

HANS KELSEN: UNA BIOGRAFIA CULTURAL MINIMA*

HANS KELSEN: A MINIMAL CULTURAL BIOGRAPHY

MARIO LOSANO

Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro"

Resumen: *El artículo trata sobre la importancia del pensamiento y la figura de Hans Kelsen dentro de la ciencia jurídica del siglo XX y el lugar privilegiado que tiene reservado en la misma su Teoría Pura del Derecho. Ésta sitúa a Kelsen como un filósofo del Derecho aunque sus primeros intereses hayan sido la teoría del Estado y el Derecho público y aparezca el Derecho internacional como el tema más tratado en sus escritos. Los hechos históricos que determinaron la vida de este autor se van enlazando con sus preocupaciones teóricas. Así, la unificación jurídica de las monarquías austríaca y húngara coinciden con su juventud, sus aportes a la Constitución de Austria de 1920, su expulsión de la Universidad de Colonia tras la subida al poder de los nazis o su traslado a los E.E.U.U. una vez desatada la Segunda Guerra Mundial.*

Abstract: *This article is about the importance of the Hans Kelsen's thought and figure in the legal science of the XX century and the privileged place that his Pure Theory of Law has in the current conception of law. The Pure Theory of Law places Kelsen like one of the most important philosopher of law in the XX century. However, at the beginning of his career he was interested in General Theory of Law and State, Public Law and International Law appears like the most important issue in his works. The historical facts wich determinating the life of this author were connected with his theoretical concerns. For example, the process of legal unification between the monarchies of Hungary and Austria were quite relevant during his youth. His contributions for the Austrian Constitution in 1920, the moment when he was sent off from the university after the ascent of the Nazis to the power or his movement to USA once the Second World War started.*

PALABRAS CLAVE: positivismo jurídico, nacionalsocialismo, teoría pura del Derecho

KEY WORDS: legal positivism, nacionalsocialism, pure theory of Law

* Texto de la ponencia presentada en el seminario "La Teoría pura del Derecho: balance de una teoría-balance de un siglo", celebrado en el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid durante los días 26 a 28 de octubre de 2004. Traducción de Fco. Javier Ansuátegui Roig.

El pensamiento de Kelsen es el meridiano de Greenwich de la ciencia jurídica del siglo XX: todas las teorías terminan siendo analizadas en función de su mayor o menor proximidad respecto a la Teoría Pura del Derecho, enunciada por él en los primeros decenios del siglo y luego incesantemente perfeccionada hasta los últimos años de su vida.

Este monotemático trabajo doctrinal, este pulir casi hasta la extenuación su *Teoría pura del Derecho*¹, constituye la unidad metodológica de una obra multiforme y es también el elemento de continuidad de una vida igualmente multiforme, a las que las circunstancias del siglo le afectaron de lleno. Nacido en 1881 en Praga, pertenece a la doble minoría de quien era de religión hebrea en una monarquía católica y de quien era de lengua alemana en una nación checa. En su familia, sólo la madre hablaba también checo. Hans Kelsen creció hablando sólo el alemán y su formación cultural fue esencialmente vienesa; es más, él fue un personaje de primera fila de aquella "Gran Viena" que desapareció con el Imperio Austro-Húngaro.

Sobre todo en los países latinos, Kelsen es considerado un filósofo del Derecho. Sin embargo sus primeros intereses, en los años que van de 1905 a 1920, están vinculados a la teoría del Estado y al Derecho público², si bien la metodología jurídica de aquellos primeros trabajos es ya la que posteriormente encontrará expresión en la *Teoría pura del Derecho*. Hay que señalar que, al menos desde el punto de vista bibliométrico, los avatares de la vida llevaron a Kelsen a ser sobre todo un internacionalista. De hecho, tomando como referencia la bibliografía oficial del *Hans Kelsen Institut*, que consta de 387 títulos, nos encontramos que, de esos, 106 son de Derecho internacional, 96 de teoría general del Derecho y 92 de Derecho constitucional.

Kelsen vivió el periodo del *Ausgleich* entre las monarquías austriaca y húngara: fueron años de intensos conflictos de lenguas y nacionalidades, que al final encontraron una solución jurídica satisfactoria. Siempre he tenido la impresión – pero, tengo que subrayarlo, es una impresión mía no apoyada en argumentos textuales– que la identificación teórica entre Estado y Derecho, típica de Kelsen, derivara de algún modo de vivir en un Estado en el que solamente el Derecho lo-

¹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, a cura di Mario G. Losano, Einaudi, Torino 1990, LXXXVII-425 pp. (Nuova Universale Einaudi). La primera edición italiana es de 1966.

