

I. HANS Kelsen. SU TRAYECTORIA BIOGRÁFICA E INTELLECTUAL (1881-1973)

1. LOS INICIOS DE SU CARRERA ACADÉMICA: LA SEPARACIÓN DE LA «TRADITIONELLE RECHTSLEHRE» DE GERBER, LABAND Y JELLINEK (1905-1911)

Hans Kelsen, hijo de Adolf Kelsen y Auguste Loewy, nació el 11 de octubre de 1881 en Praga, en una familia hebrea pequeño-burguesa bien integrada en la sociedad del momento.

El primero de cuatro hermanos, Hans Kelsen creció en Viena, donde sus padres se habían establecido definitivamente en 1884¹³. Durante los años de instituto, el joven Kelsen se acercó a la obra de Arthur Schopenhauer y seguidamente a la de Immanuel Kant, autores que dejaron una huella duradera en su formación.

¹³ R. A. Mettall, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, Viena, Franz Deuticke, 1969, pág. 1 [trad. esp.: *Hans Kelsen, vida y obra*, trad. de Javier Esquivel, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976]. La obra de Mettall es la única biografía que existe sobre Kelsen; el ensayo resulta, sin embargo, excesivamente apologético. Para un cuadro de la vida y las obras de Kelsen, cfr. H. Dreier, «Hans Kelsen», en *Juristen jüdischer Herkunft*, hrg. von H. Heinrichs, Múnich, C. H. B. Beck, 1993, pág. 705 y sigs.; R. Wálter, «Hans Kelsen», en *Neue deutsche Biographie*, Berlín, hrg. von hist. Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaft, XI, Duncker & Humboldt, 1977, pág. 479 y sigs.; N. Leser, «Hans Kelsen», en *Neue deutsche österreichische Biographie*, XIX, Viena, Manz Verlag, 1979, pág. 29 y sigs.; W. Braunerder, «Hans Kelsen», en *Juristen in Österreich*, Viena, Orac, 1987, pág. 290-295. Hay una reseña completa de las obras de Kelsen, en R. Walter, *Hans Kelsen. Ein Leben im Dienste der Wissenschaft*, Viena, Manz Verlag, 1985, págs. 27-51 y págs. 53-97; cfr. C. M. Piska, «Nachtrag zur chronologischen Bibliographie der Werke Kelsens», en *Hans Kelsens Wege zur sozialphilosophischen Forschung*, Viena, hrg. von R. Walter und C. Jabloner, Manz Verlag, 1997, págs. 143-165.

Matriculado en jurisprudencia, a lo largo del primer año universitario, hizo amistad con Otto Weininger, algunos años mayor, que estaba terminando su trabajo de doctorado, cuya publicación póstuma con el título *Geschlecht und Charakter* obtuvo un éxito extraordinario. El trágico personaje y la aguda inteligencia de Weininger, el éxito mismo de su obra, ejercieron sobre Kelsen una profunda impresión. También la figura de Leo Stransower se reveló fundamental en la *Bildung* intelectual del estudiante universitario. A causa del difundido prejuicio antisemita, Stransower continuaba siendo un *Privatdozent* de filosofía del derecho, aunque hubiera conseguido la habilitación en el lejano 1881. En su apartamiento vienes poseía una de las más ricas bibliotecas de derecho internacional, derecho público y filosofía del derecho¹⁴. Junto con Stransower, la otra figura que se reveló fundamental en la formación universitaria de Kelsen fue el profesor de Derecho Público Edmund Bernatzik (1848-1919), que se había interesado desde siempre por los problemas políticos y prácticos relativos a la Constitución austriaca¹⁵.

Tras superar los exámenes de Estado y los *Rigorosen* (examen de licenciatura), Kelsen aprobó el grado de *Doctor juris* el 18 de junio de 1905 en la Universidad de Viena ante una comisión presidida por el economista Eugen von Philippovich y por el estudioso del derecho internacional Heinrich Lammasch¹⁶.

La participación en los seminarios de Bernatzik, que decidió publicar la tesis del estudiante Kelsen en la prestigiosa revista *Wiener Studien*, y el creciente interés por las cuestiones fundamentales del derecho, indujeron a Kelsen a prepararse para la *Habilitationsprüfung* (examen de habilitación para la docencia universitaria libre). Mientras tanto, en calidad de investigador, Kelsen obtuvo de la Universidad de Viena una beca que le permitió asistir tres trimestres a la Universidad de Heidelberg, donde enseñaba el jurista Georg Jellinek (1851-1911), considerado en la época como la mayor autoridad en derecho público. Kelsen esperaba poder completar bajo su supervisión la tesis para la habilitación.

