

ciología, y para acercar la ciencia jurídica de «estudio de las palabras» a «saber de los hechos»<sup>67</sup>.

Partiendo del presupuesto de que el iusnaturalismo y la sociología del derecho concernían a la esfera del «ser» y no a la del «deber ser», objeto específico de la «jurisprudencia», Kelsen observaba que la *Rechtslehre* debía ocuparse exclusivamente de las normas de derecho positivo, de su *forma*:

La peculiaridad del fin cognoscitivo de mi trabajo consiste en que este no pretende exceder un modo de consideración puramente formal de las normas jurídicas porque, según mi opinión, es en esta limitación donde reside la esencia del modo de consideración formal-normativo de la jurisprudencia [...]. Es necesario que renuncie a entender esas objeciones que no advierten la exigencia formal-teórica de conceptos jurídicos fundamentales establecidos: mi trabajo sirve solo a necesidades teóricas, no prácticas, y solo a través de la especulación formal puede alcanzarse este fin.<sup>68</sup>

La distinción propuesta en los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* entre «ser» y «deber ser», entre «hecho» y «norma», entre ciencias causales y ciencias normativas, representaba una parte esencial de la crítica de Kelsen a Jellinek. El joven estudioso criticaba al maestro por no haberse atendido con rigor a estas diferenciaciones y, por tanto, por haber concebido el estado como persona dotada de derechos, con una voluntad propia y productora

<sup>67</sup> R. Teves, «Sociología del derecho e sociología dell'idea di giustizia nel pensiero di Kelsen», en H. Kelsen-R. Teves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cargo de S. L. Paulson, Nápoles, ESI, 1992, págs. 164-165. Kelsen se vio implicado en una larga polémica con Ehrlich sobre el significado y sobre el estatus epistemológico de la sociología del derecho. Entre 1913 y 1914, la revista *Die Geisteswissenschaften* publicó la «Soziologie des Rechts» («Sociología del derecho»), con la que Ehrlich proponía transformar la ciencia del derecho en una rama de la ciencia de la sociedad. Kelsen respondió con *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie (Una fundación de la sociología del derecho)* (1915), donde sostenía que la sociología del derecho no tenía razones válidas para sobrevivir, ya que, a su juicio, falseaba totalmente el sentido y el significado del saber jurídico y del derecho. Ehrlich confió su réplica a un breve escrito, *Entgegung (Replica)*, que apareció en el *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* en 1916, al que Kelsen respondió nuevamente con una serie de *Repliken*, también publicadas por el «Archiv», que repetían, en un tono especialmente áspero, las críticas precedentes a la sociología del derecho. G. Ehrlich, *Sociologia del diritto*, H. Kelsen, *Una fondazione della sociologia del diritto*, G. Ehrlich, *Replica* (1916); H. Kelsen, *Replica* (1916); *idem*, *Conclusione* (1916-1917), todas en G. Ehrlich-H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, a cargo de A. Carrino, Nápoles, ESI, 1992. Sobre la diatriba entre Kelsen, por un lado, y Ehrlich y Kaufmann, por otro, cfr. A. Carrino, *Stato, società e ragione*, introd. a G. Ehrlich-H. Kelsen, ob. cit., págs. 15-32; *idem*, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, Nápoles, ESI, 1992, págs. 243-269; págs. 315-329. R. Teves, *Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di Kelsen*, cit., pág. 165.

<sup>68</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 11.

del derecho; le recriminaba haber atribuido al estado características y funciones que pertenecían a la esfera del «ser», a la realidad empírica más que a la normativa e ideal del «deber ser»<sup>69</sup>. En el análisis de Kelsen, el «error» de Jellinek, y de la tradición de pensamiento que él encarnaba, consistía en no haber comprendido la esencia de estado que, según los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, era la de un ordenamiento jurídico-normativo y que, en cuanto tal, era objeto de análisis de la «jurisprudencia»<sup>70</sup>.

Con la identificación entre estado y ordenamiento jurídico-normativo se derrumbaba también el concepto de «autolimitación» que, según Kelsen, derivaba de haber atribuido a la voluntad del estado un carácter «psíquico y humano» que no poseía<sup>71</sup>. Los «errores» del maestro Jellinek derivaban esencialmente de un posicionamiento metodológico que, según Kelsen, era erróneo. El aspecto metodológico resultaba así central en la obra de 1911, y Kelsen sacrificaba a tal exigencia una definición más exhaustiva y sistemática del estado como ordenamiento jurídico-normativo<sup>72</sup>.

## 2. DE LA DOCTRINA JURÍDICA AL PENSAMIENTO DEMOCRÁTICO (1911-1920)

En los primeros años 20, Kelsen se dedicó fundamentalmente a la actividad didáctica, reuniendo en torno a sí un círculo de brillantes estudiantes, entre los cuales destacaban los nombres de Walter Heinrich, Erich Voegelin, Fritz Sander, Adolf Merkel, Felix Kaufmann<sup>73</sup>. Al acabar la Primera Guerra Mundial, el amigo y canciller socialdemócrata del primer gobierno provisional de Austria, Karl Renner, le convocó para la «Subcomisión para los asuntos constitucionales» como consejero para la preparación de la nueva Constitución promulgada en 1920<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> *Ibid.*, pág. 375 y sigs.

<sup>70</sup> *Ibid.*, pág. 378.

<sup>71</sup> *Ibid.*, págs. 448-449.

<sup>72</sup> M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Milán, Comunità, 1981, págs. 28-30. El ensayo de Losano identifica con gran exactitud las aporías conceptuales de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* desde el punto de vista de la filosofía del derecho.

<sup>73</sup> R. A. Metali, ob. cit., págs. 29-30. La falta en toda la Austria alemana de una revista científica de derecho público convenció a Kelsen para fundar en 1914, con la colaboración de algunos colegas, la «Österreichische Zeitschrift für öffentliche Recht». Estudioso de los múltiples encargos y contratos, Kelsen estaba además ligado al Museo de Comercio de Viena, donde, en 1913, se convirtió en profesor adjunto de derecho comercial y de derecho constitucional y administrativo, *ibid.*, págs. 18-19.

<sup>74</sup> Sobre la relación entre Karl Renner y Hans Kelsen, cfr. cap. 4; sobre la contribución de Kelsen al proceso constituyente austriaco, cfr. cap. 5.

Justo en ese mismo año era publicado *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*; en el subtitulo de la obra aparecía por primera vez el término «*reinen Rechtslehre*»<sup>75</sup>. Tras repetir que la doctrina del derecho debía ser rigurosamente normativa, Kelsen profundizaba en el problema de la soberanía, definiendo esta última como «la cualidad de un concreto ordenamiento jurídico», el estado<sup>76</sup>. Tal «cualidad» consistía en la relación que dentro del ordenamiento-estado se instauraba entre «normas superiores» y «normas inferiores», donde las segundas derivaban de las primeras<sup>77</sup>.

Como puntualiza Riccobono, la soberanía se convertiría en Kelsen en una «relación nomológica entre inferior y superior»<sup>78</sup>. Tal «relación» se fundaba además sobre una norma fundamental, la *Grundnorm*, que concernía a la esfera del «deber ser». Ésta era una especie de suprema regla lógico-formal que, sin ser planteada por las otras normas, determinaba la relación entre ellas<sup>79</sup>.

En otros términos, la soberanía aparecía «ideal» porque consistía en una relación entre normas de grado diverso, y «relativa» porque esa misma relación nomológica se basaba en una norma fundamental, presupuesta como válida por el sujeto que conoce<sup>80</sup>. La obra de 1920 completaba así la «ruptura» teórica entre Kelsen y Jellinek, iniciada con los *Hauptprobleme der*

<sup>75</sup> R. A. Mettall, ob. cit., pág. 71.

<sup>76</sup> H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo ad una teoria pura del diritto*, a cargo de A. Carrino, Milán, Giuffrè, 1989, pág. 17 y sigs.

<sup>77</sup> *Ibid.*, pág. 155 y sigs.

<sup>78</sup> F. Riccobono, «Le due nature del concetto kelseniano di sovranità», en *Kelsen e il problema della sovranità*, a cargo de A. Carrino, Nápoles, E.S.I., 1990, págs. 131-132; V. Frosini, «Kelsen e le interpretazioni della sovranità», en *Kelsen e il problema della sovranità*, cit., págs. 25-27; E. Buljgin, *Norme, validità sistemi normativi*, Turín, Giappichelli, 1995, págs. 190-192; E. Buljgin, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005).

<sup>79</sup> H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo ad una teoria pura del diritto*, cit., págs. 155-176.