² Sus principales obras en aquellos años fueron: en 1905, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*; en 1910, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (con una segunda edición en 1923); en 1919, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*; en 1920, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*.

graba mantener juntos un mosaico de lenguas y de etnias diversas, organizadas jerárquicamente en territorios regios (*königlich*, abreviado con "k." en el lenguaje burocrático, pronunciado "ka" en alemán), imperial-regios (k.k., en donde la otra "k" se refiere a "*kaiserlich*", imperial) e imperiales y regios (k.u.k): es la "Kakania" sobre la que ironiza Kafka. Este proceso de unificación jurídica de las monarquías austríaca y húngara duró desde 1867 hasta 1914: un período lo suficientemente largo quizás como para marcar la vida del joven jurista.

Esta identificación entre Estado y Derecho es mostrada con gran energía al lector de *El problema de la Soberanía* de 1920: "La posición fundamental e incontestable de la que se parte aquí y cuyo reconocimiento por parte del lector se pretende es ésta: que el Estado, en la medida en que es objeto del conocimiento jurídico, en la medida en que existe una teoría del Derecho público, debe tener la naturaleza del Derecho, es decir ser o el mismo ordenamiento jurídico o una parte del mismo. 'Jurídicamente' en efecto no se puede concebir otra cosa que el Derecho, y concebir jurídicamente el Estado (este es el sentido de la teoría del Derecho público) no puede significar otra cosa que concebir el Estado como Derecho"³.

Lamentablemente la unificación de la monarquía danubiana culminó precisamente en el año en el que estalló la Primera Guerra Mundial, que terminó con el desmembramiento del Imperio Austro-Húngaro y con la constitución de Estados artificiales como Checoslovaquia y Yugoslavia, a cuya última disgregación hemos asistido en estos últimos años. La mítica figura de Francisco José I, elevado al trono en 1848 se ahorró la visión de esta descomposición: de hecho murió en 1916.

En 1919 nace la República Austriaca con una fuerte presencia de austromarxistas, a los que pertenece también Karl Renner, Presidente de la República. Kelsen es uno de sus consejeros jurídicos. Es por tanto un colaborador de los socialdemócratas, a pesar de no pertenecer a aquel partido: de aquí su vínculo cultural con el austromarxismo, que le iba a procurar la hostilidad de los nacionalsocialistas alemanes. En los años en los que la nueva república austriaca forja sus instituciones Kelsen participa activamente en la redacción de la Constitución de 1920 y, en particular, elabora los principios de la justicia constitucional, considerada por él no un complemento, sino la culminación del ordenamiento parlamentario.

³ H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, a cura di Agostino Carrino, Giuffrè, Milano 1989, pp. 20 y ss.

"Una Constitución que carezca de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico. Aunque en general no se tenga conciencia de ello –pues una teoría jurídica dominada por la política no permite esa toma de conciencia– una Constitución en la que los actos inconstitucionales y, en particular, las leyes inconstitucionales sigan conservando su validez –al no ser posible anularlos por su inconstitucionalidad– equivale, desde el punto de vista propiamente jurídico, a poco más que unos buenos deseos sin fuerza obligatoria. Cualquier ley, cualquier reglamento e incluso cualquier acto jurídico general realizado por particulares tienen una fuerza jurídica superior a la de la Constitución, a la que todos ellos están, sin embargo, subordinados y de la cual derivan su validez. El Derecho positivo vela, en efecto, para que todo acto que esté en contradicción con cualquier norma superior distinta de la Constitución pueda ser anulado. Este débil grado de fuerza obligatoria real contrasta radicalmente con la apariencia de firmeza, que llega hasta la rigidez, que se atribuye a la Constitución sometiendo su revisión a condiciones reforzadas. ¿Por qué tantas precauciones, si las normas de la Constitución, aunque casi inmodificables, en realidad carecen casi totalmente de fuerza obligatoria? Ciertamente, incluso una Constitución que no prevea un Tribunal Constitucional o una institución análoga para la anulación de los actos inconstitucionales no se encuentra completamente desprovista de sentido jurídico. Su violación puede traer aparejada una cierta sanción, al menos cuando exista la institución de la responsabilidad ministerial [...] Sin duda la Constitución dice y quiere decir en su texto que las leyes no deben ser elaboradas más que de tal o cual forma y que no deben tener este o aquel contenido; pero, al admitir que las leyes inconstitucionales sean también válidas, en realidad quiere decir que las leyes pueden hacerse de forma distinta y que su contenido puede desconocer los límites fijados; dado que las leyes inconstitucionales no pueden ser válidas más que en virtud de alguna regla de la Constitución, estas mismas leyes deben también ser de alguna forma constitucionales, puesto que son válidas. Pero esto significa que el procedimiento legislativo expresamente indicado por la Constitución y las directivas de contenido establecidas por ella no son, a pesar de las apariencias, disposiciones obligatorias, sino meramente facultativas. Que las Constituciones que carecen de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no sean de hecho interpretadas de esta forma es precisamente el extraño efecto que causa ese método, al que hemos hecho repetidas alusiones, que



disimula el contenido verdadero del Derecho por motivos políticos que no corresponden propiamente a los intereses políticos de los que estas Constituciones son expresión.

