

CORTIÑAS-PELÁEZ, León (dirección, *Introducción General* y anotaciones), *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, "Préface" de Marcel WALINE, 1969, cinco tomos, ca. 5,500 pp. Distribuidor de la ed. facsimilar de 1989, Montevideo: Librería Ama!jo M. Fernández, 25 de

177

La superación del formalismo kelseniano: de la penuria científica de un puro tecnicismo residual

Gracias a la disciplina científica e inquietud del maestro León Cortiñas-Peláez, se plasma en cinco gruesos volúmenes esta extraordinaria obra que rinde merecido homenaje a la memoria de uno de los mayores juristas universales del siglo XX: Enrique Sayagués-Laso. Logra el maestro Cortiñas, en su peregrinaje intelectual por Francia, Alemania, España y los diversos países de América Latina, reunir en este homenaje a ciento setenta y ocho autores del mundo entero, para presentarnos las perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Este trabajo colectivo escrito en varios idiomas (español, francés, alemán, italiano, inglés, portugués), algunos traducidos por el propio Cortiñas, constituye sin duda un trascendental esfuerzo destinado a actualizar y renovar al Derecho Público con una finalidad claramente delineada: ponerlo al servicio del Hombre, como sujeto de las grandes transformaciones que han de operarse en la sociedad actual. Servirle en él esfuerzo de desalienación material y espiritual. De la primera a la última página, en el recorrido de los cinco tomos, se siente un aliento planetario, *teihardiano*. La *Introducción General*, a cargo del maestro Cortiñas, desde 1970 y en mérito a esta obra titular del doctorado *honoris causa* por nuestra Universidad de Carabobo, es una bien lograda síntesis de las diversas perspectivas del derecho público, sobre todo en lo que atañe a la América Latina.

Este trabajo excelente presenta las perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, en sus diversas ramas: I) Universitaria y pedagógica; II) Filosófica, de las familias jurídicas y socio

económica; III) De la ciencia política; IV) Del derecho público internacional; V) Del derecho comunitario; VI) Del derecho constitucional; VII) Del derecho laboral y de la seguridad social; VIII) Del derecho financiero; IX) De las ciencias administrativas; X) Del derecho administrativo (general); XI) Del derecho administrativo (económico); XII) Del procedimiento y proceso administrativos.

Ahora bien, a los efectos de este comentario, nos interesa señalar tres ideas de capital importancia que, en cierta manera, son el nervio de la obra: el estudio del Derecho Público, como un Derecho Político; la superación del positivismo jurídico o, más propiamente, del formalismo kelseniano que, como metodología del Derecho Público, ha ocasionado una penuria teórica y un desorden en la práctica normativa, que apenas comienzan a superarse; y por último, la sustitución del "estado de derecho" como expresión del pensamiento liberal-burgués por el "estado democrático y social de derecho", definitivamente socializante y que unido a una audaz praxis política sea capaz de vencer el sub- desarrollo latinoamericano.

Estas ideas, a las cuales quiero referirme muy brevemente, están entrelazadas lógicamente y filosóficamente las unas a las otras. Giran todas alrededor del pensamiento del publicista vienés Hans Kelsen. En esta segunda mitad del siglo XX, este pensamiento del primer tercio del siglo XX (traído a nuestra América por los exiliados españoles otrora deslumbrados por la "última moda" de los años treinta), es en puntos concretos duramente criticado por los creadores más lúcidos de derecho público, tanto en la propia Alemania como en el resto del mundo. Esto no quiere decir que antes no lo fue, pues basta recordar las tremendas requisitorias democráticas de Rudolf Smend y, muy especialmente, de Hermann Heller, bajo otras circunstancias históricas y políticas. Pero, en nuestros días, la oposición al tra-

tadista austríaco es casi unánime, excepto algunos curiosos "nichos" de Hispanoamérica y, obviamente, de su natal y formalista Austria; y así se manifiesta en las páginas de este *Homenaje a Sayagués*.

Veamos cuál es la idea central de Kelsen: "La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular". Para Kelsen, el objeto exclusivo de la ciencia del derecho es la pura norma. Por lo que cualquier consideración que la rebasa -sea política, filosófica, económica, sociológica, teológica, etc.-, es catalogada como metajurídica, es decir, no valorable en un análisis del mismo. Esto trae como consecuencia un empobrecimiento del derecho que al desconectarlo de sus condicionantes históricas, políticas y sociológicas, deviene de una ciencia del derecho en una pura técnica normativa. Este formalismo kelseniano debe ser sustituido por un realismo jurídico, que comprenda que la ciencia del derecho no se agota en la simple norma sino que se nutre de factores extrapositivos. Sólo así podrá la ciencia del derecho emerger enriquecida del agotamiento a que la condujo la teoría pura. De esta manera, podemos decir que el derecho público es, por imperativo científico -producto de la realidad que lo nutre- un derecho político.

La posición de Kelsen conduce a una metodología trunca del derecho público. Es cierto que no se debe menospreciar el método encaminado a explicar la estructura del derecho con su supuesto de hecho y su consecuencia jurídica, enlazada por una relación de imputación. Pero ello es insuficiente y sólo dice parte de lo que es el derecho, y no precisamente lo fundamental, pues como bien apunta, en el primer tomo de estas *Perspectivas*, el maestro y decano José Rodríguez-Urraca, "El derecho, como instrumento regulador de la conducta humana y como producto de la cultura, está condicionado por la vida social".

Entenderlo como contenido dentro de la pura norma es deshumanizarlo, amputarlo en toda su riqueza extranormativa. La mera construcción lógica deforma la realidad jurídica, si a ella no se integran y normativizan los valores que brotan de la vida social, como enseña la obra toda del maestro español Eduardo García de Enterría.

Estas perspectivas que comentamos se orientan hacia la superación de la simple democracia política- liberal, que responde a la expresión "estado de derecho", por la democracia social y económica que une a la libertad política el anhelo de justicia social y de transformación de las estructuras que mantienen el *desorden establecido* (Emmanuel Mounier). Para América Latina, el estado de derecho es una expresión hueca, que ha servido para convalidar las peores arbitrariedades, como bien enseña el profesor Cortiñas: desde 1970, primeramente como titular de *Derecho público de América Latina* en los cursos caraqueños del doctorado en derecho de la Universidad Central de Venezuela (UCV); y, desde los ochenta, como catedrático por oposición de derecho constitucional y administrativo en universidades públicas mexicanas (la UNAM desde 1974 y la UAM desde 1988).

Nuevamente accesible, gracias a la presente reimpresión, esta obra reviste para los estudiosos del Derecho Público una gran importancia. Debe ser analizada y comentada por los profesores y alumnos de nuestras facultades y escuelas de derecho.

Domingo Alfonso BACALAO Profesor titular de Derecho
Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de
Carabobo (Valencia, Venezuela).