<sup>80</sup> F. Riccobono, *Le due nature del concetto kelseniano di sovranità*, cit., págs. 131-136; cfr. W. Hebbesen, ob. cit., págs. 178; H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1986, págs. 42-43; A. Carrino, «Presentazione» a H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo ad una teoria pura del diritto*, cit., págs. XIII-XX; *idem*, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, cit., pág. 96 y sigs. Sobre la norma fundamental y sobre su carácter ideal y relativo, cfr. la aguda intervención de G. Stella, «Ernst Mach, Hans Kelsen, Edmund Husserl», en *Kelsen e il problema della sovranità*, cit., en particular, págs. 144-147; *idem*, *Stato e scienza. Fondamenti epistemologici della dottrina pura del diritto*, Nápoles, E.S.I., 1997, págs. 22-29 y la sintética pero eficaz explicación contenida en C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen*, París, L'Harmattan, 2004, pág. 24 y sigs.

*Staatsrechtslehre* como sincretiza Quagliani, la idea de soberanía como «subjetividad preceptiva» era sustituida por una «norma de carácter objetivo»<sup>81</sup>.

El año de la publicación de *Das Problem der Souveränität* coincidía también con la primera edición de *Vom Wesen und Wert der Demokratie (De la esencia y valor de la democracia)*, el ensayo dedicado a la definición y a la tutela de la democracia parlamentaria, que sería editado nuevamente en versión ampliada en 1929<sup>82</sup>. Llegado a la historia del pensamiento jurídico como un estudio dedicado por completo a separar el derecho, el estado y el concepto de soberanía de la política, de la historia y de las concretas problemáticas sociales, Kelsen fue, en realidad, un atento observador de la realidad de su tiempo, de los peligros y de los desafíos que ésta planteaba, y el breve escrito de 1920, publicado bajo la forma de un artículo para el *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, es un claro testimonio de ello. En poco menos de cuarenta páginas Kelsen examinaba los componentes esenciales de la democracia-parlamentaria: el papel del parlamento, el principio de representatividad, la diferencia entre democracia representativa y los regímenes no liberales, la defensa de los derechos de libertades<sup>83</sup>.

En los semestres estivales de 1922 y 1924 Kelsen repitió las ideas manifestadas en *De la esencia y valor de la democracia* en una serie de clases dedicadas a este tema<sup>84</sup>. En la Europa de principios de la posguerra, la inestabilidad social y política, la crisis económica provocada por el conflicto mundial se habían transformado en un caldo de cultivo para movimientos antisistema<sup>85</sup>, contra los cuales Kelsen salió en defensa de la democracia, caracterizada, a su juicio, por una *Wahrnehmung* crítico-relativista, propensa a ofrecer a cualquiera la posibilidad de expresar su propio pensamiento y convicciones<sup>86</sup>.

Del profundo interés de Kelsen por la democracia dan además eficaz testimonio dos breves intervenciones, *Zur Soziologie der Demokratie (Sociología de la democracia)* y *Demokratie (Democracia)*, publicadas, respectivamente

<sup>81</sup> D. Quagliani, *La sovranità*, cit., pág. 101; cfr. A. Carrino, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, cit., pág. 281; págs. 286-287.

<sup>82</sup> En 1925 Kelsen dio a la imprenta otra breve obra dedicada a la teoría política, *Das Problem des Parlamentarismus (El problema del parlamentarismo)*.

<sup>83</sup> Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., págs. 3-56.

<sup>84</sup> R. A. Mettall, ob. cit., págs. 38-39.

<sup>85</sup> S. Mastellone, *Storia del pensiero politico europeo, secoli XIX-XX*, Turín, UTET, 2002, pág. 124 y sigs. [S. Mastellone, *Pensamiento político europeo, 1815-1975*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1991]; B. Sordi, *Tra Verma e Weimar*, Milán, Giuffrè, 1986, págs. 320-344; G. Bedeschi, *Storia del pensiero liberale*, Roma-Bari, Laterza, 1993, págs. 255-256.

<sup>86</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia (1929)*, cit., págs. 43-15; cfr. S. Goyard-Fabre, *La pensée politique de Hans Kelsen*, Centre des Publications de l'Université de Caen, Caen, 1990, págs. 175-178.

te, en 1926 y 1927. En ambas contribuciones, Kelsen identificaba la discrepancia entre el ideal (anárquico) de la libertad y la realidad, caracterizada por la insuperable dicotomía entre gobernantes y gobernados. Kelsen entendía, sin embargo, que el hiato entre plano ideal y plano real de la democracia podía resolverse en la práctica de la elección democrática, gracias a la cual los ciudadanos elegían a sus propios gobernantes y ejercían una forma de control sobre sus actuaciones<sup>87</sup>. Ambos temas reaparecerían en la segunda edición de *De la esencia y valor de la democracia* (1929), en la cual Kelsen subrayaba de manera especialmente enérgica el tema de la libertad política y civil, la necesidad de garantizar los derechos y las libertades individuales como presupuestos de la democracia y de sus mismos procedimientos de creación de la voluntad estatal<sup>88</sup>.

La idea de la democracia como medio para formar la voluntad del estado y, en concreto, para seleccionar a la clase dirigente sería ampliada por Kelsen en sus *Foundations of Democracy (Los fundamentos de la democracia)*, publicados en 1955, cuando el jurista vivía en los Estados Unidos desde hacía casi quince años<sup>89</sup>.

El ensayo «americano» representa antes que nada una dura crítica a las concepciones que habían pretendido explicar y legitimar la democracia sobre la base de contenidos axiológicos. Kelsen unía los intentos de la teología católica, protestante y del jurnaturalismo de justificar la democracia sobre la base de valores morales, considerados universalmente válidos. Contra aquellos, en concreto contra el economista Friedrich von Hayek, que defendían el vínculo necesario entre democracia y capitalismo, Kelsen observaba que la democracia, como «procedimiento político», no tenía conexiones específicas ni con la economía planificada de cuño soviético, ni con la liberal<sup>90</sup>.

La literatura crítica que se ha ocupado del «Kelsen político» ha subrayado de manera especial el carácter *procedimental* del pensamiento kelseniano sobre la democracia; ésta, sin embargo, no siempre ha puesto de manifiesto, con tanta fuerza, que esos procedimientos vehiculen determinados contenidos, en concreto el valor de la libertad. Y esto, a nuestro juicio, representa

<sup>87</sup> H. Kelsen, «Zur Soziologie der Demokratie», en *Die Wiener Rechtslehre der Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verhous*, 2. Bd., Viena, Europa Verlag, 1968, págs. 1.735-1.737; ídem, *Demokratie, in Die Wiener Rechtslehre der Schule...*, 2. Bd., cit., págs. 1.754-1.761.

<sup>88</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., págs. 105-109; págs. 146-152.

<sup>89</sup> H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, cit. Véase a este propósito el capítulo inicial «Democracia y filosofías». Para un parecer diferente sobre la relación entre las primeras obras kelsenianas dedicadas a la democracia y las *Foundations of Democracy*, cfr. M. Barberis, «Introduzione», cit., pág. 28.

<sup>90</sup> H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, cit., págs. 276-333; págs. 335-391.

uno de los vínculos conceptuales más fuertes entre las primeras dos ediciones de *De la esencia y valor de la democracia* y las *Foundations of Democracy*. Paralelamente a las obras dedicadas a la democracia, Kelsen se arriesgaba con la teoría marxista del estado<sup>91</sup>. En 1920 se publicaba *Sozialismus und Staat (Socialismo y estado)*, con el que Kelsen se adhería a la idea marxista del estado como dominio de clase, que, a su juicio, trascendía la esencia jurídica-normativa del estado<sup>92</sup>.

En los primeros años 20, Kelsen combinó el interés por la doctrina democrática y marxista con el estudio del psicoanálisis. El 30 de noviembre de 1921 Freud invitó a Kelsen a dar una conferencia sobre el «concepto de estado y la psicología de la masa» en la Wiener Psychoanalytischen Gesellschaft. Algunos meses más tarde la conferencia fue publicada en las páginas de la revista *Imago*, con el título de «Der Begriff des Staates und die Soziopsychologie mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse» («El concepto de estado y la sociopsicología con particular atención a la teoría de las masas de Freud») <sup>93</sup>. Gran parte de las reflexiones propuestas en el artículo reaparecerían un año después en *Der juristische und soziologische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht (El concepto de estado jurídico y sociológico. Análisis crítico de la relación entre estado y derecho)*, en el que Kelsen sostenía que la comunidad (Gemeinschaft) se transformaba en estado, en el momento en que se refería a un ordenamiento jurídico<sup>94</sup>.