Una Constitución cuyas disposiciones relativas a la legislación pueden ser violadas sin que resulte de ello la anulación de las leyes inconstitucionales tiene, frente a los grados inferiores del ordenamiento estatal, el mismo carácter obligatorio que el Derecho internacional frente al Derecho interno. Cualquier acto estatal que sea contrario al Derecho internacional no es, por ello, menos válido. La única consecuencia de esta violación es que el Estado cuyo interés es lesionado por ella puede, en última instancia, hacer la guerra la Estado autor de la misma: esta violación lleva aparejada una sanción meramente penal. De la misma forma, la única reacción contra su violación de una Constitución que ignore la justicia constitucional es la sanción penal que brinda la institución de la responsabilidad ministerial. Esta mínima fuerza obligatoria del Derecho internacional induce a muchos autores, sin duda erróneamente, a negarle, de una forma general, carácter jurídico. Son motivos muy semejantes los que se oponen al reforzamiento técnico del Derecho internacional mediante la instauración de un tribunal internacional dotado de poderes de anulación y los que se oponen al incremento de la fuerza obligatoria de la Constitución mediante la creación de un tribunal constitucional.

Hay que tener presente todo esto para poder valorar la importancia de la institución de una jurisdicción constitucional⁴.

La opinión de Kelsen fue asumida y traducida en la institución de un Tribunal Constitucional austriaco. He aquí como Kelsen mismo pasa de la teoría a la práctica, describiendo la transformación del control de constitucionalidad en relación con la Constitución austriaca de 1920: "En Austria las decisiones del tribunal ordinario más elevado, el llamado *Oberster Gerichtshof*, relativas a la constitucionalidad de una ley o de un reglamento, no tenían fuerza vinculante para los tribunales inferiores. Estos últimos bien podían aplicar una ley que el *Oberster Gerichtshof* previamente hubiera declarado inconstitucional y que por tanto se hubiera resistido a aplicar en un caso determinado. Y el mismo *Oberster Gerichtshof*, no estaba vinculado a

⁴ H. KELSEN, "La garanzia giurisdizionale della costituzione", en KELSEN, H. *La giustizia costituzionale* a cura di Carmelo Geraci, Giuffrè, Milano 1981, pp. 199-201. El texto original fue publicado en 1928.

la regla del *stare decisis*, de manera que la ley que este tribunal hubiera declarado inconstitucional en un caso podía ser declarada constitucional y aplicada por el mismo tribunal en otro. Por estos motivos, una concentración del control de constitucionalidad de las leyes aparecía muy oportuna en pro de la autoridad de la Constitución.

“La Constitución austríaca de 1920, con los artículos 137-148, llevó a cabo esta concentración reservando el control de constitucionalidad de las leyes a un tribunal especial, el denominado Tribunal Constitucional; y confirió al mismo tiempo a este Tribunal el poder de anular la ley juzgada inconstitucional. (...) La decisión del Tribunal invalidaba la ley o una disposición particular de la misma no sólo en relación con el caso concreto, sino para la generalidad de los casos futuros. Apenas la decisión tenía efecto, la ley anulada dejaba de existir”⁵.

En reconocimiento de sus méritos y de su competencia, en 1921 Kelsen fue nombrado juez constitucional vitalicio. Pero en 1930 dejó aquel cargo: en Kelsen, el rigor formal de su teoría aparece también en sus comportamientos. En 1930 Kelsen dejó el Tribunal Constitucional porque, a su juicio, el concordato de Austria con la Iglesia Católica favorecía demasiado a ésta. Pero la vida se le complicó también en la Universidad de Viena: signo de que aquel abandono era la prueba de una ruptura mucho más amplia y profunda. De hecho en aquellos años Austria estaba pasando del austromarxismo al austrofascismo: de Renner se pasaría en 1932 a Dollfuss y a aquella reforma de la Constitución de 1934 que Kelsen llama "semifascista".

