

HANS KELSEN. VIDA Y OBRA*

Kurt G. BAYER**

SUMARIO: A. *Vida*. 1. *Introducción*. 2. *Estudios en Viena*. 3. *Estudios en Heidelberg*. 4. *Docencia en la Exportakademie y profesor ayudante en la Universidad de Viena*. 5. *La Guerra Mundial de 1914-1918*. 6. *La escuela vienesa de Kelsen*. 7. *El surgimiento de la Constitución de 1920*. 8. *Catedrático en la Universidad de Viena. Juez del Tribunal Constitucional 1920-1930*. 9. *Universidad de Colonia 1930-1933*. 10. *Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales y Deutsche Karlsuniversit*. 11. *Harvard Law School y Universidad de California, Berkeley*. 12. *Fin de su actividad docente en Berkeley*. 13. *Viajes de conferencias*. 14. *Conclusión*. B. *Obra*. 1. *Introducción*. 2. *Objeciones contra las teorías de Kelsen*. 3. *La norma fundamental*. 4. *Teoría pura del derecho y realidad social*. 5. *La función crítico-ideológica de la Teoría pura del derecho*. 6. *La Teoría pura del derecho y la teoría de la democracia*. 7. *Síntesis*.

A. VIDA

1. *Introducción*

Desde el comienzo de nuestro milenio, ningún jurista ha conseguido un puesto tan significativo por su contribución a la ciencia del derecho como Hans Kelsen, tanto por su modernización como por su nueva formación conceptual. Analizando la raíz de su personalidad, se puede afirmar que Kelsen, sin duda, representa el resultado del desarrollo que tuvo lugar en Europa central; Kelsen es un producto humano típico de la variedad espiritual y artística del siglo XIX vienes, donde, sobre la base y la concentración espiritual de varios pueblos

* Este artículo es una adaptación de la conferencia dictada por el autor en el Seminario Internacional sobre la obra de Kelsen, organizado por el Institut Stiftung de Viena, la Fiscalía General de la República de Cuba, y la Unión Nacional de Juristas de Cuba, celebrado en la ciudad de La Habana, Cuba. El tiempo transcurrido para la publicación de este artículo no es imputable al autor.

** Profesor miembro del Instituto Hans Kelsen de Viena.

mezclados, surgieron rendimientos extraordinarios y aparecieron personalidades innovadoras.

La vida y las aportaciones de Hans Kelsen muestran que, como hombre y como científico, no sólo incorporó la herencia del mencionado círculo cultural por el que estuvo influido durante toda su vida, sino que fue más allá en las tareas que se planteó, siendo capaz de abrir nuevos caminos en el terreno científico y de participar, de forma decisiva, en la configuración de un nuevo patrimonio de ideas jurídicas.

2. Estudios en Viena

Nacido en Praga en el año 1881, su juventud estuvo muy influida por la atmósfera humanística y estética de la capital del Imperio, Viena. Tras cursar el bachillerato, se matriculó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, a pesar de que su interés predominante era la filosofía; de igual manera que en otros muchos estudiantes, fueron razones de índole material las que le decidieron a favor de la ciencia jurídica. Pronto se produciría en Kelsen un cambio; su interés se encontraba atrapado totalmente por las asignaturas explicadas por los científicos más destacados dentro y fuera de Austria como, por ejemplo: Filosofía del Derecho y Teoría del Estado, dictadas magistralmente por el profesor Leo Srisower y por el profesor Eduard Bernatzik.

De esta época procede el primer trabajo científico de Kelsen: *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (La teoría del Estado de Dante Alighieri),¹ en el que ya se manifiestan los síntomas característicos de sus trabajos científicos: la definición precisa y el pensamiento concluyente. Si se contempla la bibliografía alemana sobre Dante Alighieri (1265-1321) se puede observar el predominio de trabajos históricos y filológicos centrados alrededor de la obra del poeta. Pero, también, la historia de la filosofía señala un especial lugar para Dante en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna. La autoridad del genio florentino y su interpretación, entre otros temas, del conflicto entre el Emperador y el Papa, que aún en la época de Kelsen tenía resonancia, pareció al joven jurista más que atractivo para la investigación y exposición. Tanto más, cuanto que, hasta entonces, no había sido sistemáticamente expuesta ni

¹ Viena, Franz Deuticke Verlag, 1905. (*Wiener Staatswissenschaftlichen Studien*) Existe versión italiana de Wilfrido Sangiorgi y Gunhild Mayer vom Bruck: *La teoria dello stato in Dante*, Bolonia, Massimiliano Boni Editore, 1974 (Saggi, 14). NE (Nota del Editor).

profundamente investigada la doctrina general del Estado desde la perspectiva jurídica, para poder entender, con profundidad la posición política de Dante.

Con este trabajo Kelsen perseguía un doble objetivo: aclarar la conexión entre la concepción del mundo y de la vida de Dante y fijar la posición de éste en la historia de la teoría medieval del Estado. La obra del poeta *De Monarchia*, dedicada preferentemente a los problemas teóricos del Estado, superó ostensiblemente los escritos similares de su época, constituyendo la expresión máxima de la teoría del Estado de la Edad Media y —como Kelsen muestra en su trabajo— también de su superación.

Inmediatamente después de aprobar el primer examen de Estado (o de licenciatura), Kelsen dio inicio a otro trabajo, en el cual se propone someter a una investigación crítica los problemas más importantes de la Teoría del Estado. Era el interés filosófico lo que ataba a Kelsen a las cuestiones jurídicas; y, así eran los conceptos fundamentales de la teoría del derecho, como el de persona jurídica, derecho subjetivo y, sobre todo, el de norma, los que interesaban a Kelsen sobremanera. En la exposición tradicional de estas cuestiones se enfrentó con la falta de rigor y fundamentación sistemática, así como con el caos en el planteamiento de los problemas. Kelsen se escandalizó ante la confusión existente entre lo que es el derecho positivo y lo que debería ser, desde el punto de vista valorativo, así como del olvido de la diferencia entre el problema de cómo deberían comportarse los sujetos respecto al derecho positivo y cómo se comportan en realidad. La separación nítida de la ciencia jurídica respecto, por un lado, de la ética y, por el otro, de la sociología, le pareció una tarea urgente. Ya en esa época se moldean en Kelsen las ideas fundamentales y aparece la expresión ‘teoría pura del derecho’ para la disciplina científica construida a través de esas ideas.

En 1906 alcanza Kelsen el grado de doctor en Derecho y madura en él la decisión de hacer carrera universitaria y conseguir una plaza de *Privatdozent* con su mentor, el profesor Bernatzik. Bernatzik había publicado en 1905 el primer trabajo de Kelsen sobre Dante Alighieri en los *Wiener Staatswissenschaftlichen Studien* (Estudios vieneses de ciencias del Estado), de los que aquél y Philippovich eran editores y que, en general, encontraban una gran aceptación. La decisión de Kelsen y las metas que se proponía para sus actividades posteriores deben ser consideradas a la luz de las dificultades de aquel momento, las cuales, con toda seguridad, no le facilitaron tomar esa decisión.

Por un lado, estaba la difícil situación económica de su familia, la cual había pensado que Kelsen estudiara la carrera para ejercer la abo-

gacia y contar con ingresos asegurados. Además, el hecho de ser hijo de padres judíos hacía que tuviese que contar con ciertas reservas mentales de parte de sus superiores, reservas que, como más tarde quedaría patente, no fueron disipadas por el hecho de haber sido bautizado.

Desde entonces, su decisión de dedicar su vida a la ciencia, la mantuvo Kelsen de manera ejemplar, a pesar de todos los obstáculos. El hecho de verse impelido a abandonar el espacio centroeuropeo, encrucijada donde cohabitaban diversos pueblos, como consecuencia del flagelo del nacionalsocialismo alemán, proporcionó a su actividad y a su doctrina, particularmente en los últimos años, una forma universal que penetró en otros centros científicos y le convirtieron en un ciudadano del nuevo mundo.

