sanción coactiva ( $Z = Zwangsfolge$ ). La fórmula del pensamiento kelseniano no es, sin embargo, equivalente al término "mandamiento del derecho positivo", pues éste es tan sólo el material que sirve a la ciencia del derecho para construir el juicio hipotético: si  $T$  es, debe ser  $Z$ .

<sup>4</sup> Consultese FRANTISEK WEYR (1879-1951), *Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft*, en: *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1921), vol. II, pp. 671-682; y *Natur und Norm*, en: *Revue internationale de la théorie du droit*, VI.

De la fórmula jurídica transcrita en los renglones inmediatamente anteriores, Kelsen derivó, ante todo, los conceptos "estáticos" fundamentales de la teoría del derecho: deber jurídico, pretensión, sanción, persona. Posteriormente y bajo la influencia de Adolf Merkel (nacido en 1890);<sup>5</sup> el propio Kelsen completó el aspecto estático de la teoría del derecho con otro dinámico: esta segunda parte se relaciona con la creación del derecho en un orden escalonado que, teniendo como punto de apoyo a la constitución, desciende a través de la ley, del reglamento, de la sentencia judicial y de la decisión administrativa, hasta el acto de ejecución. Este mismo aspecto dinámico de la teoría del derecho, y siempre dentro del orden escalonado de las normas jurídicas, se ocupa también de las relaciones entre el derecho internacional y el estatal.<sup>6</sup>

La cúspide de la "teoría pura del derecho" está formada por la doctrina de la norma fundamental, con la que Kelsen se propuso combatir el positivismo jurídico ingenuo de Bergbohm; según este escritor, el derecho es la manifestación de voluntad de una "autoridad competente", pero Bergbohm no llegó a determinar la fuente u origen de la "competencia" (ver p. 271). En este problema, la "teoría pura del derecho" se encontró ante una encrucijada: la primera solución posible estaba representada por la doctrina del derecho natural, para la cual el orden social y la autoridad de la comunidad y, consecuentemente, la obligatoriedad de los mandamientos que expida, así como los límites de su poder, están determinados por la naturaleza del hombre; pero como Kelsen es un pensador juspositivista, no podía penetrar en ese camino, y se vio obligado a buscar una segunda solución: para que los mandamientos de una autoridad social puedan ser reputados obligatorios —dice el creador de la "teoría pura del derecho"— es indispensable *suponer* la existencia de una norma fundamental suprapositiva, que prescriba que "debe obedecerse a la autoridad de la comunidad". Esta norma fundamental no es una norma primaria del derecho natural en el sentido kantiano (ver p. 233), sino una *hipótesis* del pensamiento que llevamos al material jurídico positivo a fin de poder interpretarlo como contenido de las normas. En consecuencia, la norma jurí-

<sup>5</sup> MERKEL, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, Deutsche Richterzeitung (1917); y *Die Lehre der Rechtskraft* (1923), pp. 275 y ss.

<sup>6</sup> KELSEN, *Allgemeine Staatslehre* (1925); y *Reine Rechtslehre* (1934).

dica fundamental de Kelsen tiene una función esencialmente distinta a la norma paralela de Kant: el filósofo de Koenisberg se propuso anclar al derecho positivo en el derecho natural, en tanto el jefe de la Escuela de Viena concibió al derecho positivo como un orden autárquico cerrado, infranqueablemente separado de otros órdenes. Kelsen hace además notar que únicamente podemos *suponer* la existencia de la norma básica, a condición de que concibamos a un orden coactivo efectivo como un sistema de normas obligatorias. Pero con esta conclusión nada impide que científicamente se acepte como derecho positivo a un orden de poder arbitrario.

En la medida en que la teoría kelseniana del derecho permaneció sobre los carriles del neo-kantismo de Marburgo, se le pudo objetar que el material jurídico positivo no puede ser manejado en forma análoga al material que recibimos a través de la experiencia sensorial; en efecto —según la doctrina de Kant— este material recibe su sentido de las categorías del entendimiento, en tanto el material jurídico posee en sí mismo su sentido, de lo que se deduce que no necesita pasar por nuestras categorías para recibirla.<sup>7</sup> Certeamente hace notar el filósofo húngaro Julius Moór que el derecho positivo no es un “puro” *factum*, sino una construcción de sentido.<sup>8</sup> Pero la doctrina de Kelsen se ha ido apartando lentamente de aquellos fundamentos neokantianos de Marburgo, lo que le ha permitido transformarse en una típica “teoría comparada del derecho”, que puede subsistir independiente de su anterior fundamentación; su última obra,<sup>9</sup> sin embargo, está todavía salpicada de algunos argumentos contrarios al derecho natural y de otros antimetafísicos. Nos parece, no obstante, que Kelsen ha logrado aclarar toda una serie de problemas estructurales del derecho, lo que a su vez le permitió construir una teoría jurídica-formal, que puede coexistir con una metafísica y con una doctrina de los valores jurídicos — según tendremos oportunidad de mostrar posteriormente (ver p. 400).

<sup>7</sup> ERICH KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* (1921). — LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart* (2<sup>a</sup> edición, 1933), pp. 39-50. — COINC, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1950), pp. 285-287.

<sup>8</sup> *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1941), vol. xxi, p. 539.

<sup>9</sup> KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945).

§ 6. *La teoría fenomenológica del derecho*  
*(Kaufmann, Schreier, Reinach)*

Bibliografía: LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart* (1933).

Dos de los discípulos de Kelsen, Felix Kaufmann (nacido en 1895)<sup>10</sup> y Fritz Schreier (nacido en 1897),<sup>11</sup> desembocaron también en una doctrina formal del derecho. Sus ideas, en sus aspectos esenciales, pueden incluirse dentro de la teoría de la norma jurídica de su maestro, pero el método que emplean para la adquisición de sus conocimientos procede del método fenomenológico de la intuición de las esencias del gran filósofo Edmund Husserl (1859-1938).

Apartándose de los dos pensadores mencionados, Adolf Reinach pretende conocer la esencia estructural de diversas figuras jurídicas, tales como la promesa, la propiedad, la prenda, etcétera, con ayuda del método intuitivo de las esencias.<sup>12</sup> Pero como estas esencias estructurales no son obtenidas ni del derecho natural, ni del derecho positivo, resultan tipos ideales, de los que puede hacer abstracción el derecho positivo — según declaración del propio Reinach.

<sup>10</sup> KAUFMANN, *Logik und Rechtswissenschaft* (1922); y *Die Kriterien des Rechts* (1924).

<sup>11</sup> SCHREIER, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts* (1924).

<sup>12</sup> REINACH, *Zur Philosophie des Rechts, die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* (1<sup>a</sup> edición, 1913; 2<sup>a</sup> edición, 1953).