El mismo Kelsen, en 1942, explicaba a los juristas americanos en qué medida había sido desnaturalizado también el Tribunal Constitucional vienés: "La reforma de la Constitución austríaca de 1929 no fue en realidad dirigida contra el Tribunal constitucional por desencuentros surgidos entre éste y la Administración. Con la reforma no se modificó la jurisdicción del Tribunal, pero se estableció que sus miembros fueran nombrados por la Administración y no por el Parlamento. El viejo Tribunal fue, en efecto, disuelto y sustituido por uno nuevo, cuyos componentes eran casi todos partidarios de la Administración. Y este fue el comienzo de una evolución política que inevitablemente debía conducir al fascismo y que explica por

⁵ H. KELSEN, *Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana*, en KELSEN, H. *La giustizia costituzionale* a cura di Carmelo Geraci, Giuffrè, Milano 1981, pp. 98 y ss.



qué la anexión de Austria por parte de los nazis no encontró resistencia alguna¹⁶.

Kelsen no podía vivir en una estructura tan desnaturalizada respecto al proyecto originario. Sin embargo es sorprendente la elección que acompaña a este abandono: Kelsen, judío y demócrata, aceptó la llamada de la Universidad de Colonia, en una Alemania donde ya los nacionalsocialistas estaban ganando rápidamente aceptación popular y escaños parlamentarios. Y puntualmente, en abril de 1933, Kelsen fue «despedido» por la Universidad de Colonia.

Este fue un primer despido, que lo castigaba no como judío, sino como «marxista». De hecho la Ley nacionalsocialista sobre los empleados públicos de 1933 establecía la prohibición de que los militantes socialdemócratas ocuparan empleos públicos. No obstante Kelsen, si bien había tenido vínculos con el austromarxismo, no era afiliado del Partido Socialdemócrata alemán y por tanto aquella norma discriminatoria no debería haberle sido aplicada. Por ello sus colegas de Colonia firmaron una petición para obtener la revocación de su "despido". En la petición se señalaba que aquella era infundada ya que Kelsen era el autor de obras en las que se criticaba eficazmente el marxismo.

Dando un paso atrás, hay que recordar que Kelsen –aplicando a su vida cotidiana aquel relativismo que teorizaba en su doctrina– había contribuido a llevar a Colonia a Carl Schmitt, cuyas ideas no compartía pero del que apreciaba su innegable inteligencia. Pues bien, la petición de aquella Facultad no prosperó porque le faltaba una sola firma: la de Carl Schmitt.

La suerte de Kelsen en la Alemania nazi estaba firmada: si no hubiera sido víctima de la lucha contra los socialdemócratas, lo hubiera sido de aquella contra los judíos. El 7 de abril de 1933 se aprobó la Ley que "arianizaba" la Administración pública alemana. En base a ella, Kelsen –fuera o no socialdemócrata– no podía continuar enseñando en una universidad alemana.

Una vez más Kelsen se comportó en la vida con el rigor que reconocemos a su doctrina. En el momento de la elaboración de aquella ley infame, Kelsen se encontraba en Suecia para dictar algunas conferencias. Siendo consciente de la importancia de aquellas medidas, volvió a Alemania para

⁶ H. KELSEN, *Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana*, cit., pp. 300 y ss.



solicitar formalmente el permiso de salida de Alemania. Esta vez la buena suerte se le presentó en la forma de un empleado nacionalsocialista de la Universidad, que le ayudó a obtener el visado para Suiza.

Pero en la vida las grandes tragedias se mezclan involuntariamente con las minucias. Kelsen mantenía desde hacia años correspondencia con Giorgio Del Vecchio, que estaba componiendo un álbum con las fotografías de los principales juristas de su tiempo. Del Vecchio le envió así un *retrato fotográfico* “en señal de devota amistad y de agradecimiento”, expresando al mismo tiempo el deseo de recibir un “preciado retrato suyo, (si es posible de tamaño no demasiado pequeño) que querría incluir próximamente en un álbum de juristas eminentes”⁷. En 1933, como se ha visto, Kelsen no estaba precisamente en las mejores condiciones espirituales como para abandonarse a narcisismos fotográficos. Por tanto le agradeció al colega la fotografía y prometió enviarle una propia lo más rápido posible⁸. Del Vecchio tampoco desistió en la carta de 1933 en la que aseguraba su solidaridad hacia Kelsen expulsado de la Universidad de Colonia por ser judío (como lo era, nótese, el propio Del Vecchio): «Le recuerdo –concluía implacable– mi deseo de tener su retrato Suyo (si es posible en un formato no excesivamente pequeño)»⁹. Kelsen respondió que haría lo posible para complacerle: y aquella respuesta partía de Viena, donde, resguardado frente a la censura postal nacionalsocialista, estaba organizando su traslado a Suiza¹⁰. Pero Del Vecchio terminaba la carta del 12 de junio de 1933 recordándole la «fotografía que amablemente (le) había prometido»¹¹ y también el 30 volvió a solicitarle aquel «preciosísimo recuerdo», destinado al «álbum de electas personalidades»¹². Al final Kelsen –a punto de partir para Ginebra– pudo tranquilizarlo: «Hoy mi fotografía está lista finalmente»¹³. Y