3. *Estudios en Heidelberg*

Kelsen sabía que su pretendida docencia en la Universidad de Viena tardaría en llegar, por eso, solicitó una beca para cursar tres semestres en Heidelberg, donde profesaba Georg Jellinek (1851-1911), la mayor autoridad, por aquel entonces, en el campo de la teoría del Estado. En 1908 Kelsen obtuvo la beca. La participación en las clases de Georg Jellinek no produjeron la esperada relación; tampoco pudo entrar en contacto con Max Weber (1864-1920) que, por entonces, enseñaba en Heidelberg. De esta manera, durante su estancia en aquella ciudad, Kelsen se dedicó a trabajar con toda intensidad en su trabajo: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado).

4. *Docencia en la Exportakademie y profesor ayudante en la Universidad de Viena*

De regreso en Viena, Kelsen trabajó como pasante con un abogado, dio clases particulares y, por fin, consiguió en el curso (1909-1910) una plaza docente para enseñar derecho constitucional y teoría de la administración en la *Exportakademie*, en la actualidad *Wirtschaftsuniversität* (Universidad de Economía). La actividad que allí desempeñaba le resultó más bien poco interesante, pero le permitía trabajar en su escrito de habilitación. Una segunda beca y la conclusión de su manuscrito le permitieron publicar, en el año 1911, tras cinco años de dedicación en condiciones extremadamente difíciles, los *Hauptprobleme der Staats-*

*rechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze.*² Gracias a ello, consiguió Kelsen su deseada habilitación en la Facultad de Derecho de Viena y, en el verano de 1911, fue contratado como *Privatdozent* de derecho político (*Staatsrecht*). En otoño de 1911 comenzó sus clases sobre el Tratado entre Austria y Hungría.

El eco de esta publicación fue relativamente escaso ¿Cómo podría ser de otro modo? Kelsen había incursionado en tierra virgen y no había que esperar una aceptación inmediata. Entre las reacciones positivas de sus colegas hay que mencionar la del profesor Frantisek Weyr (1879-1951), de la Universidad de Brunn, quien, a lo largo de su vida, fue seguidor y amigo de Kelsen e hizo que en Checoslovaquia los juristas se familiarizaran con los escritos de Kelsen. Otro comentarista entusiasta fue el profesor Oscar Ewald,³ quien llama la atención de Kelsen sobre los profundos paralelismos existentes entre su tratamiento del problema de la voluntad en el derecho, especialmente de la voluntad del Estado, y la “ética de la voluntad pura” sostenida por Hermann Cohen (1842-1918). Kelsen se puso en contacto con Cohen, que enseñaba en la Universidad de Marburgo y pertenecía al círculo neokantiano de la misma ciudad y cuya filosofía en muchas ocasiones aplicaría Kelsen a su concepción filosófica.

En 1912 Kelsen contrae matrimonio con una vienesa, del que nacieron dos hijas: Anna y María.

Como Austria carecía de un órgano de publicación de trabajos sobre derecho público, Kelsen concibió la idea de fundar una revista. Esto sucedía en el año 1914, cuando estalló la Primera Guerra Mundial. Kelsen fundó, no obstante, la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (Revista austriaca de derecho público), donde figuraban como editores los profesores Bernatzik, Menzel, Lammasch y Hussarek. La revista se publicó hasta el año 1918; a partir de 1920 fue continuada por Rudolf Allardar Métall con el nombre de *Zeitschrift für öffentliches Recht* (Revista de derecho público) publicadas, primero, en *Franz Deuticke Verlag* y, posteriormente, en *Springer Verlag*, ambas, importantes casas editoriales en Viena. El trabajo de redacción, que primero reali-

² Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1911, Se hizo una reproducción fotomecánica (Tubinga, J.C.B. Mohr, 1923). Existe una reimpresión de la edición de 1923 por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1960. Existe versión española de Wenceslao Roces, con Introducción de Ulises Schmill: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM/Editorial Porrúa, 1987 (Serie G: Estudios Doctrinales, núm. 103). NE.

³ Vid.: *Die deutsche Philosophie im Jahre 1911*, en *Kant-Studien*, 17. Band, 1912, p. 397. NE.

zara Kelsen, fue continuado en la posguerra por el profesor Alfred Verdross (1890-19??). El nombre de Kelsen fue introducido a partir de 1945 entre los de los coeditores.

5. *La Guerra Mundial de 1914-1918*

En agosto de 1914 Kelsen fue llamado a filas como oficial de reserva, destinado a Linz y, tras una grave infección pulmonar, fue declarado apto tan sólo para misiones limitadas. Como consecuencia, fue requerido como juez en Viena y, de allí, llamado al Presidium del Ministerio de Guerra. Durante esta época le fue posible impartir algunas clases en la Universidad de Viena.

El Ministro de Guerra encargó a Kelsen trabajos preparatorios para una futura reforma de la constitución austriaca, en la medida en que ésta habría de afectar al ejército; estas reformas se introducirían tras el final de la guerra. Igualmente, el Ministro de Guerra encargó a Kelsen la elaboración de los proyectos de ley respectivos y sus exposiciones de motivos.

Pocos como Kelsen pudieron presenciar desde el Mando Central, junto al Ministro de Guerra, junto al Emperador y junto a otros políticos importantes, los últimos días del Imperio de los Habsburgo y el comienzo de la República. La desintegración de la Monarquía había comenzado con medidas tales como el Tratado con Hungría en 1868. La casa gobernante no supo oponer ningún remedio a fin de canalizar las tensiones surgidas entre 1792 y 1848 para las diferentes nacionalidades que buscaban, reiteradamente, formar una federación independiente de Estados, ahora decididos a impedir la monarquía. El emperador Carlos abdicó y Kelsen se reintegró a su trabajo en la Universidad.

En 1915 obtiene el título de profesor extraordinario y en 1918, es nombrado profesor extraordinario para impartir “derecho público con consideración especial al derecho militar” en la Universidad de Viena.

6. *La escuela vienesa de Kelsen*

Gracias a que Kelsen permaneció en Viena durante los años de la Guerra, no solamente pudo mantener contacto con sus colegas de la Universidad sino, también, con sus alumnos, pudiendo, así, lentamente, formar un círculo de “discípulos”. Ambos contactos se extendieron fuera de Austria: en Checoslovaquia, con Frantisek Weyr; en Alemania, con

Julius Kraf; en Dinamarca, con Alf Ross y otros; en Holanda, con M. M. Van Praag y otros; en Japón, con Tomoo Otaka y otros; en Polonia, con Wiktor Sukienicki y otros y, en España, con Luis Legaz Lacambra y otros.

Respecto al método de trabajo de Kelsen, hay que reseñar que es una característica de sus publicaciones y conferencias, una escrupulosidad y un rigor científico poco comunes. La redacción de sus trabajos y libros era precedida por montones de esquemas, el manuscrito era revisado muchas veces, ya mecanografiado era completado y mejorado y, a veces, Kelsen corregía el texto en pruebas de galera.

Kelsen buscaba, ante todo, la precisión en sus expresiones y, en ellas, revelaba, también, su carácter de estudioso formado estéticamente más allá de la mera especialidad científica y que podía hacer uso de una ironía mordaz. Siempre redactaba de nuevo las ponencias sobre los temas que había expuesto repetidamente, tratando de adaptarlas al auditorio.

Los numerosos viajes académicos que Kelsen hizo a todas las grandes ciudades europeas, a Estados Unidos y, también, a hispanoamérica los hizo con la idea de ganar adeptos para su teoría, siempre a instancia de sus amigos y partidarios, quienes deseaban plantearle cuestiones sobre sus libros y conocer personalmente al fundador de la Teoría pura del derecho.

La tolerancia que Kelsen manifestaba con las opiniones discrepantes, siempre que éstas mostraran un fundamento científico serio, se desprende ya de la diversidad de las concepciones y opiniones políticas de algunos de sus antiguos discípulos, contrarias con las suyas propias, y con los que permaneció unido a pesar de todas las divergencias filosóficas, religiosas o políticas.