Gavazzi entiende que existe un paralelismo entre las posiciones kelsenianas sobre el estado y las freudianas sobre la masa. Freud había afirmado que el estado nacía cuando la masa informe se sometía a un «jefe» que, en

<sup>91</sup> Sobre las carencias de Kelsen «crítico del marxismo» existen contribuciones puntuales y exhaustivas, entre las cuales recordamos R. Guastini, «Kelsen crítico del marxismo», en *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, a cargo de C. Roehrsen, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 1983, pág. 141 y sigs.; ídem, «Introduzione» a H. Kelsen, *La teoria politica del positivismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, Milán, Il Saggiatore, 1981, págs. 7-36; F. Riccobono, «Kelsen e la teoria politica del marxismo», *Rivista di storia contemporanea*, 1, 1980, págs. 66-72; F. Russo, *Kelsen e il marxismo. Democrazia politica e socialismo*, Florencia, La Nuova Italia, 1976, pág. 179 y sigs. Para un encuadramiento general de la crítica kelseniana al pensamiento marxista, cfr. N. Lesser, *Sozialismus zwischen Relativismus und Dogmatismus. Aufsätze im Spannungsfeld von Marx und Kelsen*, Friburgo, Rombach Hochschule, Papeback, 1974.

<sup>92</sup> H. Kelsen, *Socialismo e stato*, a cargo de R. Racinaro, Bari, De Donato, 1978, pág. 51 y sigs.; pág. 170 y sigs. [H. Kelsen, *Socialismo y estado*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1985.]

<sup>93</sup> R. A. Metall, ob. cit., págs. 40-41.

<sup>94</sup> R. Racinaro, «Hans Kelsen e il dibattito sulla democrazia e sul parlamentarismo negli anni '20 e '30», introd. a H. Kelsen, *Socialismo e stato*, cit., pág. XL.

Kelsen, según G. Gavazzi, era identificado esencialmente con el ordenamiento jurídico<sup>95</sup>. La influencia ejercida por Freud en Kelsen, subrayada por el estudioso italiano, se observa también en el ensayo kelseniano *Gott und Staat (Dios y estado)*, publicado en 1923, en el que, remitiéndose a *Totem und Taboo* de Freud (1920), el jurista precisaba que en democracia la «relación de subordinación» era «sublimada» por la investidura popular de los «jefes»<sup>96</sup>. En *Gott und Staat* aparecía nuevamente una referencia a la democracia y a lo que Kelsen consideraba uno de sus aspectos más importantes y problemáticos, la relación entre gobernados y gobernantes.

Sin embargo, justo esta referencia, en el contexto de una obra fuertemente influenciada por la lección freudiana, testimonia cómo y cuánto los intereses de Kelsen no coincidían, y no se limitaban sólo, a la doctrina jurídica y a cuestiones de teoría del derecho.

### 3. DE LA SEGUNDA EDICIÓN DE LOS *HAUPTPROBLEME DER STAATSRICHTSLEHRE* A LA *POLÉMICA CON CARL SCHMITZ* (1923-1933)

Desde los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* hasta *Das Problem der Souveränität*, Kelsen había teorizado, por tanto, una doctrina del derecho que mantenía separado el ámbito del «ser» del ámbito del «deber ser» y que analizaba las normas del derecho positivo. Es necesario esperar a la *Introducción* de la segunda edición de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* de 1923, para que el jurista explicite los modelos teóricos a los que se había referido en la elaboración de su *Rechtslehre*<sup>97</sup>. En la nueva *Introducción*, Kelsen repite que:

<sup>95</sup> G. Gavazzi, «Introduzione», cit., págs. 29-31. Un testimonio menos conocido de la colaboración entre Kelsen y Freud es el breve ensayo «Die platonische Liebe» aparecido en 1933 en la revista *Imago*. El artículo estaba subdividido en dos partes, la primera dedicada a la descripción del desacuerdo interior: provocado en Platón por su propia homosexualidad; la segunda parte analizaba el concepto platónico de poder como dominio amoroso que, según Kelsen, estaba estrechamente ligado al «eros platónico». V. Foschini, «Kelsen e Platone», en ídem., *Saggi su Kelsen e Capograssi, due interpretazioni del diritto*, cit., págs. 70-72.

<sup>96</sup> H. Kelsen, «Dio e stato», en ídem., *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cargo de A. Carrino, Nápoles, ESI, 1988, págs. 137-144. Este mismo concepto reaparecería, por ejemplo, en la segunda edición de *De la esencia y valor de la democracia*. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., págs. 134-135.

<sup>97</sup> La segunda edición de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* era idéntica a la primera; la única novedad estaba constituida por la *Introducción*.

el objetivo al que se dirigen los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, y que desde entonces ha determinado también todos mis otros trabajos, es una doctrina pura del derecho como teoría del derecho positivo. Ya en mi primera obra he intentado asegurar en un doble sentido la pureza de la doctrina o [...] la autonomía del derecho como objeto de conocimiento científico<sup>98</sup>.

La reivindicación de la «autonomía del derecho como objeto de conocimiento científico» significaba renovar, doce años después de la primera edición de la obra, la crítica a la corriente sociológica y a la iusnaturalista, según Kelsen, por la incapacidad de distinguir el plano del «ser» del «deber ser», «por lo cual, lo que en los *Problemas fundamentales* cuenta sobre todo es determinar la autonomía del derecho respecto a la naturaleza o a una realidad social determinada a modo de naturaleza»<sup>99</sup>. En otros términos, en la introducción a la edición del 23, Kelsen reafirmaba que: «la norma, como juicio de deber, se contraponen a la ley natural, y la proposición jurídica calificada como norma se contraponen a la ley especial causal de la sociología»<sup>100</sup>.

En las páginas introductorias a la segunda edición de los *Hauptprobleme*, Kelsen citaba las «fuentes» de la doctrina del derecho y del estado. Admitía estar inspirado en parte por el neocriticismo de Windelband por lo que tenía que ver con la distinción entre «ser» y «deber ser». Reconocía, sin embargo, que su mayor deuda intelectual la tenía con el neokantismo de Hermann Cohen<sup>101</sup>.

En la base de la obra del filósofo neokantiano estaba la idea de que el método de conocimiento estaba en condiciones de determinar su propio objeto, idea que reaparecía en la *Introducción* a la segunda edición de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, donde Kelsen sostenía que, gracias a la *Ethik des reinen Willens (Ética de la voluntad pura)* de Cohen, había comprendido que el estado era solo y exclusivamente derecho cuando era estudiado por la ciencia del derecho<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> H. Kelsen, «Introducción» a la segunda edición de ídem., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 18.

<sup>99</sup> *Ibid.*, págs. 17-18.

<sup>100</sup> *Ibid.*, pág. 18.

<sup>101</sup> En 1912 había aparecido en los «Kant Studien» una reseña en la que los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* se entendían como fuertemente influenciados por el neokantismo de Hermann Cohen. Sólo en 1923, Kelsen precisaría la dimensión «real» de su relación con el neokantismo de Cohen. M. G. Losano, «Introducción», a H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Turín, Einaudi, 1990, pág. 14.

<sup>102</sup> H. Kelsen, «Prefazione», cit., pág. 30.

Gracias a la interpretación que Cohen ha dado de Kant, en concreto en su *Ethik des reinen Willens*, puede alcanzarse el decisivo punto de vista epistemológico, a partir del cual solo era posible considerar de manera correcta los conceptos de estado y de derecho. Una reseña de mis *Problemas fundamentales* en «Kantstudien», y en la que se reconocía esta obra como un intento de aplicar el método trascendental a la ciencia jurídica, había llamado mi atención sobre los fuertes paralelismos existentes entre mi concepto de voluntad jurídica y las tesis, hasta ese momento desconocidas para mí, de Cohen. De ahí se derivaba, como segura consecuencia de la posición epistemológica fundamental de Cohen [...] que el estado, en cuanto objeto de conocimiento jurídico, puede ser sólo derecho.<sup>103</sup>

Remitiéndose a la obra de Cohen, Kelsen concluía que el objeto de conocimiento mutaba en base al método de investigación y de conocimiento adoptado:

Sólo a partir de la posición epistemológica que lleva a la comprensión de la unidad de estado y derecho se llega también a una superación más completa de la denominada *teoría de los dos lados*, según la cual el estado sería, por un lado, una realidad social natural, existente en el mundo del ser causalmente determinado; y, por el otro, una entidad jurídica, una persona jurídica, objeto por tanto de dos modos de consideración metodológicamente muy distintos, de una doctrina social científico-causal y de una doctrina del derecho nominativa. La tesis sostenida, ya en los *Problemas fundamentales*, de la «naturalidad totalmente jurídica del estado» se consolida lógicamente sólo en el principio según el cual un mismo sujeto de conocimiento no puede estar determinado a través de dos métodos cognoscitivos, como son la consideración causal del ser y la consideración normativa del deber, de acuerdo con los presupuestos completamente distintos de uno y otro.<sup>104</sup>

En ese sentido, Kelsen rechazaba la idea de que existiese «la cosa en sí misma», una realidad ontológicamente independiente del sujeto que conoce y dotada de cualidades y características propias.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> Ídem.

<sup>104</sup> *Ibid.*, pág. 33.