⁷ Carta de Del Vecchio a Kelsen, Roma, 2 de marzo de 1933. La correspondencia inédita entre Giorgio Del Vecchio y Hans Kelsen se conserva en el Archivo Del Vecchio, Istituto di Filosofia del Diritto, Università "La Sapienza" di Roma; de él provienen las cartas citadas en este trabajo. Un análisis de la correspondencia completa se encuentra en mi trabajo *Presenze italiane in Kelsen*, pp. 7-77 del volumen Hans KELSSEN - Umberto CAMPAGNOLO, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, con un inédito de Hans Kelsen y un ensayo de Norberto Bobbio, a cargo de Mario G. Losano, Giuffrè, Milano 1999, IX-402 pp.

⁸ Kelsen a Del Vecchio, Köln-Marienburg, 23 de marzo de 1933, en el post-scriptum.

⁹ Del Vecchio a Kelsen, Roma, 29 de mayo de 1933.

¹⁰ Kelsen a Del Vecchio, Viena, 1 de junio de 1933.

¹¹ Del Vecchio a Kelsen, Roma, 12 de junio de 1933.

¹² Del Vecchio a Kelsen, Roma, 30 de junio de 1933.

¹³ Kelsen a Del Vecchio, Viena, 3 de julio de 1933.



de hecho se encuentra en el álbum de Del Vecchio, conservado en el Instituto de Filosofía del Derecho de "La Sapienza", en Roma.

Cuando estuvo convencido de que debería dejar Alemania, Kelsen intentó dar a conocer su propia teoría enviando a todos los colegas con los que mantenía correspondencia una *summula* metodológica que constituyó el germen de su obra más afortunada. En Italia, Del Vecchio se la confió a Renato Treves, que la tradujo y la publicó primeramente en una revista, y luego en la Editorial Einaudi. Aquella edición de 1934 –la primera de la *Reine Rechtslehre*– hoy es muy usada en nuestras universidades: su concisión y esencialidad la convierten en una síntesis insustituible de la teoría pura del Derecho.

Es justo recordar los ascendentes culturales de la "pureza" metodológica de Kelsen, inspirados en el neokantismo; no obstante la "pureza" nacía también de la exigencia de impedir que la investigación científica estuviera cada vez más contaminada por la política y al servicio del poder dictatorial: en este sentido son ejemplares las páginas en las que se opone a Carl Schmitt, el abanderado de la politización (nacionalsocialista) de la ciencia jurídica. A él y a aquellos como él se refiere Kelsen en el prefacio escrito en Ginebra en 1934, en un período "en el que se han intensificado hasta el extremo los antagonismos entre los Estados y dentro de ellos. El ideal de una ciencia objetiva del Derecho y del Estado tiene la esperanza de ser reconocido sólo en un período de equilibrio social. Y así nada parece ser hoy más inoportuno que una teoría del Derecho que quiera salvaguardar su pureza, mientras en general no hay ningún poder al que las otras teorías no estén dispuestas a ofrecerse, desde que ya no se vacila más en elevar, sonora y públicamente el clamor por una ciencia política del Derecho (...). Si, no obstante, me atrevo a resumir en esta época el resultado de mis trabajos anteriores sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de quienes tienen en mayor consideración al espíritu que a la fuerza sea hoy mayor de lo que pudiera parecer; es sobre todo en la esperanza de que una generación más joven no continúe en el desordenado estruendo de nuestros días, sin la creencia en una libre ciencia del Derecho, con la firme convicción de que no habrán de perderse sus frutos en un provenir lejano"¹⁴.

Esta ansiedad de pureza metodológica acerca a Kelsen y a Aguilulfo, el caballero inexistente de Italo Calvino, de la armadura perfecta y enigmático blasón. La blancura ultraterrena de aquella armadura en el campo de batalla es muy si-

¹⁴ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. Renato Treves, Einaudi, Torino 1952, p. 45.

milar a la pureza sobrehumana a la que tiende la teoría pura del Derecho en la Europa de las dictaduras. Frente a las cosas del mundo, "sólo él [Kelsen o Agilulfo, aquí da lo mismo] conocía la geometría secreta, el orden, la regla para entender el principio y el fin"¹⁵. Pero el paso de la geometría secreta a la vida concreta es difícil y no tiene lugar sin desgarros o magulladuras: de él hablaremos dentro de poco, examinando los puntos esenciales de la teoría pura del Derecho.