Siendo ya mundialmente reconocido, numerosos estudiantes, docentes e investigadores iban a conocerle a Viena, Ginebra, Harvard o Berkeley; Kelsen les dedicaba mucho tiempo, leyendo los trabajos de los principiantes, dándoles consejos y ánimos. De esta manera, Kelsen se convirtió en “escuela” y la Teoría pura del derecho no fue, jamás, un estrecho círculo privado.

De acuerdo con los usos de Viena, Kelsen también era asiduo de los cafés, tuvo su tertulia donde se reunía con intelectuales, políticos y artistas. Como liberal y demócrata y, aunque sin pertenecer a ningún partido, Kelsen se relacionó con militantes socialdemócratas, como Karl Renner, Otto Bauer, Max Adler y, también, con conservadores como Josef Schumpeter, Ludwig von Mises, Ottmar Spann, Rudolf Sieghart, Richard N. Coudenhove Calergi, Emanuel von Grab y otras muchas personalidades relevantes de Viena. Kelsen no militó en ningún

partido, pero, en general, estaba de acuerdo con el programa de la socialdemocracia austriaca y mantenía la opinión de que un profesor o investigador del campo de las ciencias sociales no debía vincularse a ningún partido, porque la pertenencia a un partido mediatiza o limita su independencia científica.

7. El surgimiento de la Constitución de 1920

Las conexiones personales de Kelsen con los círculos intelectuales socialdemócratas pudieron haber sido el motivo que produjo que, a fines de octubre de 1918, habiendo Kelsen dejado el ejército, completamente reincorporado a su actividad académica, fuera llamado por el doctor Karl Renner, Canciller del gobierno provisional austriaco-alemán para colaborar en la preparación de la Constitución definitiva de la República. Por entonces, el Presidente, doctor Renner, estaba completamente dedicado a la negociación de la paz en Saint Germain y a la solución de los difíciles problemas económicos, pudiendo sólo ocuparse por encima de las cuestiones sobre la Constitución. Por ello, se limitó a dar a Kelsen las directrices políticas más importantes. Así, solamente le impuso a Kelsen dos principios políticos básicos: la democracia parlamentaria y la descentralización del poder, correlativa a la división de Austria en Länder autónomos, pero sin limitar excesivamente las competencias del gobierno central. Por lo demás, debía servir como modelo, dentro de lo posible, la Constitución de Weimar, que estaba, asimismo, en fase de preparación en Alemania. Kelsen redactó, por lo menos, seis proyectos y su tendencia personal fue codificar de forma técnicamente impecable, los principios políticos que le habían señalado, estableciendo garantías eficaces para el control constitucional de las funciones del Estado.

Kelsen consideró el capítulo sobre las garantías de la Constitución y de la administración como la esencia de la Constitución, por lo cual tuvo que referirse al Tribunal Supremo y al Tribunal Administrativo. Este capítulo se incorporó, con pequeños cambios, a la nueva constitución federal, y el Tribunal Supremo fue transformado, por Kelsen en un auténtico Tribunal Constitucional, el primero de este tipo en la historia del derecho constitucional.

Kelsen redactó muchos proyectos para poder tener en cuenta las diversas posibilidades políticas. En lo concerniente a los derechos generales de los ciudadanos, los partidos políticos acordaron la recepción, sin modificaciones, de la ley fundamental del Estado, de 1867, que ya había regulado estas cuestiones durante la Monarquía.

La nueva Constitución fue aceptada, a propuesta de la comisión preparatoria a la que Kelsen pertenecía, el 1º de octubre de 1920, como la Constitución de Austria.

El apartado en el que Kelsen se esforzó más y al que consideró, con orgullo, como su obra personal, era el concerniente al Tribunal Constitucional. Este apartado no experimentó ningún cambio en las negociaciones parlamentarias. En la realización del principio del Estado de derecho, esto es, del principio de la constitucionalidad de la legislación y de legalidad de los actos ejecutivos, veía Kelsen la garantía más eficaz de la Constitución y el signo distintivo de la constitución austriaca. Que esta Constitución ha gozado de eficacia lo demuestra inequívocamente el hecho de que tras la superación del intermezzo corporativo de dependencia de 1934 y tras la liberación de Austria del dominio nacionalsocialista alemán, en 1945, sería de nuevo reimplantada como fundamento jurídico de la Austria libre y democrática.

8. *Catedrático en la Universidad de Viena. Juez del Tribunal Constitucional 1920-1930*

A pesar de su actividad como experto en la Cancillería del Estado, Kelsen no interrumpió sus clases en la Universidad y, tras la repentina muerte, en 1919, de su maestro Eduard Bernatzik, fue nombrado catedrático de derecho político y administrativo de la Universidad de Viena. Así comenzó una continuada y fructífera actividad que duraría diez años y que extendería por todo el mundo, no sólo la fama de Kelsen sino, también, la de la Facultad de Derecho de Viena. La investigación que había comenzado en tiempos de la Primera Guerra Mundial sobre el problema de la soberanía, vería la luz en 1920.

Trabajos posteriores llevaron a Kelsen a la convicción de que el derecho sólo puede entenderse como derecho positivo y, además, a la comprensión de la necesaria unidad sistemática de todas las normas del derecho positivo.

En su libro: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*⁴ (El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional. Contribución para una teoría pura del derecho), en cuyo subtítulo, como puede apreciarse, aparecen,

⁴ Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), se hizo una reproducción fotomecánica por la misma editorial en 1928. Existe reproducción de la edición de 1928 por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1960. NE.

por primera vez, las palabras ‘teoría pura del derecho’, Kelsen utiliza, también por primera vez, la teoría que su discípulo y amigo, Adolf Merkl (1836-1896), había desarrollado sobre la construcción escalonada del ordenamiento jurídico.

Junto a estos trabajos de teoría jurídica, Kelsen dedicó su atención, también, a los problemas fundamentales de la democracia; trabajos que vieron la luz en 1920 (ampliados en 1929) con el título: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*⁵ con el estudio: *Politische Weltanschauung und Erziehung* (Concepción política del mundo y educación). En la ideología democrática encuentra Kelsen una inequívoca tendencia a un punto de vista, fundamentalmente empírico y relativista; mientras que la tendencia a las formas autocráticas se corresponde con una visión del mundo absolutista y metafísico.

En 1923 Kelsen escribió *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*,⁶ Además, hay que añadir algunos estudios sobre la relación entre Estado y derecho a la luz de la crítica del conocimiento.

Kelsen se ocupa también del psicoanálisis, cuya influencia se refleja en su obra. Kelsen conocía a Sigmund Freud (1856-1939) y a sus colaboradores y, participaría en la revista *Imago* con un artículo bajo el título *Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie*⁷ donde aparece una consideración especial sobre la teoría de las masas de Freud. Asi-

⁵ en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 47. Band, 1920-1921, pp. 50-85. Reimpresión en Tubinga por J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920. La segunda edición ampliada aparece en Tubinga, por la misma editorial en 1929. Existe versión española de la segunda edición en alemán, por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra: *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Editorial Labor, S.A., 1934 (Reimpresión en México: Editora Nacional, 1974). NE.

⁶ La primera edición de este trabajo apareció en el “Grünberg-Archiv”, i.e. *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung*, Ed. por C. Grünberg, Jg. vol. IX, pp. 1-129, Leipzig; simultáneamente, la casa editora del Archiv, Hirschfeld, lo publicó en forma de libro. La segunda edición, ampliada sustancialmente, fue publicada por la misma editorial en 1923. La tercera edición, bajo el cuidado de Norbert Leser, fue publicada por Winner Volksbuchhandlung en 1965. Existe versión española de la segunda edición de Alfonso García Ruiz, *Socialismo y Estado*, México, Siglo XXI Editores, 1982 (Biblioteca del Pensamiento Socialista) NE.