<sup>105</sup> O. Lepsius, ob. cit., pág. 342; A. Carrino, «Vita e forma in Kelsen», introd. a H. Kelsen, *Dio e stato...*, cit., págs. 22-23; F. Todescan, *Diritto e realtà. Storia e teoria della Fictio iuris*, Padua, Cedam, 1979, págs. 370-386. En la negación de la «cosa en sí» Kelsen no habría sido «deudor» sólo de Cohen, sino también, como el mismo recordaba en la *Introducción*, de la obra de Ernst Mach y Otto Vahiniger. El primero había negado decididamente la posibilidad del hombre de aprender e indagar la realidad en sí misma, atribuyendo a la ciencia la mera tarea de extender el ámbito de las experiencias humanas. En *Die Philosophie*

La mayor parte de la literatura crítica<sup>106</sup> entiende que la misma concepción política kelseniana ha sido fuertemente influenciada por la lección neokantiana. El carácter procedimental de la *Demokratietheorie* kelseniana ha sido así reconducido a esa negación de la «cosa en sí», de la que el propio Kelsen se sentía «deudor» de Cohen. La identificación de la democracia con una serie de procedimientos ha sido atribuida, de hecho, al desplazamiento de atención del *qué* conocemos al *cómo* lo conocemos, del *contenido* a la *forma* que, como él mismo admira, le llegaría a Kelsen del neokantismo.<sup>107</sup>

*des Als-Ob (La filosofía del como sí)* (1911), Vahiniger, que parecía haberse inspirado en la tesis de Mach, negaba también para la ciencia la posibilidad de conocer la esencia de lo real. R. Treves, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto*, en H. Kelsen-R. Treves, ob. cit., págs. 82-83.

<sup>106</sup> Sobre la relación entre Kelsen y la escuela neokantiana existe una amplia literatura crítica. Referencias y apuntes a la «filación neokantiana» pueden encontrarse en: N. Bobbio, *Studi generali sulla teoria del diritto*, Milán, Giuffrè, 1952; ídem., *Dalla struttura alla forma, nuovi studi di teoria del diritto*, Milán, Comunità, 1977; ídem., «Kelsen e il problema del potere», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LVII, 1981, págs. 549-570; ídem., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, ESI, 1992; A. Carrino, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, cit.; ídem., *Vita e forme in Kelsen*, cit.; ídem., *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, a cargo de L. Gianformaggio, Turín, Giappichelli editore, 1990; E. Buljgin, ob. cit., H. Dieter, *Rechtstheorie, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, cit.; V. Frosini, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, cit.; P. Giordano, *Profilo della sovranità. Il dibattito giusfilosofico degli anni Venti*, Nápoles, Editoriale scientifica, 1996; S. Goyard-Fabre, *Kelsen e Kant, saggi sulla dottrina pura del diritto*, cit.; ídem., *La pensée politique de Hans Kelsen*, cit.; M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, cit.; ídem., «Introduzione», cit.; H. L. Ollig, *Der Neukantianismus*, Stuttgart, J. B. Metzlerische Verlagbuchhandlung, 1979; M. Pascher, *Einführung in den Neukantianismus. Kantens Grundpositionen. Praktische Philosophie*, München, Wilhelm Fink Verlag, 1997; S. L. Paulson, «Toward a Periodization of the Pure Theory of Law», en H. Kelsen's *Legal Theory. A Diachronic Point of View*, a cargo de L. Gianformaggio, Turín, Giappichelli editore, 1992; ídem., «Kelsen and the Neo-Kantian problematic», en *Neokantismo, diritto e sociologia*, a cargo de A. Caranta, M. Fimiani, Nápoles, ESI, 1995; G. Reichtold, *Hans Kelsen und die Krise der Staatstheorie. Eine rechtsphilosophische Untersuchung*, Doktorat Dissertation, National Bibliothek, Viena, 1991; la importante antología, *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit.; R. Treves, «Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXIX, 1952, págs. 177-197; ídem., «Prefazione» a H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, a cargo de R. Treves, Turín, Einaudi, 1952; ídem., *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto*, cit.; O. Weinberger, *Normenlehre als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1981.

<sup>107</sup> Para una literatura esencialmente procedimentalista de la concepción democrática kelseniana, recordemos la importante antología *Ideologietheorie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlin, hg. von E. Topitsch y P. Koller, Berlin, Duncker & Humboldt, 1982; N. Bobbio, *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Turín, Einaudi, 1985 [N. Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad*, Barcelona, Plaza & Janés, 1987]; ídem., *Teoría general de la política*, cit. [N. Bobbio, *Teoría general de la política*, Madrid, Editorial Trotta, 2002];

En los últimos años, la literatura sobre el «Kelsen político» ha subyugado, sin embargo, con mayor fuerza los contenidos de libertad política y civil que los procedimientos democráticos teorizados por Kelsen vehicular, y sin los cuales, para el autor de *De la esencia y valor de la democracia*, la democracia política sería de hecho irrealizable.<sup>108</sup>

La declaración de las «deudas» intelectuales contraídas con respecto al neokantismo constituye la principal novedad de la segunda edición de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* de 1923. Lo que no había cambiado en relación con la primera publicación de la obra en 1911 era la idea de una ciencia del derecho que fuera positiva, es decir, que se ocupara de las normas del derecho positivo y que mantuviese separado el ámbito del «ser» del «deber ser».<sup>109</sup>

H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, cit.; G. Garavani, «Introduzione», cit.; R. Gatti, *Pensare la democrazia, itinerari del pensiero politico contemporaneo*, Roma, A.V.E., 1994; ídem, «Il filo spezzato. Ragione e democrazia in Hans Kelsen», en *Democrazia, ragione, verità*, a cargo de R. Gatti, Milán, Massimo, 1994; V. Possenti, «Democrazia e filosofia. Le aporie della fondazione della democrazia in Hans Kelsen», *Rivista di filosofia neo-scolastica*, IV, 1987, págs. 536-557; G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1957.

<sup>108</sup> Entre las contribuciones que han intentado proponer un Kelsen no sólo y estrictamente procedimentalista, cfr. M. Barberis, «Introduzione», cit., R. De Capua, *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, Roma, Carocci, 2003; C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, París, Édition Kimé, 1995; G. Pecora, *La democrazia di Hans Kelsen. Un'analisi critica*, Nápoles, ESI, 1992; S. Mastellone, *Storia della democrazia in Europa del xviii al xx secolo*, con introd. de N. Bobbio, Turin, UTET, 2004; S. Mastellone, *Historia de la democracia en Europa: de Monarquía a Kelsen*, Madrid, Editoriales de Derecho reunidas, 1990; N. Matteucci, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, introducción a H. Kelsen, *Democrazia e cultura*, Bologna, Il Mulino, 1955; ídem, «Filosofía política contemporánea», Bologna, Il Mulino, 2001. Una mención aparte merece N. Matteucci: en 1955, el estudioso italiano publicó en edición crítica la segunda *De la esencia y valor de la democracia*; una lucida y eficaz introducción que, aún hoy, representa una de las mejores y más claras reflexiones sobre el extro kelseniano de 1929, en la que Matteucci aludía al carácter fuertemente liberal de la concepción democrática kelseniana. En *Costituzionalismo e positivismo giuridico* de 1963, Matteucci tomaba, sin embargo, drásticamente distancia de lo afirmado en 1955, identificando a Kelsen como un árido positivista desinteresado de la política. Este brusco cambio es probablemente achacable a la polémica que Matteucci estaba teniendo en ese momento con el positivismo jurídico, y que, muy probablemente, condicionó su misma percepción del «Kelsen político». En el reciente *Filosofía política contemporánea*, Matteucci ha replanteado algunas de las ideas expuestas en el lejano 55 y, al mismo tiempo, algunas de las acusaciones reñazadas contra Kelsen en el ensayo de 1963, como si su reflexión sobre el jurista austriaco estuviese «suspendida» entre esas dos opuestas perspectivas. Sobre Matteucci crítico del positivismo jurídico, cfr. el artículo de C. Margiora, «Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2000, págs. 387-426.

<sup>109</sup> H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, cit., pág. 39.

Los conceptos expuestos en ambas ediciones de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* fueron replanteados por Kelsen en la *Allgemeine Staatslehre (Doctrina general del estado)* (1925), donde, como recuerda Losano, la concepción del estado como realidad jurídico-normativa se explicaba definitivamente.<sup>110</sup> En el intento constante de liberar al estado, como ordenamiento jurídico, de referencias y conexiones con el mundo empírico del «ser», Kelsen terminaba por identificar el concepto de persona con un ordenamiento jurídico parcial que pertenecía a un ordenamiento jurídico más amplio, el estado.<sup>111</sup>

Mientras tanto, los compromisos de Kelsen continuaban siendo innumerables: ensayos, conferencias, viajes, consultas, todo ello con el trasfondo de una Europa que en 1922 había asistido al ascenso del fascismo en Italia y que, tras la crisis económica de 1929, abría de par en par las puertas al nazismo.