Paralelamente al trabajo teórico de depuración de la ciencia jurídica, Kelsen se ocupaba de Derecho internacional en el *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales*. Por otra parte intentaba volver a enseñar en una universidad de lengua alemana. El período ginebrino está así entremezclado de infelices semestres en Praga, en los que los estudiantes nazis de aquella ciudad obstaculizaron de cualquier manera sus lecciones. La invasión nazi de Checoslovaquia, en 1938, no sólo truncó estos retornos de Kelsen a su ciudad natal, sino que predispuso su ánimo ante las previsiones más catastróficas para el futuro. Apenas estalló la guerra, de hecho, partió para los Estados Unidos. El mapa político de la Europa continental de aquellos años explica bien sus miedos: las dictaduras nazi-fascistas ocupaban casi todos los Estados desde Europa central hasta la península ibérica. Suiza había quedado en el centro de Europa como único y último referente de democracia. ¿Cómo no prever que también Suiza terminaría siendo invadida, como Polonia, Checoslovaquia, Austria?

La inserción en los Estados Unidos no debió resultarle fácil. Repensando sus últimas decisiones, Kelsen escribía al director del *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales* que los de Ginebra había «sido los años más bellos de toda mi vida académica»¹⁶; y precisamente por esto, continuaba, «siento mi conciencia pesarosa –hoy todavía más que entonces– por el hecho de haber dejado Ginebra tan apresuradamente. Mi única justificación es que, desde 1933, vivía bajo la constante presión de una pesadilla que Usted, querido Señor Rappard, bien puede comprender. *Sobre todo, mis experiencias de Praga me llevaban a la máxima prudencia*»¹⁷. Pero el Kelsen ya sexagenario

¹⁵ I. CALVINO, *Il cavaliere inesistente*, Mondadori, Milano, 1993, p. 76. La primera edición es de 1959.

¹⁶ Hans Kelsen a William E. Rappard, 5 de junio de 1940, citado en N. BERSIER LADAVAC, *Hans Kelsen à Genève 1933-1940*, Thémis, Genève, 1996, p. 23.

¹⁷ Hans Kelsen a William E. Rappard, 23 de junio de 1940, cit. *ivi*, p. 24; cursivas mías. Las páginas sucesivas del texto de Nicoletta Bersier Ladavac contienen otras informaciones interesantes sobre los primeros años americanos de Kelsen, extraídas de las correspondencia inédita con William E. Rappard, director del *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales*.

acabó insertándose definitivamente en el contexto estadounidense, tanto que ya no quiso volver a Europa y terminó sus días en California, en 1973.

La teoría pura del Derecho sintetizada en el trabajo de 1934 fue desarrollada en la segunda edición, que vió la luz en 1960. Los dos libros son muy diferentes: de ellos se puede decir (como de Séneca respecto a Cicerón), que al primero nada puede serle quitado, al segundo nada añadido. Pero en los dos libros la teoría kelseniana sigue siendo la misma. Es sobre todo una teoría basada en el *no cognoscitivismo de los valores*: por tanto es contraria al Derecho natural en cualquier forma que éste se manifieste. Para ella existe sólo el Derecho positivo, es más, es la teoría *positivista* por excelencia.

Es ejemplar a propósito el párrafo con el que Kelsen concluye su docencia en Berkeley en 1952, hablando de *What is justice?* (nótese que con interrogación). "He empezado este ensayo preguntándome qué es la Justicia. Ahora, al concluirlo, sé que no he respondido a la pregunta. Lo único que puede salvarme aquí es la compañía. Hubiera sido vano por mi parte pretender que yo iba a triunfar allí donde los más ilustres pensadores han fracasado. Verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la Justicia, la Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi Justicia*, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia"¹⁸.

Aunque permeada de relativismo y de racionalismo, también la teoría pura del Derecho parte de algunos axiomas indemostrados y tácitamente aceptados. Estos postulados de la doctrina kelseniana pueden ser sintetizados en cinco puntos.

1. La visión del mundo de Kelsen es dualista: el mundo está dividido en ser y deber ser, en *Sein* y *Sollen*; entre ambos no existe relación alguna, de acuerdo con la escuela neokantiana en la que Kelsen se reconoce (reconocimiento en ocasiones puesto en discusión, aunque sin embargo aceptado en gran medida).

¹⁸ H. KELSEN, *What is justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, University of California Press, 1952, p. 24. Una bibliografía de los escritos kelsenianos sobre la justicia se encuentra en KELSEN, H. *La giustizia*, a cura di Mario G. Losano, Einaudi, Torino, 1998, pp. XXIV-XLVII.

2. Todas las ciencias buscan construir su objeto de manera unitaria. Este es el postulado típico del pensamiento sistemático, que tiende a reconducir a un único principio toda la construcción de una disciplina. Este principio puede ser considerado una señal de la influencia ejercida sobre Kelsen por la Escuela de Viena y, en particular, por Otto von Neurath.