La figura de Georg Jellinek fue un punto de referencia casi constante en los escritos kelsenianos de sus inicios, en los que el joven jurista intentó definir el concepto de estado, de derecho, la relación entre la ciencia del derecho y las ciencias no estrictamente jurídicas, alcanzando soluciones que,

¹⁴ R. A. Mehall, ob. cit., págs. 1-4.

¹⁵ Sobre la vida y las obras de Edmund Bernatzik, cfr. W. Brauneder, *Juristen in Österreich 1200-1980*, cit. págs. 312-313; L. Adamovich, «Edmund Bernatziko», en *Neue deutsche Biographie*, cit. pág. 103; F. Czetzke, «Edmund Bernatzik», en *Historische Lexikon*, Viena, Kreimayr & Schrenian, 1994, pág. 337; la necrología «Edmund Bernatzik. Worte gesprochen an seinem Graben», *Neue Freie Presse*, 3 de abril de 1919, págs. 8-9.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 10; W. Brauneder, «Hans Kelsen», en *Juristen in Österreich*, cit., págs. 229-231.

según sus intenciones, debían «romper» con la llamada «traditionelle Rechtslehre», representada por Carl Friederich von Gerber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918) y, en particular, por el propio Georg Jellinek¹⁷.

Los tres juristas habían trabajado en la Alemania de la segunda mitad del siglo *xxx*, en los decenios sucesivos al fracaso de la revolución del 48 y al intento de reformar en un sentido completamente constitucional la monarquía prusiana. El fin de la experiencia reformista había marcado una progresiva debilitación del movimiento liberal alemán y una gradual pacificación en las relaciones entre la burguesía, que había apoyado inicialmente el programa del 48, y los poderes fuertes, la monarquía, el ejército, la burocracia. Esto había determinado una neutralización de los motivos de conflicto entre la burguesía liberal y la Corona, a favor de «instituciones políticas sólidas y eficientes» que, en la óptica de las fuerzas conservadoras, debían estar en condiciones de elevarse por encima del carácter «fácioso» de los partidos y del parlamento¹⁸.

A esta «estración» de la política alemana correspondió el desarrollo del positivismo jurídico que, en contraste con la «Escuela histórica» de Savigny, se caracterizó por un «realismo antihistórico», por la firme voluntad de «purificar el pensamiento jurídico de los elementos no jurídicos». Como sinte-tiza M. Stollis: «Este programa debía no sólo garantizar una defensa contra las presiones políticas, así como la seguridad del derecho, sino también la cientificidad y un adecuado estatus social de la jurisprudencia»¹⁹.

En este programa se integró directamente «el cambio de método en el derecho público», por obra de C. F. von Gerber, cuyo objetivo fue aplicar el «método jurídico» al «derecho del estado», es decir, eliminar de este último los elementos más puramente políticos, históricos, filosóficos²⁰. A esta operación metodológica correspondió la elaboración de una precisa concepción del estado, ilustrada por Gerber en los *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts (Características del derecho público alemán)* (1865). En esta obra el estado era definido «estado-persona», «persona jurídica», único titular de la

¹⁷ La expresión «traditionelle Rechtslehre» fue usada precisamente por Kelsen en su monografía para la habilitación para la docencia libre, publicada en 1911, con el título de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsstaat* [trad. esp.: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado desarrollados con base en la doctrina de la proporción jurídica*, trad. de Wenceslao Roces, Méjico, Editorial Porrúa, 1987].

¹⁸ M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milán, Giuffrè, 1978, págs. 318-319.

¹⁹ M. Stollis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Zweite Band, 1800-1914*, München, V. C. H. Beck, 1992, pág. 331; M. J. Sattler, «Georg Jellinek. Ein Leben für das öffentliche Recht», en *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, cit., pág. 366.

²⁰ M. Stollis, ob. cit., págs. 331-332.

soberanía, que no sólo no estaba condicionado por ninguna fuerza externa a él, sino que absoberna en sí la vida colectiva entera²¹.

Después de 1871, la figura de más autoridad en el panorama del «derecho público del estado» fue Paul Laband. Mientras Gerber se había interesado fundamentalmente por identificar los «conceptos fundamentales del derecho del estado», Laband analizó el «derecho positivo del Imperio», valiéndose del «método jurídico»²², es decir, evitando mezclar el elemento jurídico con el histórico-político²². «Hijo» de la Alemania bismarckiana, unificada por la potencia autoritaria de los Hohenzollern, Laband repropuso el concepto de estado-persona como «único sujeto del poder», fundador y no fundado, único titular de la soberanía, figura exclusivamente jurídica que neutralizaba en sí misma el principio monárquico así como el de la representación popular²³.