Los años comprendidos entre 1925 y 1930 estuvieron repletos de cambios y dificultades para Kelsen. La primera reforma constitucional del 29, que desplazaba en Austria el epicentro del poder desde el parlamento al gobierno, había contribuido a una involución en un sentido cada vez más conservador del mundo político y a un progresivo refuerzo de la autoridad del partido social cristiano en perjuicio del pluralismo político. El clima de hostilidad para los profesores no alineados con las posiciones conservadoras era uno de los efectos de la lenta pero progresiva pérdida de los contenidos democráticos y legalistas de la Constitución de 1920.<sup>112</sup>

Aislado de sus propios colegas a causa de las amistades que lo ligaban al ambiente social-demócrata, Kelsen dejó Viena en 1930 para aceptar la cátedra de derecho internacional en Colonia.<sup>113</sup>

<sup>110</sup> M. G. Losano, «Introduzione», cit., pág. XLIV.

<sup>111</sup> H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Viena, Österreichische Staatsdruckerei, 1997, págs. 158-160 [trad. esp. *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Labor, 1934; reed. Miféico, Fondo de Cultura Económica, 1948; y Miféico, Editora Nacional, 1959, 1965 y 1974]. Paralelamente a cuestiones retóricas, al sistema *Staatslehre* aparecían referencias a la administración pública, a sus poderes, al fisco, al sistema judicial, como testimonio de la inicial intención de Kelsen de utilizar el ensayo como manual para sus estudiantes de derecho, cfr. M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, cit., pág. 45-46. Kelsen amplió su *Rechtslehre* con numerosos escritos, desde ensayos como *Staat als Übermensch (Estado como Superhombre)* (1926) y *Rechtsgeschichte oder Rechtsphilosophie? (Estado del derecho o filosofía del derecho)* (1928), hasta análisis individuales como *Die Bundesstruktur (El ejercicio federal)* (1927) y *Die Theorie der Interpretation (La teoría de la interpretación)* (1934).

<sup>112</sup> R. A. Metall, ob. cit., págs. 47-50. Sobre la involución conservadora de la política austriaca, cfr. G. Botz, «Fascismo e autoritarismo», en *Il caso Austria, dall'Ausschuss aller Weltwählern*, a cargo de R. Garzola y G. E. Rusconi, Turin, Einaudi, 1988; E. Collotti, *Fascismo, fascismi*, Florencia, Sansoni, 2000.

<sup>113</sup> R. A. Metall, ob. cit., págs. 55-57.

En el tiempo transcurrido en la ciudad alemana, Kelsen resumió las principales tesis de su doctrina del derecho en un breve ensayo, publicado por primera vez en 1934, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Doctrina pura del derecho. Introducción a la problemática jurídico-científica)*, en el que el estado se identificaba de nuevo con el derecho<sup>114</sup>. El derecho al que se refería Kelsen en el ensayo del 34 era el derecho positivo, del que el jurista quería identificar la «posibilidad» de existencia y de «validez»<sup>115</sup>. La *Reine Rechtslehre* se articulaba en dos partes: «estática» y «dinámica». En la primera parte, se repeta y se profundizaba en afirmaciones y principios que habían aparecido ya en los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* y en la *Allgemeine Staatslehre*: las normas del derecho positivo eran asimiladas completamente a la esfera del «deber ser», para que estas fueran distinguidas del «ser» que concernía a la realidad concreta y empírica.

Tal dicotomía se correspondía con la de «validez» y «eficacia», en la medida que la primera era propia del derecho y la segunda concernía al efecto o comportamiento del hombre<sup>116</sup>. En la segunda parte de la obra, Kelsen replanteaba el concepto de norma fundamental, definiéndola como la «categoría lógico-trascendental» en la que se apoyaba todo el ordenamiento jurídico<sup>117</sup>.

La identificación del estado con un complejo de relaciones entre normas superiores e inferiores, el rechazo a introducir en la ciencia del derecho elementos naturalistas y psicológicos, la separación del concepto de eficacia del de validez, eran elementos que habían caracterizado la reflexión jurídica de Kelsen desde los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* y que, en los años en que tomaron forma y fueron expuestos, se convirtieron en el blanco de numerosas críticas; entre las más sistemáticas, lúcidas e interesantes cabe citar las de Hermann Heller (1891-1933)<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> M. G. Losano, «Introduzione», cit., pág. XIV.

<sup>115</sup> S. Goyard-Fabre, *Kelsen e Kant...*, cit., pág. 11.

<sup>116</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, con introducción de R. Treves, Turín, Einaudi, 2000, págs. 101-103; la reciente reedición italiana de la primera *Reine Rechtslehre* reproduce la introducción de R. Treves, originariamente escrita en 1952, cuando el estudio so reedita de nuevo las importantes etapas de la difusión italiana de la *dottrina pura del derecho*. R. Treves, «Prefazione» a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., págs. 12 y sigs. La reedición contiene en apéndice la traducción de dos ensayos kelsenianos: «Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence», publicado en 1941 por la *Harvard Law Review* y «Causality and Imputation», aparecido en 1950 en la revista *Ethica* [trad. esp. *La Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. de Jorge G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941; reed. Méjico, Editora nacional, 1981].

<sup>117</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., págs. 98-100.

<sup>118</sup> D. Quagliani, *La sovranità*, cit., pág. 101.

En 1926, el jurista y pensador político alemán publicaba *Die Krise der Staatslehre (La crisis de la doctrina del estado)*, en la que, en clara polémica con Kelsen, proponía una doctrina del estado que redescubriese la relación «fecunda» entre «hecho» y «norma», que volviese a ser una «ciencia social empírica», pues, para Heller, estado y derecho eran «formaciones sociales existentes que producen efectos psico-sociales», y el estado no era «un sistema ideal de normas, sino una asociación fundada en la realidad»<sup>119</sup>.

En *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrechts (La soberanía. Una contribución a la teoría del estado y del derecho internacional)* de 1927, Heller acusaba a Kelsen de haber destruido el concepto mismo de soberanía, identificando esta última con una norma de carácter ideal, y transformando así el estado en un conjunto de normas. Según Heller, el error de Kelsen había sido haber querido ocultar el problema fundamental de la soberanía: *quién decide qué?*<sup>120</sup>.

Las críticas de Heller no fueron las únicas: en los años 20 la doctrina kelseniana fue objeto de numerosos ataques que repetían la conexión entre la esfera del «ser» y las normas de derecho positivo, y la necesidad para la ciencia del derecho de considerar su contenido histórico-político. Contra la *dottrina pura del derecho*, los críticos de Kelsen sostenían que los mismos conceptos jurídicos no eran generalizaciones lógico-formales, sino más bien elementos conectados con la idea de fin, idea rechazada por Kelsen desde los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* de 1911, en la óptica de una neta distinción entre «norma» y «hecho»<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> H. Heller, «La crisi della dottrina dello stato», en ídem., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello stato*, a cargo de P. Pasquino, Milán, Giuffrè, 1987, págs. 53-57.

<sup>120</sup> H. Heller, «La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello stato e del diritto internazionale», en ídem., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello stato*, cit., págs. 126-128; 140-143. Sobre la concepción hellleriana de estado y de derecho (en oposición a la de Kelsen), cfr. P. Pasquino, «Alcune osservazioni su Hermann Heller», introd. a H. Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello stato*, cit.; R. Treves, «La dottrina dello stato in Hermann Heller», en ídem., *Libertà, politica e verità. Saggi vari*, Milán, Comunità, 1962; P. Giordano, ob. cit. Para un análisis de la concepción política y democrática de Heller, cfr. P. Pasquino, «Alcune osservazioni su Hermann Heller», en ídem., *Stato e democrazia in Hermann Heller. Transizione*, 3, 1985, págs. 123-142; ídem., «Democrazia politica ed omogeneità sociale», *Quaderni piacentini*, 10, 1983, págs. 123-137; U. Pomarici, «Postfazione» a H. Heller, *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti*, a cargo de U. Pomarici, Nápoles, Editoriale scientifica, 1998.

<sup>121</sup> N. Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., pág. 16 y sigs.; R. Treves, «Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XIII, 1933, págs. 547-548; ídem., *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, cit., pág. 183.

La contraposición entre Kelsen y aquellos que se oponían a su *Staats y Rechtslehre* era el enfrentamiento entre dos concepciones del derecho completamente diferentes, entre las cuales no podía existir ninguna mediación.

Ante las acusaciones que le fueron dirigidas, Kelsen se limitó a repetir, en «Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre» («Formalismo jurídico y doctrina pura del derecho»), publicado en 1929 por la revista *Juristische Wochenschrift*, que su doctrina del derecho quería analizar las normas del derecho positivo, comprender sus características, la *forma*, las relaciones que se instauraban entre ellas, independientemente de factores históricos, políticos, éticos<sup>122</sup>.