⁷ Con el subtítulo: *Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse* (en *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften*, vol. 8, 1922, pp. 97-141). Existe versión española de Ariel Peralta y de José Malvyn Roy Blakey hecha a partir de la versión inglesa: *The Conception of the State and Social Psychology: With Special Reference to Freud's Group Theory* aparecida en *The International Journal of Psycho-Analysis*, vol. núm. 5, enero 1924, pp. 1-38: “La concepción del Estado y la psicología social. Con referencia especial a la teoría del grupo de Freud”, en Rolando Tamayo y Salmorán (Ed.), *Estudios en Memoria de Hans Kelsen*, México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año VII, vol. 19, enero abril 1974, pp. 233-267. NE.

mismo, la investigación de Kelsen *Gott und Staat*⁸ (“Dios y el Estado”), revela una clara influencia psicoanalítica. Kelsen sostiene, por un lado, la existencia de una analogía amplia entre el concepto de Estado y el concepto de Dios y entre los problemas de las teorías del Estado y del derecho y los de la teología, por el otro.

La fuerte oposición que había encontrado su teoría de la identidad de Estado y derecho positivo, le indujo a investigar la cuestión de si el Estado, tal como siempre se había afirmado, podría ser considerado como un fenómeno independiente de todo derecho. El análisis crítico de los diversos intentos en este sentido le demostró, sin excepciones, la necesidad de presuponer el derecho. La cuestión decisiva respecto a la esencia del Estado es para Kelsen la siguiente: ¿qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de individuos que integran la comunidad? Respecto a esta cuestión Kelsen encontró que todos los intentos por fundamentar dicha unidad metajurídicamente tenían que fracasar. La tesis de que el Estado, atendiendo a su esencia, es un orden jurídico relativamente centralizado y que, por ello, el dualismo Estado y derecho es una ficción que se apoya en una hipostatización animista de la personificación, se ha convertido en un elemento esencial de la teoría del derecho de Kelsen. El primer reflejo de esta perspectiva se manifiesta en su libro: *Der soziologische und der Juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung der Verhältnisse von Staat und Recht*⁹ (El concepto sociológico y jurídico del Estado. Investigación crítica de las relaciones entre Estado y derecho), publicado en 1922.

En el año 1925 Kelsen fue invitado a colaborar en una importante enciclopedia sobre ciencias jurídicas y políticas, su contribución era exponer, precisamente, la teoría general del Estado.¹⁰ Su concepción del Estado como un orden coactivo de normas encuentra en esta obra la confirmación de que los principios básicos, en que se resumen todos los problemas que hasta entonces habían sido reunidos bajo la denominación de teoría general de Estado; aparecen ahora como problemas de la validez y de la creación de un orden coactivo de normas. Los pro-

⁸ En Logos, *Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, 11 Band, 1922-1923, pp. 261-284. Existe versión española de ... (Crítica...). NE.

⁹ Tübingen, J.C.B: Mohr (Paul Siebieck), La Segunda edición, publicada por la misma editorial, apareció en 1928. Este libro ha sido reeditado por Scientia Verlag, Aalen, Darmstadt, 1981.

¹⁰ Esta investigación se convirtió en su magnífico libro: *Allgemeine Staatslehre, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften*, 23. Band, Berlín, J. Springer, Berlín, 1925. Existe versión española de Luis Legaz y Lacambra: *Teoría General del Estado*, Barcelona, Editorial Labor, S.A. 1934. (Reimpresa en México por Fondo de Cultura Económica, 1948 y, posteriormente, por Editora Nacional, 1959, 1965 y 1974).

blemas tratados en la teoría general de Estado Kelsen los explicaría, también, en diversos artículos, sobre temas concretos.

En 1926 Kelsen funda con sus amigos Frantisek Weyr (Universidad de Brünn) y León Duguit (Universidad de Burdeos) la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, cuya aparición era bilingüe, la cual, lamentablemente, dejó de editarse en 1940 a causa de la guerra.

Junto con las mencionadas actividades docentes de la Universidad de Viena, Kelsen desempeñó la función de Magistrado del Tribunal Constitucional. En sus trabajos preparatorios de la Constitución austriaca Kelsen introdujo la institución del Tribunal Constitucional, pieza medular de su propuesta. La Constitución preveía que la mitad de sus 12 miembros serían elegidos de forma vitalicia por el Consejo Nacional, mientras que la otra mitad debían ser elegidos por la Cámara Alta del Consejo Federal. Era natural que Kelsen, como creador del Tribunal Constitucional, fuera elegido por todos los partidos del Consejo Nacional como “miembro vitalicio” del alto tribunal.

9. *Universidad de Colonia 1930-1933*

A finales del año 1930 las circunstancias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, cambiaron tan negativamente para Kelsen —hubo incluso ataques verbales contra él—. Kelsen decidió, entonces, aceptar una invitación de la Universidad de Colonia. Así, tras diez años de intensa actividad en la Universidad de Viena, Kelsen tiene que buscar mejores condiciones de trabajo en el extranjero.

En Colonia, donde Konrad Adenauer formaba parte del Consejo Académico de la Universidad, fue bien recibido, llegando a ser elegido decano de la Facultad de Derecho en el curso académico 1932-1933. Sus lecciones versaban sobre derecho internacional y sobre la filosofía social de Platón; también, por entonces, fue profesor invitado en Ginebra, en el *Institut Universitaire des Hautes Études Internationales*, en donde, tras ser expulsado de Alemania en 1933, habría de encontrar un refugio.

Entre su producción científica en los dos años y medio de estancia en Colonia, destacan varios artículos: *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*¹¹ (¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?), así como *Unrecht und Unrechtsfolge in Volkernecht Allgemeine Rechtslehre in Richte del*

¹¹ *En Die Justiz*, 6. Band, Heft 11-12, 1930-1931, pp. 576-628. (Impreso en forma de libro por W. Rodthschild, Berlín, 1931). NE.

Moaterialistischen Geshichtsartfosung The platonische Gerichtigkeit (“Acto ilícito y consecuencia del acto ilícito en el derecho internacional”, “La teoría general del derecho a la luz de la concepción materialista de la historia” y “La justicia platónica”) entre otros.

10. *Institut Universitaire des Hautes Études Internationales*
Deutsche Karlsuniversität

Cuando a finales de enero de 1933, el nacionalsocialismo se hace del poder en Alemania, aunque la Facultad de Derecho en Colonia apoyaba a Kelsen, no había que pensar en prolongar su estancia allí.

Kelsen, a través de su conexión con antiguos discípulos, recibió invitaciones de Inglaterra y Estados Unidos, pero prefirió esperar en Europa el posterior desarrollo de los acontecimientos. Entonces acudió a Ginebra al *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales* y conjuntamente impartió conferencias en Dinamarca. En 1934 apareció en Viena la primera edición de la *Reine Rechtslehre*,¹² que, rápidamente, fue traducida al italiano, japonés, coreano y español.

El año 1933 proporcionó a Kelsen el primer reconocimiento extranjero. La Universidad de Utrecht le otorgó el título de *doctor honoris causa*. Otros doctorados honoríficos se sucederían a lo largo de los años.¹³

Durante este periodo Kelsen retomó un interesante trabajo que había comenzado en Viena, antes de irse a Colonia. Kelsen se propuso elaborar una teoría sistemática del positivismo jurídico, conectada, sin embargo, con una crítica a la teoría del derecho natural. Kelsen comenzó su investigación con los griegos y los romanos, recogió, además, el gran influjo de la religión en la filosofía social e intentó demostrar el significado de la idea de justicia en todos los niveles del desarrollo religioso

¹² La primera edición de la *Reine Rechtslehre* apareció con el subtítulo: *Einleitung in die rechtswissenschaftliche problematik, Leipzig y Viena*, Franz Deuticke Verlag. Reimpresa por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, en 1985 con un prólogo de Stanley L. Paulson. Existe versión española de Jorge G. Tijerina: *La teoría pura del derecho*. Introducción a la problemática científica del derecho, con Introducción de Carlos Cossio, Editorial Lozada, S.A., 1941, (reimpresa por la misma editorial en 1946 y, posteriormente en México por Editora Nacional 1981). Esta traducción fue precedida por la publicación de un trabajo inédito en alemán traducido por Luis Legaz y Lacambra: *La teoría pura del derecho. Método y conceptos fundamentales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933 (reimpreso en México por Colofón, S.A., 1989). NE. (En lo sucesivo se cita: *Reine Rechtslehre*).