3. La ciencia del Derecho describe un objeto situado en el mundo del deber ser: por tanto el estudio del Derecho debe excluir programáticamente todo elemento proveniente del mundo del ser, debe así ser "puro". La ciencia del Derecho describe por tanto de manera unitaria exclusivamente un objeto situado en el mundo del *Sollen*, del deber ser. La teoría pura se presenta por ello como una construcción unitaria que da cuenta de *todo* el mundo del Derecho, pero *sólo* del mundo del Derecho.

4. En el Derecho, la unidad deriva del hecho de que todo el Ordenamiento descende de una única norma fundamental. Esta norma fundamental es una norma no establecida (o puesta) por el legislador, sino imaginada por quien examina el Ordenamiento; es una norma *presupuesta* pero no *puesta* y, como tal, es una norma no conforme con la definición kelseniana de norma jurídica. Obviamente la norma fundamental está en el centro de infinitas discusiones. Ello no impide sin embargo que ella sea la clave de bóveda de la teoría pura del Derecho, ya que es ella sola la que atribuye unidad al Ordenamiento jurídico.

Claramente ella no existe en el Ordenamiento positivo, concebido como Kelsen como un Ordenamiento escalonado, en el que la sentencia del juez es válida si se fundamenta en una ley, la ley es válida si se fundamenta en una Constitución, y la constitución es válida si se fundamenta en una Constitución precedente, hasta que se llega a una constitución que es históricamente la primera. ¿De qué deriva su validez esta norma jurídica "última"? No de otra norma jurídica (de otra manera aquella otra no sería la "última"), sino de una "norma fundamental", que entonces no puede ser norma en el sentido en el que lo son todas las otras normas del sistema kelseniano.

La pirámide kelseniana del ordenamiento normativo, que culmina en la fundamental norma no-norma, recuerda el blasón de Agilulfo, el caballero inexistente: "En el escudo había dibujado un blasón entre dos extremos de un amplio manto drapado, y dentro del blasón se abrían otros dos extremos de manto con un blasón más pequeño en medio, que contenía otro blasón arropado aún más pequeño. Con dibujo cada vez más fino se representaba una sucesión de mantos que se abrían uno dentro de otro, y en medio



debía haber quién sabe qué, pero no se conseguía divisar, tan menudo se volvía el dibujo¹⁹.

En Kelsen, la norma fundamental desempeña la función de explicar de qué deriva la juridicidad –es decir la validez– de todo el Ordenamiento jurídico: es la fuente del deber ser, del *Sollen*, que a partir de ella descende por todos los niveles jerárquicos del ordenamiento. Pero, ¿de dónde viene ese místico *Sollen*? Esta cuestión queda sin respuesta; es más, Kelsen ni siquiera se la plantea: el dualismo entre *Sein* y *Sollen*, entre ser y deber ser es en realidad el más relevante de sus axiomas.

En la descripción kelseniana, la norma fundamental tiene un valor cognoscitivo: sirve para cerrar de manera unitaria el sistema científico que *describe* las normas jurídicas positivas. Pero en la realidad jurídica, en la realidad de las normas que *prescriben*, ¿cómo explicar la norma fundamental? Para responder a esta pregunta Kelsen quiebra el postulado monista de estudiar sólo el deber ser, sólo el Derecho, e indica a dónde conduciría la búsqueda de la validez del Derecho, es decir de la fuente de su deber ser: "El problema del Derecho natural es el eterno problema de lo que está tras el Derecho positivo. Y quien busca una respuesta no encuentra –me temo– ni la verdad absoluta de una metafísica ni la justicia absoluta de un Derecho natural: *quien alza el velo y no cierra los ojos es deslumbrado por la Gorgona del poder*"²⁰.

5. Como el Derecho interno y el Derecho internacional forman parte del mundo del Derecho, la ciencia jurídica no los puede considerar dos elementos paritarios, es decir paralelos, como a menudo sucede en la doctrina internacionalista tradicional. Si fueran dos ordenamientos distintos y paritarios, cada uno de ellos descendería de su norma fundamental: tendríamos entonces dos normas fundamentales, dos ordenamientos jurídicos y dos ciencias jurídicas. Esta dualidad contrastaría con el postulado de la unidad de la ciencia. Este exige que haya una única norma fundamental, de la que descienden ya sea el Derecho interno, ya sea el Derecho internacional; y de ambos se ocupa una única ciencia jurídica. Dentro de la pirámide descendente de una única norma fundamental, el Derecho interno y el Derecho internacional nunca podrán ser paritarios: uno deberá ser superior al otro. Aquí está el verdadero problema: ¿cuál de los dos debe ser considerado superior?