La *Reine Rechtslehre* fue concebida y escrita, en sus líneas esenciales, durante el periodo transcurrido en Colonia, durante el cual Kelsen se vio implicado en una agria polémica con Carl Schmitt sobre el papel y el significado de constitución<sup>123</sup>. Con el trasfondo de la grave crisis política que desde hacía tiempo atezaba a la república de Weimar, Schmitt había publicado en 1931 *Der Hüter der Verfassung (El defensor de la Constitución)*, en el que confiaba a la figura del presidente de la república, en cuanto representante máximo de la unidad del pueblo, el deber de defender la Constitución y sus contenidos democráticos<sup>124</sup>. Algunos meses más tarde, Kelsen respondió con *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (Quién debería ser el defensor de la Constitución?)* (1931), en el que replicaba a Schmitt que sólo la justicia constitucional tenía el derecho de tutelar la Constitución, ya que esta última no era el producto de la decisión de un sujeto específico, como el pue-

<sup>122</sup> H. Kelsen, «Formalismo jurídico e doctrina pura del diritto», en H. Kelsen-R. Treves, ob. cit., pág. 40.

<sup>123</sup> El primer ciclo de clases impartido en el ateneo alemán, Kelsen lo dedicó a la idea de justicia en la Grecia clásica: en el semestre estival de 1931, el jurista se encargó de un curso sobre la «introducción a la filosofía del derecho» y otro sobre la «filosofía social de Platón», de los que extrajo en 1933 un breve ensayo, publicado en *Kant Studien* y titulado «Die Platonische Gerechtigkeit» («La justicia platónica»). A continuación, y fruto de una invitación que le había dirigido el profesor William Rappard, Kelsen impartió una serie de clases en el semestre estival de 1932 en el Instituto de Estudios superiores internacionales de Ginebra. En el mismo año, presentó un nuevo escrito, titulado *Theorie generale du droit international public. Problems choisis*. R. Monaco, «Kelsen e la teoria del diritto internazionale», en *Hans Kelsen nella cultura filosofica-giuridica del Novecento*, cit., pág. 40.

<sup>124</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, a cargo de A. Caracciolo, Milán, Giuffrè, 1981, págs. 215-236 [C. Schmitt, *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 1998]. *Der Hüter der Verfassung* había sido concebido por Schmitt como respuesta a *La garantía jurisdiccional de la constitución* de 1929, con el que Kelsen había propuesto ya claramente confiar la protección de la Constitución a la jurisdicción constitucional. P. Petrá, «Schmitt, Kelsen e il Custode della costituzione», *Storia e politica*, 1, 1977, págs. 540-541.

blo o el presidente de la república, sino de un complejo proceso de confrontación y compromiso entre las fuerzas políticas<sup>125</sup>.

Un tema aparentemente jurídico como la protección *ad hoc* del ordenamiento democrático, se convertiría en el ensayo de 1931 en el pretexto para afirmar una visión *constitucional* de la democracia, como testimonio del interés de Kelsen por temáticas más propiamente políticas y de pensamiento político<sup>126</sup>.

<sup>125</sup> H. Kelsen, «Il custode della costituzione», en ídem, *La giustizia costituzionale*, a cargo de C. Geraci, con introducción de A. La Pergola, Milán, Giuffrè, 1981, págs. 237-244. Otro importante testimonio de la polémica entre los dos juristas sobre el «custodio de la Constitución» fue la intervención *Verteidigung der Demokratie (Defensa de la democracia)* de 1932, con la que Kelsen defendía la ya entonces débil República de Weimar, criticando a quien (como Schmitt) quería proteger el ordenamiento democrático recurriendo a métodos no democráticos. La imposibilidad de renunciar a los métodos democráticos la repeta Kelsen en *Staatsform und Weltanschauung (Formas de gobierno y concepción política)* de 1933, libro en el que se proponía de nuevo un tema ya afrontado en las dos ediciones de *De la esencia y valor de la democracia*: la contraposición entre democracia como espacio de libertad y tolerancia y la autocracia como negación de esos mismos principios. La traducción italiana de *Verteidigung der Demokratie* está incluida en H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., véanse en concreto págs. 86-89; la traducción italiana de *Staatsform und Weltanschauung* se encuentra en *La giustizia costituzionale*, cit., remitimos en concreto a pág. 47 y sigs. [trad. esp.: «Forma de estado y visión del mundo», trad. del inglés de Gertrudis Payás, en *El otro Kelsen*, ed. Oscar Correas Méjico, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 1989, págs. 223-241].

Sobre la relación entre Kelsen y Schmitt, cfr. M. Fioravanti, «Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento», en *Crisi costituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, cit.; S. Baume, «Penseur de l'État in Carl Schmitt: La valeur de l'État et la signification de l'individu», introducción a C. Schmitt, *La valeur de l'État et la signification de l'individu* (1913), introducción y traducción de S. Baume, Ginebra, Librairie Droz, 2003; S. L. Paulson, «The Schmitt-Kelsen Dispute on the "Guardian of the Constitution": the Issue of Subsumption», *Diritto e cultura*, 1995, págs. 169-188; A. Predieri, *Carl Schmitt, un nazista senza congegni*, 2 vols., Florencia, La Nuova Italia, 1999; M. Caserta, ob. cit.

<sup>126</sup> En la polémica con Schmitt, Kelsen proponía de nuevo consideraciones que había madurado desde hacía tiempo. En los años sucesivos a la creación del Tribunal constitucional austriaco (1920), a la que Kelsen había aportado una contribución teórica y técnica muy importante, el jurista había publicado una serie de intervenciones sobre la protección por vía constitucional de la Constitución: «Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920», *Zeitschrift für schweizerisches Recht* (1923-1924); «Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung», en *Festschrift für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*, Tübingen, Verlag von J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1927; «Der Drang zur Verfassungsreform», *Neue Freie Presse*, 6. Oktober 1929; «Die Grundzüge der Verfassungsgründe I, II», *Neue Freie Presse*, 20 de octubre de 1929, 30 de octubre de 1929; «La grande juridictionnelle de la Constitution», *Revue de droit publique et de science politique*, XXXV, 1928; «Discussion du rapport de M. Kelsen sur "La garantie juridictionnelle de la Constitution"», *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929; «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», *Journal of Politics*, 1942. Todos los ensayos aquí enumerados se encuentran ahora presentes en H. Kelsen,

A pocas semanas de la toma de posesión del gobierno nacionalsocialista, Kelsen recibió la noticia de haber sido suspendido de la enseñanza a causa de su presunta cercanía a los ambientes marxistas.

A finales de la primavera del mismo año, el jurista fue obligado a abandonar Alemania por Ginebra, donde obtuvo un cargo en el Instituto de estudios internacionales.<sup>127</sup> En el semestre invernal 1933-1934 el jurista se ocupó de las fuentes del derecho internacional y en el semestre estival continuó con un curso sobre «teoría general de los pueblos: problemáticas y opciones».<sup>128</sup> En 1933 Kelsen aceptó la cátedra de derecho internacional en Praga y permaneció allí hasta 1939; en 1940 decidió al fin abandonar Europa definitivamente por América.<sup>129</sup>

#### 4. EL EXILIO EN AMÉRICA Y LOS ESTUDIOS INTERNACIONALISTAS (1940-1973)

En el bienio 1940-1942 el ya anciano jurista enseñó en varios institutos universitarios para trasladarse después definitivamente a Berkeley en el 42. Con el final del segundo conflicto mundial, Kelsen fue consultado, en calidad de experto en derecho internacional, para la preparación del proceso de Nuremberg contra los criminales nazis<sup>130</sup> y, aunque no oficialmente, para la creación de la Carta de la ONU<sup>131</sup>.

*La ginittizia costituzionale*, cit. La antología cuidada por Geraci no contiene, sin embargo, otro fundamental texto kelseniano sobre la justicia constitucional, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit» («Esencia y desarrollo de la jurisdicción estatal»), aparecido originalmente en las *Verhandlungen der Deutschen Staatsrechtslehrer* en 1929, ahora presente en *Die Wiener rechts-theoretische Schule...*, 1 Bd., cit.

<sup>127</sup> En los primeros años 30 los intereses científicos de Kelsen giraban desde el pensamiento de los clásicos griegos (en particular Platón y Aristóteles), como *Die platonische Gerechtigkeit (La justicia platónica)* a la teoría política con *Die Allgemeine Staatslehre im Lichte der materialistischen Geschichtsauffassung (La teoría general del estado a la luz de la concepción materialista de la historia)*.

<sup>128</sup> En 1933 había publicado ya *Theorie des Völkerrechts (Teoría del derecho internacional)*, en 1934 dio a la imprenta *Fragen des völkerrechtlichen Vertragsrechts (Cuestiones del derecho internacional)*, que precedió en dos años a *Das Primat des Völkerrechts (La primacía del derecho internacional)* R. A. Metall, ob. cit., págs. 60-65.

<sup>129</sup> *Ibid.*, 75-76.