¹³ La Universidad Nacional Autónoma de México otorgó a Hans Kelsen el Doctorado *honoris causa*, en 1960. NE.

y la eminente función social de las creencias animistas. Así, la historia de la teoría del derecho natural se convirtió en una sociología de las creencias animistas. Tanto en Viena como en Colonia, Kelsen había reunido un voluminoso material; Kelsen continuó en Ginebra estos trabajos. El resultado de estos doce años de investigación se publicó en 1946.¹⁴

Mientras Kelsen trabajaba en Colonia, recibió una invitación del profesor de Economía Política Franz Xaver Weiss de la Universidad alemana de Praga; el fin era conseguirle a Kelsen un nombramiento en dicha universidad. Aunque entre los habitantes de habla alemana se percibía el poder ascendente del nacionalsocialismo que, desde 1933 se había impuesto en Alemania. El Estado checoslovaco, formado de diversidad de pueblos, constituía una isla próspera, científica y culturalmente, justo en el corazón de Europa y manteniéndose, relativamente, al margen de los movimientos del este y del sur. Kelsen recibió la invitación de Praga y, sin abandonar su domicilio ni su actividad en Ginebra, cumplió sus obligaciones docentes en la Facultad de Derecho de la Karlsuniversität de Praga, pero teniendo claro que esto no podría ser una situación prolongada.

Durante su actividad docente en Ginebra y en Praga, Kelsen preparó su partida de Europa hacia Estados Unidos, ya que no sólo hubo protestas de los estudiantes en Praga por su designación, sino que, además, sus clases, algunas veces fueron boicoteadas.

En ese tiempo Kelsen se ocupó en buscar soluciones a los fuertes conflictos nacionalistas de Checoslovaquia y presentó, al que, por entonces, era ministro de la presidencia checa y, después, Presidente de la República, doctor Eduard Benes, varias propuestas, las cuales, a la sazón, no tuvieron ninguna acogida. Era demasiado tarde. De la misma manera que fracasaron los medios de decisión adecuados y los caminos de compensación y pacificación en el Imperio, fracasaron, también, en la República checoslovaca. Las potencias occidentales, Inglaterra y Francia, como el gobierno checo, se sumieron en una falsa interpretación del constante y rápido desarrollo en dirección hacia el enfrenamiento bélico. En Alemania, Hitler utilizaba el poder militar, los momentos de sorpresa y los golpes de efecto, para manejar, a su antojo, a los aliados en los que la República checoslovaca se apoyaba.

¹⁴ Probablemente el autor se refiere a *Society and Nature* que, aunque publicado en 1943 (*Vid. infra*: nota siguiente), apareció en Londres por *International Library of Sociology and Social Reconstruction* precisamente, en 1946.

Tuve la oportunidad de hablar con Kelsen sobre la situación en varias ocasiones durante su estancia en Praga; me dio la impresión de que tenía poca esperanza en una solución pacífica de un conflicto cada vez más cercano. En el verano de 1938, cuando tras la ocupación de los Sudetes la situación checa se hizo más crítica, acudió el embajador doctor Krofta en nombre del doctor Benes a Kelsen, para solicitarle que redactara las directrices que, en otro tiempo, habrían de dar lugar a una reforma constitucional, con un marcado sentido federal. Kelsen accedió a esta petición y su *memorandum* debería ser localizado, ahora que los archivos son, de nuevo, accesibles. Sin embargo, era demasiado tarde. Chamberlain había decidido sacrificar a Checoslovaquia para apaciguar a Hitler. Checoslovaquia, abandonada por las potencias occidentales, tenía muy claro que, frente a la superioridad aérea alemana la resistencia sería totalmente estéril. A falta de un equilibrio, desde hacía mucho tiempo, con la población de habla alemana que habitaba en las zonas fronterizas y que eran sensibles a las palabras de Hitler, la seguridad de la frontera parecía descansar en un escaso apoyo de la población: Inglaterra envió a Ruciman como mediador y el Presidente de Checoslovaquia, Hacha, concedió el pasillo Canossa a Hitler. La suerte de Checoslovaquia estaba echada.

11. *Harvard Law School y Universidad de California, Berkeley*

Kelsen concluyó su actividad en Praga el semestre de invierno de 1937-1938 y continuó ejerciendo su actividad docente en Ginebra, hasta 1940. En mayo de 1940 viajó, vía Lisboa, hacia Estados Unidos, de donde había recibido una invitación de *Harvard Law School*, donde ocupó una plaza de *lecturer*, durante tres años. Los años en Harvard fueron muy fecundos, especialmente si se piensa que Kelsen publicaba en un idioma que no le era familiar. Para dar a conocer la Teoría pura del derecho en su nuevo entorno, Kelsen decidió publicar algunos trabajos en inglés.

Tras su estancia en *Harvard Law School*, Kelsen recibió la invitación del *Political Science Department* de la Universidad de California en Berkeley, San Francisco. Allí impartió derecho internacional y, durante el otoño y el primer semestre del curso 1944-1945 expuso “Los orígenes de las instituciones jurídicas”. En 1945 fue nombrado *full professor*.

Durante los años de la guerra las clases no le absorbieron totalmente y tuvo tiempo para escribir; así, en 1943 aparecía su libro: *Society and*

Nature.¹⁵ donde realiza un acercamiento sociológico al problema de la justicia.

Kelsen, durante su estancia en Estados Unidos dedicó especial atención al derecho internacional, publicando un gran número de trabajos, algunos de ellos en forma de libros.¹⁶

En 1946 la Universidad de Viena nombró a Kelsen *doctor honoris causa* y miembro de la Academia Austriaca de Ciencias.

Durante los años siguientes, Kelsen continuó trabajando intensamente sobre el derecho positivo internacional, en particular sobre la Carta de las Naciones Unidas, concluyendo un impresionante libro: *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamentals Problems*¹⁷ y tuvo tal éxito que en 1966 fue reeditado seis veces. En conexión con sus trabajos sobre el derecho de las Naciones Unidas escribió otro libro: *How to make the United Nations a workable organisation* (Cómo hacer de las Naciones Unidas una organización viable). En 1948 fue prolongado su contrato en la Universidad de California, hasta que cumpliera los 70 años.

En julio y agosto de 1949 hizo un viaje a Sudamérica, se detuvo, sobre todo, en Buenos Aires y Río de Janeiro, donde tenía un grupo de amigos y discípulos. Recibió invitaciones para dar conferencias en Israel y, también una oferta para ser consejero del gobierno de Israel. Kelsen la rehusó.

12. *Fin de su actividad docente en Berkeley*

En abril de 1952 Kelsen se jubila, pero este acontecimiento no significaría en absoluto el fin de su actividad. En 1952 concluye sus *Principles*

¹⁵ Chicago, *The University of Chicago Press*, 1943. Existe versión española de Jaime Perriau: *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. NE.

¹⁶ E.gr.: *Law and Peace in International Relations (The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940-1941)*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1942 (reimpreso en 1948); *Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to Punishment of War Criminals* en *California Law Review*, vol. 31, 1943, pp. 530-571; *Compulsory Adjudication of International Disputes*, en *American Journal of International Law*, vol. 37, 1943, pp. 397-406, *Peace Through Law*, en *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, pp. 52-67; *The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization*, en *Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, pp. 207-220; *Limitation on the Function of the United Nations*, en *Yale Law Journal*, vol. 55, 1946, pp. 997-1015; *Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations*, en *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, pp. 1087-1121; etcétera, NE.