¹⁹ I. CALVINO, *Il cavaliere inesistente*, Mondadori, Milano, 1993, p. 5.

²⁰ H. KELSEN, *Gleichheit vor dem Gesetz*, "Veröffentlichung der Deutschen Staatsrechtslehrer", Heft 3, Walther de Gruyter, Berlin-Leipzig 1927, p. 55; cursivas mías.

Para Kelsen, el Derecho internacional es superior al Derecho interno. De esta elección doctrinal –que trastoca las concepciones tradicionales del Derecho internacional– derivan consecuencias de gran relevancia tanto práctica como política. El camino hacia la paz mundial de memoria kantiana, la formación de la *civitas máxima*, es decir del utópico Estado mundial, para Kelsen puede acontecer solamente gracias a acuerdos entre Estados que renuncian a una parte de su soberanía, y no mediante la imposición de la soberanía de un Estado sobre otro. Afirmer la superioridad del Derecho internacional respecto al interno implica la elección del valor del *pacifismo*: y esto ocurría en los años en los que el imperialismo nazifascista actuaba exactamente en la dirección opuesta, imponiendo con la guerra la propia soberanía a los otros Estados.

En conclusión, la teoría pura del Derecho de Kelsen ofrece la más completa y coherente descripción del sistema jurídico que se pueda expresar en un lenguaje natural: sólo las lógicas formales consienten formulaciones más rigurosas. Sin embargo no es infundada la crítica que ve en la teoría pura del Derecho no una descripción formal (es decir, que prescinde de los contenidos) del Derecho positivo, cuanto la propuesta de un sistema ideal del Derecho organizado en una jerarquía de normas.

Por otra parte, la gran lección política de Kelsen es la afirmación del valor de la tolerancia, es decir del diálogo entre individuos, entre partidos y entre Estados. El presupuesto filosófico del relativismo respecto a los valores, del que parte Kelsen, es la condición para la existencia de la democracia parlamentaria: aquella democracia que reconoce a la minoría, precisamente en el momento en el que esta es derrotada, el derecho de transformarse en una futura mayoría. Sin embargo no es infundado constatar que, en la vida práctica de la política, el relativista Kelsen tomó siempre posición, batiéndose por los valores de la democracia parlamentaria contra toda forma de dictadura.

¿Kelsen es por tanto intrínsecamente contradictorio? Yo respondería que no, invitando no obstante a relativizar al relativista.

En la teoría jurídica, Kelsen explica todo de la estructura y nada de la función del Derecho: tras la lectura de su teoría pura del Derecho, decía un jurista sudamericano, se sabe todo sobre la ley y nada sobre el Derecho. Este es un límite, no una contradicción de la teoría kelseniana.

En la acción política, me ha parecido convincente la posición de Ulrich Klug, que considera que en el ámbito cognoscitivo no existe una contraposi-



ción entre los juicios de hecho y los juicios de valor: existen sólo juicios hipotéticos tanto sobre el hecho como sobre el valor, ya que todo conocimiento se basa en premisas últimas indemostradas (como se ha visto antes con los cinco axiomas kelsenianos). Klug llama "relativismo crítico" a este relativismo relativo: el valor elegido es un valor hipotético; se puede creer en él salvo prueba en contrario, de la misma manera que un físico considera válida una ley física hasta prueba en contrario; y en aquel valor puede apoyar un enérgico activismo, de la misma manera que el físico puede basar sobre aquella ley natural una vigorosa investigación. El relativismo no es ni agnosticismo, ni apatía.

Vuelven las imágenes del caballero inexistente, que se disuelve dejando su perfecta armadura a Rambaldo, el caballero que "prefiere anteponer la experiencia a la doctrina"²¹. "Rambaldo sale de la batalla victorioso e incólume; pero la armadura, la cándida intacta impecable armadura de Agilulfo está ahora toda incrustada de tierra, salpicada de sangre enemiga, constelada de abolladuras [...], el escudo desconchado justamente en el centro del misterioso blasón"²². Es la transformación que tiene lugar también en Kelsen, cuando el teórico puro, el Agilulfo, actúa como constitucionalista, como internacionalista, como político, actúa por tanto como Rambaldo. Su pureza es menos absoluta, porque sufre las de-limitaciones que acabamos de ver. La armadura del paladín de la pureza de la ciencia jurídica sale un poco deformada, como en Calvino: un poco deformada, pero más humana.

MARIO G. LOSANO

Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro"

Via Cavour, 81. 15100 Alessandria, Italia

e-mail: mario.losano@unipmn.it

²¹ I. CALVINO, *Il cavaliere inesistente*, Mondadori, Milano, 1993, p. 47.

²² I. CALVINO, *op. cit.*, p. 118.