<sup>130</sup> Sobre el tema, cfr. G. Ginsburg y V. N. Kudriavtsev, *The Nuremberg Trial and the International Law*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1990.

<sup>131</sup> Tras la noticia de que la sede de la ONU estaría en América, Kelsen escribió un «amendandum» para el Departamento de Estado americano, en el que proponía instituir un United States Institute of International Studies que formase personal cualificado para la ONU, a través de la enseñanza de la política internacional, de la macroeconomía, del derecho internacional. R. A. Metall, ob. cit., págs. 77-81.

Contemporáneamente a la enseñanza en Berkeley, proseguía con su actividad investigadora; en 1943 se dio a la imprenta un estudio sociológico *Society and Nature*<sup>132</sup>, en el que Kelsen ampliaba un tema que había ya analizado en numerosas contribuciones: el concepto de causalidad y la contraposición entre derecho natural y derecho positivo.<sup>133</sup> En *Society and Nature*, Kelsen repetía que el error de los teóricos del derecho natural era atribuir a los propios juicios y opiniones un carácter absoluto que ellos no poseían.<sup>134</sup>

El ensayo publicado en América fue objeto de numerosas críticas, pues era considerado superficial y aproximativo<sup>135</sup>, pero, más allá de los juicios contrarios, proponía una serie de consideraciones que serían en parte reutilizadas por Kelsen para analizar la teoría bolchevique del derecho y del estado, en dos obras fundamentales como *The Political Theory of Bolshevism. A critical Analysis* (1948) y *The Communist Theory of Law and State* (1955). El ensayo de 1948 contenía sobre todo una exposición crítica de la doctrina marxista del estado; relacionándose sobre todo con las tesis expuestas veinte años antes en *Sozialismus und Staat*, Kelsen se proponía «desmontar» desde dentro el sistema marxista, intentando demostrar cómo este no

<sup>132</sup> El interés de Kelsen por la relación entre naturaleza y sociedad había ya aparecido en *Got und Staat* de 1923. En 1936, en el Instituto de filosofía del derecho y de sociología de Ginebra, Kelsen había leído una intervención, titulada *Loime et le droit. Morale et moeurs*, en la que se anticipaban temas que reaparecerían precisamente en *Society and Nature*. R. Treves, «Società e natura nell'opera di Kelsen», introd. a H. Kelsen, *Società e natura. Ricerca sociologica* con introducción de R. Treves, Milán, Bollati Boringhieri, 1992, pág. 3.

<sup>133</sup> H. Kelsen, *Società e natura. Ricerca sociologica*, cit., pág. 84 y sigs.; págs. 379-398. Este tema había ya aparecido en la primera edición de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, en la *Allgemeine Staatslehre* en la *Reine Rechtslehre* y en contribuciones «menores» como «Die Idee des Naturrechts» («La idea del derecho natural»), *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 7 Bd., 1927-1928 [trad. esp.: «La idea del derecho natural», trad. de Francisco Ayala, *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de Córdoba*, núm. 6, 1943, págs. 221-271; ídem, reed. en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, ed. Enrique R. Aftalión, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 13-52], y en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des positivistischen Philosophische Vorträge (Los fundamentos filosóficos del derecho natural y del positivismo jurídico)*, Charlottenbourg, Paul Verlag Ralf Heise, 1928; estos dos últimos escritos se incluyen ahora en *Die Wiener rechts-theoretische Schule...* 1 Bd., cit. [trad. esp.: «La doctrina del Derecho Natural y el Positivismo jurídico», trad. de Rogelio A. Vásquez, *Anuario de Derecho*, Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas (Panamá), núm. 9, 1970-1971, págs. 7-26].

<sup>134</sup> H. Kelsen, *Società e natura. Ricerca sociologica*, cit., págs. 17-28; págs. 379-398; págs. 399 y sigs. Sobre la crítica a la «ideología» del derecho natural en *Society and Nature*, cfr. S. L. Paulson, «Kelsen teórico político», *Diritto e cultura*, 2, 1994, pág. 132 y sigs.

<sup>135</sup> Sobre la recepción de *Society and Nature*, en América, cfr. S. L. Paulson, «Die Rezeption Kelsens in Amerika», en *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, a cargo de O. Neuberger, W. Krawietz, Viena-Nueva York, Springer Verlag, 1988, pág. 179 y sigs.

era un saber valorativo y científico sino una ideología, aunque muy bien enmascarada.<sup>136</sup>

Como subraya Guastini, lo que tenían en común los ensayos de 1948 y de 1955 era la idea de que el marxismo había reivindicado un carácter de cientificidad y objetividad que no poseía.<sup>137</sup> La crítica al carácter «ético» del pensamiento marxista se integraba en una reflexión más general que recuperaba temas ya desarrollados en *Sozialismus und Staat*: contra la doctrina política bolchevique, Kelsen reafirmaba con fuerza la imposibilidad de superar el carácter inevitablemente constrictivo del estado.<sup>138</sup>

Ni siquiera la doctrina jurídica soviética escapó a los ataques de Kelsen.<sup>139</sup> en respuesta a los juristas soviéticos que identificaban el derecho con los intereses de la clase hegemónica, Kelsen observaba en *The Communist Theory of Law* que, a lo largo de la historia, el derecho no había tutelado sólo las posiciones de poder de la *ruling class*, sino que había sido utilizado más veces como instrumento de emancipación social y política de las clases menos favorecidas.<sup>140</sup> Las críticas de Kelsen tenían un doble objetivo: por un lado, deslegitimar la escuela jurídica soviética en cuanto fruto de la doctrina jurídica marxista; y, por otro, repetir, contra ella, la *doctrina pura del derecho*.

Los ensayos dedicados a la teoría política del bolcheviquismo aparecieron en un periodo particularmente fecundo de la actividad científica de

<sup>136</sup> H. Kelsen, *La teoría política del bolchevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, cit., pág. 132. Este aspecto lo subraya eficazmente R. Guastini, «Introduzione» a H. Kelsen, *La teoría política del bolchevismo e altri saggi del diritto e dello stato*, cit., pág. 7 y sigs.; cf. G. Cinnella, *Norme e valori in Kelsen*, Urbino, Quattroventi, 1997, pág. 17 y sigs.

<sup>137</sup> R. Guastini, *Kelsen critico del marxismo*, cit., págs. 137-138.

<sup>138</sup> H. Kelsen, *La teoría política del bolchevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, cit., pág. 53 y sigs.; ídem, «Il diritto è una speciale tecnica sociale» (1941), en *La teoría política del bolchevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, cit., págs. 99-104; ídem, «Diritto, stato e giustizia nella teoría pura del diritto» (1948), en *La teoría política del bolchevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, cit., pág. 148 y sigs. Los últimos dos aparecieron en inglés, respectivamente, en la *University of Chicago Law Review* en 1941 y en el *Yale Law Journal* en 1948. Sobre el carácter «constrictivo» del estado en el pensamiento de Kelsen, cf. B. Celano, *La teoría del derecho in Hans Kelsen*, Bologna, Il Mulino, 1999, págs. 112-117.

<sup>139</sup> H. Kelsen, *La teoría comunista del derecho*, con nota introductoria de G. Treves, Turin, Edizioni di Comunità, 1956, págs. 95-119; págs. 119-139; págs. 181-207.

<sup>140</sup> *Ibid.*, pág. 71 y sigs. cf. R. Guastini, *Kelsen critico del marxismo*, cit., págs. 145-147. A las críticas de Kelsen contra la doctrina soviética de la expresión del dominio burgués. La hostilidad fue plenamente recíproca: Kelsen definió las obras de Vishinsky como pseudo-científicas, producido de una escuela jurídica que acusaba a las occidentales de ser la caja de resonancia de los intereses capitalistas, cuando ella lo era, de hecho, del régimen soviético. N. Bobbio, *Studi generali sulla teoría del diritto*, cit., pág. 101.

Kelsen: tras innumerables modificaciones del contenido y formales, en 1945 vio por primera vez la luz la *General Theory of Law and State*, que para el «periodo americano» fue tan importante como lo había sido la *Reine Rechtslehre* en el europeo. En la *General Theory of Law and State* la relación entre estado y derecho era analizada sobre la base de los resultados alcanzados en la primera edición de la *Reine Rechtslehre*.<sup>141</sup>

A diferencia de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen admitía ahora la existencia de una pluralidad de ciencias del derecho, entre las que incluía a la sociología del derecho.<sup>142</sup> Treves vincula este cambio al hecho de que la *General Theory of Law and State* fue concebida y escrita en América, cuyo público, educado en un sistema de «common law», era especialmente sensible a la sociología del derecho.<sup>143</sup>

En las obras del periodo americano no cambiaban así, según Treves, los fundamentos del pensamiento de Kelsen, las líneas generales de su doctrina: estas últimas parecían en su mayoría más bien receptoras hacia posiciones alternativas, hacia la idea del derecho «como fenómeno social».<sup>144</sup>

Como testimonio de esta «apertura», en la *General Theory of Law and State* Kelsen distinguía entre la producción descentrada del derecho, típica de los sistemas democráticos-liberales, y la centrada, típica de los sistemas autocráticos.<sup>145</sup> En el estudio de 1945, se proponía de nuevo así, aunque en un contexto distinto, la dicotomía democracia-autocracia que Kelsen había teorizado en sus ensayos sobre la *Esencia* y el *Valor* de la democracia. Al mismo tiempo, a diferencia de la *Reine Rechtslehre*, se difuminaba la neta separación entre validez y eficacia.<sup>146</sup> Pero la diferencia más sorprendente que distinguía a la *General Theory of Law and State* de la *Reine Rechtslehre* era el vínculo que Kelsen planteaba entre paz y derecho inter-

<sup>141</sup> R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, cit., pág. 190.