¹⁷ Londres, Stevens & Sons, 1950 y Nueva York, Frederick A, Praeger, 1950. (Reimpreso en 1951, 1954, 1964, 1966). NE.

of *International Law*,¹⁸ una exposición sistemática de los lineamientos del derecho internacional. Por invitación del *Institut de Hautes Études Internationales* de Ginebra, donde enseñó tras su salida de Viena, impartió lecciones como profesor invitado durante los cursos 1952-1953. También dio conferencias en La Haya sobre teoría del derecho internacional y, al regresar a Estados Unidos enseñó derecho internacional en el *Naval War College*.

Por sugerencia del profesor Alfred Verdross (1890-1977), Kelsen fue nombrado miembro del Instituto de Derecho Internacional. En 1954 dio conferencias en Escandinavia y también en la Universidad de Chicago. Continuamente siguió dando conferencias en Europa, Estados Unidos, Canadá e Hispanoamérica. Entre tanto Kelsen escribió *The Communist Theory of Law*¹⁹ y *The Political Theory of Bolchevisms*.²⁰

En el año 1959, durante una estadía en Ginebra, Kelsen concluyó el manuscrito de su obra monumental: la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (Teoría pura del derecho), obra en la que Kelsen presenta modificaciones y adiciones esenciales con respecto a la versión de 1934.²¹ La segunda edición apareció de nuevo en Viena.²²

13. Viajes de conferencias

En 1961 Kelsen regresa a Europa y visita Viena; con motivo de su octogésimo aniversario fue objeto de actos honoríficos por parte de todo el mundo, especialmente de las personalidades más importantes de Viena. Tras ello se dedicó a revisar un nuevo manuscrito que, en el último momento, retiró de la imprenta. Se trataba de una polémica contra representantes modernos de teorías metafísicas, en el ámbito de la filosofía

¹⁸ Nueva York, Rinehart & Company, Inc. 1952. (La segunda edición, al cuidado de Robert W. Tucker fue publicada por la misma editorial en 1966. Existe versión española de Hugo Caminos y Ernesto Armida: *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965. NE.

¹⁹ Nueva York, Frederick Praeger, 1955 y Londres, Stevens & Sons, 1955 (Reimpreso en Aalen por Scientia Verlag, 1976). Existe versión española de Alfredo J. Weiss incluido en la obra: *Teoría comunista del derecho y del Estado*, Buenos Aires, Emecé Editores, S.A., 1957. NE.

²⁰ Con el subtítulo: *A Critical Analysis, Berkeley y Los Angeles*, University of California Press, 1948 (Con sucesivas reimpresiones). Existe versión española de Alfredo J. Weiss incluido en la obra: *Teoría comunista del derecho y del Estado*, *op. cit.* NE.

²¹ *Vid. supra*: nota 11.

²² *Zweite, vollst., ndig neu bearbeitete und erweiterte Auflage*, Viena, Franz Deuticke Verlag, 1960. Existe versión española de Roberto J. Vernengo, con presentación de Rolando Tamayo y Salmorán: *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979 (con sucesivas reimpresiones). Primera edición de Editorial Porrúa, S.A. 1991 (con sucesivas reimpresiones). NE.

y de la teoría política, que originalmente debería haberse titulado *Defense of Modern Times* (Defensa del tiempo presente), pero, tras la ampliación del manuscrito, su título fue cambiado por el de *Religion without God* (Religión sin Dios). Kelsen sostenía, que el concepto de religión no tenía sentido sin un concepto de Dios, pero las opiniones divergentes de Aldous Huxley (1894-1963) y Bertrand Russell (1872-1970), según los cuales se puede dar un sentimiento religioso intenso sin la creencia metafísica en un Dios (o varios dioses), lo convencieron de lo contrario. Por esta razón, Kelsen se decidió a no publicar un trabajo al que había dedicado muchos años.

Con motivo de la celebración del sexto centenario de la fundación del *Alma Mater Rudolphina* (Universidad de Viena), Kelsen fue invitado a Viena en su carácter de profesor honorario y doctor honorario.

De regreso a Berkeley, Kelsen dedicaría los últimos años de su vida a la conclusión de una obra impresionante: *Allgemeine Theorie der Normen*,²³ donde se plantea especialmente la cuestión de la aplicación de los principios de la lógica a las normas.

14. Conclusión

El impacto de la obra de Kelsen se hizo manifiesto en Europa, Estados Unidos, Hispanoamérica y también en Japón. Existen traducciones de sus obras en veinticuatro idiomas,²⁴ lo que constituye una difusión universal que no ha disminuido en intensidad con el fallecimiento de Kelsen, el 19 de abril de 1973, a la edad de 91 años. Su obra despierta todavía discusiones en todas partes y su herencia se ubica principalmente en Viena, donde se ha fundado un Instituto que lleva su nombre. Kelsen, como científico y como persona, es uno de los fenómenos más sorprendentes de este siglo. La incorruptibilidad de su juicio, la integridad absoluta y su gran carácter son ejemplos para las generaciones venideras. Kelsen nunca escribió a favor de una mala causa. Su relativismo filosófico estaba en consonancia con su maduro sistema de valores personales y con su profunda actitud democrática. A ello había

²³ Editado por Kurt Ringhofer y Robert Walter, Viena, *Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung*, 1979. No existe versión española aún, pero existe versión italiana de Mirella Torre con un estudio preliminar de Mario Lozano: *Teoria generale delle norme*, Turín, Giulio Einaudi editore, 1985. También existe una excelente versión inglesa de Michael Hartney: *General Theory of Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1991. NE.

²⁴ Véase la bibliografía de los trabajos de Kelsen en Walter, Robert. *Hans Kelsen: Ein Leben im Dienste der Wissenschaft*, Viena, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1982. NE.

que añadir su reconocida humanidad. Kelsen ha hecho famoso, como ningún otro científico, en el mundo el nombre de su patria. En 1973, Austria perdió, sin duda, a uno de sus hombres más ilustres.

B. LA OBRA

1. *Introducción*

La obra de Kelsen comienza en 1905 con *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (La teoría del Estado de Dante Alighieri)²⁵ publicada en los *Wiener Staatswissenschaftlichen Studien*, cuyos editores eran los profesores Edmund Bernatzik y Eugen von Philippovich,²⁶ y acaba con *Allgemeine Theorie der Normen*, obra inconclusa en la que Kelsen trabajó hasta su muerte en 1973.²⁷

Las teorías del derecho y del Estado de Kelsen, así como su teoría sobre la democracia han sido de una actualidad siempre presente. La publicación reiterada de sus obras en veinticuatro lenguas (tras la desaparición de la URSS, se prepara una versión rusa de la Teoría pura del derecho) y los actos celebrados con motivo de su centenario muestran la actualidad de su teoría y el interés que despiertan sus doctrinas y su documentación. Ronald Moore se ha expresado así en su biografía: *Kelsen's insights, retooled and refined, have become indispensable parts of world-wide scientific jurisprudence.* (Las iluminantes ideas de Kelsen, reconstruidas y refinadas, se han convertido en parte indispensable de una explicación científica del derecho en todo el mundo).²⁸

A continuación intentaremos describir, en sus aspectos más esenciales, los principales puntos de la construcción del pensamiento que Kelsen ha desarrollado y que ya han sido mencionadas de forma sucinta. Debido al cúmulo de material sólo podremos realizar una exposición parcialmente satisfactoria.

2. *Objeciones contra las teorías de Kelsen*

A lo largo de los últimos decenios ha habido, como es lógico, reparos y objeciones contra la obra de Kelsen y, también, contra su personalidad.

²⁵ *Vid. supra:* nota 1. NE.

²⁶ *Vid. supra:* NE.

²⁷ *Vid. supra:* nota 19. NE.

²⁸ Falta la referencia bibliográfica. comunicarse Hans Kelsen Institut

Por lo general, a las objeciones de carácter material Kelsen les ha quitado su fuerza y las personales las ha rechazado con acertada ironía.

Básicamente se plantean dos tipos de objeciones a su teoría. La primera se refiere a que Kelsen desarrolla una teoría “abstraída de la realidad social” de forma inadmisibile y que se pierde en soliloquios, de tal manera que descuidando las conexiones y condiciones sociales, políticas y económicas del derecho (y cualesquiera otras de carácter meta-jurídico o ajurídico), se convierte en una doctrina inútil como teoría jurídica. De esta manera, la Teoría pura del derecho ha representado y representa el prototipo de la desmaterialización y del vaciamiento del derecho, que, con el triunfo del positivismo y del neokantismo y del correspondiente proceso en las ciencias jurídicas —de sistemática separación de todos los elementos ajenos a la disciplina—, ha perdido todo contacto con la realidad. Se identifica como una teoría que no sabe nada de los supuestos sociales del derecho, ni de sus consecuencias, que no pretende tener conocimiento alguno de ello y que, como resultado de su autolimitación temática, reduce el complejo fenómeno jurídico a una “lógica normativa” abstraída de toda realidad social. En resumen: la Teoría pura del derecho sería una ciencia jurídica sin derecho, una teoría del Estado sin Estado, que en su exageración metódica conduce al desconocimiento de la realidad del derecho y que, en deterioro de las posibilidades de una ciencia que domine la verdadera dimensión de su objeto, se empecina en la separación artificial de teoría y práctica, derecho y realidad.

La segunda objeción se dirige en contra de las implicaciones indirectamente políticas, es decir, en contra de las consecuencias de la teoría de Kelsen. Dicha teoría vendría a ser en su efecto real una teoría afirmativa y legitimadora de todo orden coactivo o de poder efectivo, siendo, por ello, una teoría estabilizadora y esto, sobre la base de su carencia de fundamentación en valores suprapositivos (valores jurídicos, culturales y de justicia). Dado que, se argumenta, la Teoría pura del derecho rechaza toda determinación conceptual del derecho de carácter ético y extrateórico; al no excluir, de antemano, ningún tipo de regulación, como posible contenido de derecho, se manifiesta, así, como una teoría indefensa ante cualquier organización de poder eficaz.

Las objeciones mencionadas tienen que examinarse teniendo en cuenta los textos completos; al respecto hay que decir que la Teoría pura del derecho, en su conjunto, tiene que entenderse como un programa teórico en el que están reflejadas las relaciones entre el derecho y la realidad, sin que llegue a ser la instancia meramente legitimadora de las relaciones de poder existentes.

3. *La norma fundamental*

Kelsen ve, como meta, tarea principal y problema central de su teoría, fundamentar una ciencia del derecho que se adecue a las pretensiones de objetividad y exactitud de las ciencias naturales y, por consiguiente, al nivel de exigencia científica moderna, sin caer en el error de tratar a las normas jurídicas como datos objetivos del mundo real exterior. Por eso, trata de conseguir un modo de consideración con cuya ayuda el derecho puede ser comprendido adecuadamente, en su específico modo de ser, como un orden del deber ser. En otras palabras: trata de encontrar el fundamento cognoscitivo de esta forma especial de ser. A través de este procedimiento ha de asegurarse la científicidad y autonomía de la ciencia de la jurisprudencia.

Mientras el positivismo dominante en su época, identifica la realidad del derecho con el conjunto de las reglas coactivas efectivas e impuestas por el Estado, Kelsen divisa un decisivo déficit epistemológico en esta concepción; tanto en el supuesto de que el hecho constitutivo de la positividad fuera determinado en la imposición del derecho por el legislador, en su ejecución, a través de los órganos jurídicos o en su ejecución por los súbditos del orden jurídico.

Kelsen rechaza todas las teorías que, para determinar qué es el derecho, tienen que construir el derecho, en última instancia, sobre el hecho del poder. Por esta razón se niega a ver, en el derecho positivo, tan sólo un conjunto de hechos en el Estado, tan sólo un conjunto de relaciones fácticas de poder. Para expresarlo con sus propias palabras.

Una de las más difíciles tareas de la teoría general del derecho es determinar la específica realidad de su objeto y de mostrar la diferencia que existe entre la realidad jurídica y la natural.²⁹

El principal objetivo de Kelsen es delimitar la ciencia jurídica respecto de las ciencias causales, por lo que insiste en subrayar la diferencia entre los fenómenos del mundo real y la calificación jurídica de determinados actos, preservando, con ello, la autonomía de la ciencia del derecho.

²⁹ *General Theory of Law and State* (Trad. de Anders Wedberg, Cambridge Mass. Harvard University Press, 1945 con el Appendix: *Natural Law Doctrine and Legal Positivism*, trad. por Wolfgang Kraus, versión inglesa de *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, Pan-Verlag, R. Heise, 1928 (Kant-Gesellschaft, 31); obra reimpresa por Russell & Russell, Nueva York, 1961. Existe versión española de Eduardo García Máynez: *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1949. La segunda edición apareció en 1958 y se ha reimpreso en 1969, 1979, 1983 y 1988). (En lo sucesivo se cita: *General Theory*). NE. *Vid.*, *General Theory*, p. xiv. (*Vid.* Teoría general del derecho y del Estado, p. vi).

Sin embargo, con esto sólo se asegura la cualidad específicamente normativa del derecho. El ámbito del deber ser, al que pertenece el derecho, abarca, también, otros sistemas: la religión, la moral, el derecho natural. La diferencia entre la ciencia del derecho y las ciencias causales no es posible si no se introducen mayores precisiones.

La norma fundamental se muestra como la figura teórica central con la que Kelsen busca conseguir la convergencia de ambos objetivos. Como formulación del presupuesto necesario de la comprensión positiva del material jurídico, constituye el último fundamento de validez lógicamente requerido por el respectivo sistema jurídico. La norma fundamental figura, por un lado, como la última instancia de la normativización, garantiza, por tanto, la calidad del deber ser del derecho. Por otro lado, limita el objeto de la ciencia jurídica a las normas coactivas efectivamente positivas. Su derogación a través del derecho natural está descartada. Con la teoría de la norma fundamental pretende Kelsen dar cuenta en un sistema de pensamiento libre de contradicciones, tanto de la normatividad como de la positividad del derecho. Constituye el intento de una fundamentación normativa de la positividad del derecho y, con ello, la respuesta a la cuestión de cómo el derecho, que en principio debe ser una creación espiritual, puede ser, a la vez, y a pesar de su identidad, un objeto realmente existente.

Según Kelsen, a la norma fundamental se llega, necesariamente al preguntarse por el fundamento objetivo de validez de una norma jurídica cualquiera, toda vez que la pretensión de validez de la norma no puede radicar en ella misma. Además, si la validez de una norma es remitida a una norma superior, se hace necesario, en último término, una norma fundamental presupuesta.

Con el objeto de formular libre de metafísica la validez normativa objetiva, eludiendo el problema del regreso infinito (siempre presente en el proceso del conocimiento jurídico).

Partiendo de este procedimiento de autofundamentación del derecho, se aclara que la fijación conceptual de la norma fundamental, como un presupuesto de la consideración jurídica, no significa una prioridad temporal ni tampoco lógica ante el material jurídico empírico: se acentúa exclusivamente el carácter de una hipótesis supuesta.

La norma fundamental no sirve, según Kelsen, de “un producto arbitrario de la imaginación jurídica”³⁰ (producto arbitrario de la imaginación jurídica), sino que posibilita el proceso de transformación de actos de voluntad sociohistóricos en actos jurídicos válidos, exclusivamente

³⁰ Referencia Bibliográfica.

respecto de ordenamientos coactivos efectivos, respecto de una determinada constitución eficaz en su conjunto, implantada realmente y generada mediante costumbre o por imposición del poder. La función de la norma fundamental no es la de fundamentación originaria de la normatividad del derecho, sino la fijación del límite de todo conocimiento y fundamento jurídicos, que marca con ello el punto de inflexión entre norma y derecho, más allá del cual no puede ir ninguna teoría positiva del derecho. Acertadamente se ha visto por ello el verdadero significado de la norma fundamental en la fijación de la frontera del conocimiento científico-jurídico y se la ha caracterizado, de manera muy general, como un concepto delimitador.