<sup>142</sup> H. Kelsen, *Teoría general del derecho e dello stato*, con prefacio de E. Gallo e introducción de G. Pecora, Milán, ETAS libri, 1994, págs. 177-181; Kelsen se vinculaba de nuevo a la tesis en parte ya manifestadas en el artículo «Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence», aparecido en la *Harvard Law Review* en 1941 [trad. esp.: *La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica*, trad. de Rodolfo Biedel, La Ley (Buenos Aires), núm. 24, diciembre de 1941, págs. 197-208; ídem, trad. por Eduardo A. Coghlan, en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, ed. R. Alfalón, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 207-238].

<sup>143</sup> R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, cit., pág. 193; cf. G. Pecora, «Introduzione» a H. Kelsen, *Teoría general del derecho e dello stato*, cit., pág. XXX.

<sup>144</sup> R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, cit., pág. 196.

<sup>145</sup> H. Kelsen, *Teoría general del derecho e dello stato*, cit., págs. 315-321; cf. N. Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., pág. 96.

<sup>146</sup> H. Kelsen, *Teoría general del derecho e dello stato*, cit., págs. 42-44.

<sup>147</sup> *Ibid.*, pág. 21 y sigs. El año anterior a la *General Theory of Law and State* Kelsen había publicado un breve ensayo, *Peace through Law*, en el que la paz era considerada la finalidad última del derecho.

nacional<sup>147</sup>; en el ensayo de 1945 la paz era considerada la finalidad principal del derecho.<sup>148</sup>

Kelsen parecía remitirse al *Proyecto kantiano para una paz perpetua*, proponiendo la completa jurisdicción de las relaciones entre las naciones como solución a la inestabilidad mundial<sup>149</sup>. Reflexiones que contribuyen en no poco a desmitificar y redimensionar la imagen del Kelsen teórico de un derecho reducido a un conjunto de abstracciones y asépticas normas jurídicas<sup>150</sup>.

Por otra parte, Kelsen no entendió nunca su compromiso con los estudios internacionalistas como algo completamente separado de su doctrina pura del derecho, ya que justamente de ésta obtuvo los instrumentos para poner en discusión los tres conceptos maestros de la concepción tradicional del derecho internacional: el pueblo, el territorio y la soberanía. Con *Das Problem der Souveränität* y la *Reine Rechtslehre*, Kelsen había des-territorializado los conceptos de estado, pueblo, territorio y soberanía, transformando estos últimos en conjuntos articulados de normas jurídicas<sup>151</sup>. Partiendo de esta premisa, había equiparado a continuación el derecho internacional al estatal, para afirmar al final, en la *General Theory of Law and State*, la primacía del derecho internacional<sup>152</sup>.

<sup>148</sup> L. Ciauro, «Premessa», a H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, con premessa de L. Ciauro, Turín, Giappichelli editore, 1994, págs. 1-6. Una referencia a esta problemática había aparecido también en un artículo de 1932, «La Theorie du droit devant le probleme du desarmement», publicado en el *Journal des Nations*, ibid., pág. 2.

<sup>149</sup> H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, cit., pág. 41 y sigs. Sobre el concepto de paz en la obra internacionalista de Kelsen; cf. L. Ciauro, ob. cit., y G. Gozzi, *Diritto e sovranità dello jus gentium al diritto internazionale*, Bologna, Baiesi, 2002. Para un análisis de la concepción kelseniana del derecho internacional, cf. A. Rub, *Hans Kelsens Völkerrechtslehre. Versuch einer Wiedergang*, Zürich-Viena, Verlag Österreich, 1995.

<sup>150</sup> En 1946, el jurista austriaco dirigió algunos seminarios en el Dartmouth College, en los cuales se ocupó de la política exterior de los Estados Unidos y del papel de la ONU. En ese mismo periodo, publicó una serie de intervenciones especializadas sobre el Consejo de seguridad, sobre las sanciones, sobre la pertenencia a la organización, sobre la limitación de sus funciones, que constituirían después el ensayo sobre el derecho de las Naciones Unidas, *The Law of United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems* de 1950. En el mismo año el anciano jurista llevaba a cabo los *Principles of International Law*, una representación sistemática de los rasgos del derecho internacional. R. A. Metcalf, ob. cit., págs. 81-86; R. Monaco, ob. cit., pág. 41. Sobre la «acogida» reservada por el ambiente académico estadounidense a la obra internacionalista de Kelsen, cf. D. Kennedy, «Il Kelsen delle "Oliver Wendell Holmes Lectures"», *Diritto e cultura*, 2, 1994, págs. 18-47.

<sup>151</sup> Cf. H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit., pág. 327 y sigs.; ídem., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pág. 163 y sigs.

<sup>152</sup> H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit., págs. 327-334; ídem., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pág. 163 y sigs.; ídem., *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit.,

De la segunda edición (americana) de la *Reine Rechtslehre* derivaba así una mayor atención a las conexiones entre esfera del derecho y esfera del «ser»<sup>153</sup>. Como puntualiza Bulygin, durante el periodo americano Kelsen se había alejado gradualmente de la organización conceptual del periodo europeo, orientado completamente a identificar las normas del derecho positivo con la esfera del «deber ser», demostrando una mayor sensibilidad por el vínculo entre normas y hechos concretos<sup>154</sup>. Esta particular atención se confirmaba en los primeros años 60 en dos intervenciones diferentes: en *Die Funktion der Verfassung (La función de la Constitución)* de 1964, Kelsen definía la norma fundamental como una mera «ficción»; y en *Recht und Logik (Derecho y lógica)*, publicado en 1965<sup>155</sup>, afirmaba que las normas del derecho positivo no eran exclusivamente lógicas, completando, observa Bulygin, el acercamiento entre hecho y norma que había empezado a dibujar en la segunda *Reine Rechtslehre*<sup>156</sup>.

Kelsen transcurrió los últimos años de su vida dedicándose a la teoría general de las normas, publicada póstumamente en 1979 con el título *Allgemeine Theorie der Normen*. El ya anciano jurista se apagó en Berkeley el 19 de abril de 1973.

pág. 163 y sigs. Sobre el tema, cf. M. G. Losano, «Introduzione», cit., págs. XIII-XX. La primacía del derecho internacional fue confirmada en *Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht (La unidad del derecho internacional y nacional)*, aparecido en 1958 en la *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Kelsen negaba que entre derecho internacional y derecho estatal existiesen diferencias sustanciales, ya que ambos debían entenderse como ordenamientos jurídico-normativos. En el plano más propiamente político, Kelsen consideraba que la primacía del derecho internacional aseguraría una paz duradera, al contrario del derecho estatal que, a su juicio, había legitimado siempre las empresas imperialistas. H. Kelsen, *Die Einheit der Völkerrecht und staatlichem Recht*, ahora en *Die Wiener rechts-theoretische Schule...*, 2. Bd., cit., pág. 2.213; pág. 2.218; págs. 2.224-2.225. Sobre este argumento me permito además remitir a S. Lagi, «Territorio e popolo in Hans Kelsen», en *La politica e gli spazi*, a cargo de B. Consarelli, Florencia, Florencia University Press, 2003 [trad. esp. «Territorio y pueblo en Hans Kelsen», *Rev. Publica*, 15, 7, 2005].

<sup>153</sup> H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., pág. 112; pág. 155 y sigs.; págs. 163-168. Sobre el tema, cf. N. Bobbio, *Kelsen e il problema del potere*, cit., págs. 557-558; A. Carrino, *Presentazione*, cit., pág. XLI y sigs.

<sup>154</sup> E. Bulygin, ob. cit., pág. 195.

<sup>155</sup> H. Kelsen, «Die Funktion der Verfassung. Verhandlungen des Zweiten Österreichischen Juristentags», en *Die Wiener Rechts-theoretische Schule*, 2. Bd., cit., pág. 1.975 y sigs.; cf. V. Frosini, *Kelsen e il problema della sovranità*, cit., pág. 34.

<sup>156</sup> E. Bulygin, ob. cit., págs. 195-197.