Todas las objeciones que de diversa procedencia ven en la relación de la norma fundamental con el orden coactivo efectivo una contradicción con el dualismo “ser-deber ser”, desconocen que dicho dualismo no debe conducir a un derecho ideal y, así, a la vinculación iusnaturalista del derecho concreto a principios materiales previos, sino, tan sólo, referirse a la necesidad de la especial fundamentación metódica de la validez del derecho positivo. En ningún momento ha estado en la intención de la Teoría pura del derecho el salir al paso del carácter arbitrario o contingente del derecho. La norma fundamental no va dirigida a la salvaguarda de un contenido apriorístico del derecho contra la intervención de las instancias jurídicas, sino que actúa como señal de que el momento del deber-ser, constitutivo del derecho, y cuyas condiciones de positividad refleja Kelsen en la norma fundamental, descansa en definitiva, en un presupuesto.

La norma fundamental, como concepto delimitador, no soluciona en el fondo el problema de la armonización de facticidad y normatividad; únicamente la determina en toda su agudeza e importancia, señalando el límite al que puede llegar el conocimiento jurídico. Sobre estos fundamentos se construye la Teoría pura del derecho como “teoría del derecho positivo”, para lo cual habrá que tener en cuenta los dos aspectos, el de la normatividad y el de la positividad.

4. Teoría pura del derecho y realidad social

Frente a la extendida idea de que la teoría del derecho de Kelsen se pierde en especulaciones lógico-normativas y carece de toda referencia histórico-real del derecho y de la ciencia jurídica, Kelsen concibe la Teoría pura del derecho como una teoría que se debe a la evolución fáctica del derecho positivo y a la posibilidad de su comprensión científica. La ciencia del derecho debe ser conformada como una disciplina similar a

las ciencias de la naturaleza, esto es, como una ciencia neutral y exacta. Kelsen no niega en absoluto la existencia e importancia de los factores sociales que configuran el derecho. La investigación de la génesis, así como de la función real del derecho la ordena a través de las disciplinas científico-causales. En sus trabajos de sociología cultural Kelsen expone, con más precisión, la asociación entre el significado valorativo que dota de sentido, la evolución del derecho y la correspondiente situación de la ciencia del derecho. Sin llegar a proyectar una teoría social general de la jurisprudencia, se representa la positivación y racionalización del derecho como la propia de una ciencia jurídica positivista. Al igual que el positivismo jurídico-estatal la Teoría pura del derecho constituye un modelo teóricamente radical y, a la vez, una expresión del proceso de abstracción y racionalización social. El derecho de los Estados modernos es para Kelsen, atendiendo a su estructura formal, una técnica social susceptible de ser empleada en gran parte arbitrariamente y disponible para todos los fines pensables. El Estado, al que jurídicamente se atribuyen todos los poderes (si bien esto no ocurre en la realidad fáctica), es potencialmente totalitario. El último límite a la imposición del derecho está en el poder, no en estar permitido. Sin embargo, Kelsen se separa claramente de todas las posiciones que buscan reinterpretar la omnipotencia jurídica del Estado como una fuerza natural irresistible.

5. La función crítico-ideológica de la Teoría pura del derecho

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, es decir, del derecho impuesto arbitrariamente. El rechazo del derecho natural, así como de todos los demás principios metafísicos se infiere de la aspiración a un tratamiento puramente científico del material jurídico. La disociación crítica entre derecho y justicia, entre derecho positivo y derecho natural, crea la posibilidad de la reproducción neutral del orden impuesto efectivamente. El derecho positivo es considerado, de forma desapasionada, como una obra humana perecedera. Para ello es preciso oponerse a una falsa “eticización” del derecho. En oposición al conocido discurso moral de la violación del derecho o de su quebrantamiento, la Teoría pura del derecho considera al ilícito como la condición y no como la negación del derecho. De esta manera, el ilícito se convierte en un concepto genérico para todo comportamiento que conlleve una sanción.

La imposibilidad de legitimar un ordenamiento jurídico desde el punto de vista de la objetividad práctica lleva a una elevación del sig-

nificado de la moral individual. Se erige como absoluto para enjuiciar el valor o la desvalorización del derecho no al derecho positivo, sino a la concepción personal que se tenga, es decir, al propio yo, a la propia conciencia.

Al reducir Kelsen completamente el significado del Estado a su función jurídica, le priva de todo valor propio, al privarle de todo potencial de validez que se extralimite. La reducción del Estado a ser un punto de imputación jurídica supone efectos atemperantes del poder, ya que la estatalidad queda limitada a los actos estatales fundamentados competencialmente. Todas las acciones extra *legem* serán meras emanaciones de poder y, por tanto, no imputables jurídicamente al Estado considerado como un orden jurídico. Así se le sustrae al aparato real del poder la posibilidad de violar el derecho bajo la invocación de los superiores fines de la razón de Estado. Kelsen remite al juicio autorresponsable del individuo la decisión de si ha de acatar el correspondiente orden estatal o si ha de rebelarse contra él. No existe un deber objetivo de obediencia al derecho. Y también por este motivo tendrá que rechazar la imputación de culpa que se dirige contra él en relación con la transformación jurídica de la República de Weimar en el Estado del Tercer Reich.

La separación entre derecho y moral debe servir para agudizar la mirada hacia el derecho inmoral, esto es, hacia el derecho malo, carente de valor, y no para enturbiar la mirada. Si se concibe al derecho desde un punto de vista completamente neutral, como un orden de coacción efectiva, la moral individual autónoma puede servir como potencial de crítica y de reflexión de las reglas heterónomas de conducta. Si se encuadra la doctrina de Kelsen como una forma de nihilismo valorativo, se confunde el negar los valores absolutos con la tesis de la inde demostrabilidad científica de los juicios de valor de carácter ético.

La conexión de teoría positiva del derecho y doctrina positiva del valor, característica de la teoría pura del derecho, la hacen inmune contra la mera afirmación y legitimación de los sistemas de poder existentes.

6. *La Teoría pura del derecho y teoría de la democracia*

En contra de las propias indicaciones de Kelsen hay que decir que la Teoría pura del derecho y la teoría de la democracia no forman una dualidad estrictamente separada. Es posible ver un puente en las premisas del relativismo axiológico, que son constitutivas de las dos partes de su obra. La democracia como procedimiento de creación de un orden social significa para Kelsen, en esencia, el ejercicio del poder de acuer-

do con el principio de autonomía. En orientación hacia el ideal utópico de la autodeterminación, a la democracia se le identifica como aquella organización del poder en la que, al menos, la mayoría de los sometidos al derecho puede vivir en armonía con su propia voluntad. El dominio democrático de la mayoría, a cuyos supuestos reales pertenece una cierta dosis de homogeneidad social, no está automáticamente provista de una alta dosis de “racionalidad” o de “verdad”. La fundamentación valorativa real del concepto de democracia kelseniano se hace patente al apreciar, con igual valor, la voluntad de cada ciudadano sin dar preferencia a determinados valores sustanciales. La participación en la fijación de las reglas socialmente relevantes actúa como sucedáneo de la fuerza de validez de máximas éticas invariables y de los sistemas interpretativos implantadores de significado. La teoría de la democracia de Kelsen pertenece al mismo tipo de concepción del mundo y de los valores que su teoría del derecho. La democracia es la forma jurídica adecuada a la Teoría pura del derecho.

7. Síntesis

En esta corta panorámica sobre la extensa obra de Hans Kelsen sólo han podido ser abordadas algunas de las complejas cuestiones científicas que él trató. Una serie de temas no han sido abordados aquí y lo serán en otros trabajos. La abundancia del material supera el marco de esta exposición.

La contribución de Kelsen a la investigación científico-jurídica y a la formación de la fundamentación científica de una teoría independiente de las ciencias causales constituye también, en último término, una contribución para una mejor convivencia de los hombres en la Tierra.