Sobre la base de la definición de estado como persona jurídica y titular de la soberanía, tanto Gerber como Laband habían concluido que los propios derechos de los ciudadanos eran meros «reflejos» del poder del estado²⁴. A finales del siglo XIX, a los nombres de Gerber y Laband, como insignes exponentes de la ciencia jurídica alemana, se añadió el de Georg Jellinek. Tras un breve periodo transcurrido en la administración austriaca, Jellinek enseñó durante algunos años en el Ateneo vienes hasta que, en 1890, fue llamado a Heidelberg donde enseñó hasta su muerte, acaecida en 1911²⁵.

²¹ M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica...*, cit., págs. 264-265. M. Stollis, ob. cit., págs. 335-337.

²² *Ibid.*, págs. 343-346.

²³ S. Amato, *Il problema «partito» negli scrittori politici tedeschi (1851-1914)*, Florencia, CET, 1992, págs. 87-94; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, págs. 22-28; *idem.*, «La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi», en *Crisi e metamorfosi della sovranità. Atti del XIX Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica. Trento 29-30 settembre 1994*, a cargo de M. Bassici, Milán, Giuffrè, 1997, págs. 47-51; pág. 51 y sigs.; M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica...*, cit., pág. 47.

²⁴ *Ibid.*, pág. 264; S. Amato, *Il problema «partito» negli scrittori politici tedeschi (1851-1914)*, cit., págs. 88-89.

²⁵ El difundido prejuicio antisermita hizo especialmente difícil la carrera de Jellinek en Viena: a la propuesta de nombrarlo «profesor titular» en la universidad de la capital, se desentendieron un verdadero ataque por parte de la prensa clerical contra la llamada «judalización de la Universidad de Viena», de modo que todos los intentos llevados a cabo entre 1887 y 1889 de concederle una cátedra fracasaron miserablemente. Jellinek decidió entonces aceptar en 1889 un cargo en la universidad de Basilea, donde permaneció hasta 1890, cuando, tras haberse convertido al cristianismo, sucedió a Bluntschli en la cátedra de derecho público, derecho internacional y política en Heidelberg. M. J. Sattler, ob. cit., pág. 366. Sobre la vida de G. Jellinek, cfr. el perfil biográfico trazado por su mujer Camilla, incluido en G. Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, I Bd., Berlín, Verlag von O. Häring, 1911, especialmente págs. 7 y sigs.

Jurista y teórico del derecho, Jellinek se encontró a finales del siglo XIX entre dos «fuegos»: por un lado, el denominado «método jurídico», y por otro, una sociedad cada vez más moderna y en rápida transformación que, a su juicio, no podía ser ignorada por mucho tiempo por quienes se ocupaban del derecho del estado²⁶. Aunque de manera no del todo orgánica, Jellinek comenzó a buscar una «mediación» entre estos dos elementos a partir de *Gesetz und Verordnug (Leyes y ordenamiento)*, publicado en 1887. Respecto a los tradicionales tratados de derecho público de la época, la obra de Jellinek presentaba una estructura original, ya que la primera parte estaba dedicada por entero «a un análisis de tipo histórico-comparativo» de las diversas soluciones encontradas para la «relación entre poder legislativo y ejecutivo»²⁷.

Según Fioravanti, la originalidad de esta elección no consistía tanto en el intento de ubicarse fuera del camino trazado por Gerber y Laband, como en la voluntad de medir la validez de su método de investigación respecto a la compleja realidad del momento. Aun compartiendo el principio de la personalidad jurídica del estado, Jellinek consideraba que no era posible ya pensar en el estado como entidad neutral, impermeable a los conflictos y a los cambios sociales²⁸.

Desde esta óptica, Jellinek establecía que el estado, precisamente en cuanto persona jurídica, poseía precisos «objetivos» («Zwecke»), el primero de los cuales era «su auto-conservación, [...] [su] autoafirmación respecto al exterior y respecto al interior». Sin esta, no podría realizar sus objetivos ulteriores, entre los cuales están el desarrollo y la promoción de la civilidad, y la creación de un ordenamiento jurídico en el que los ciudadanos puedan estar seguros de lo que está prohibido y de lo que les está permitido²⁹:

la propia existencia es el primer objetivo del estado, ya que esta es la condición indispensable para la realización del resto de objetivos. Pero estos están determinados por la protección de las condiciones de vida de la comunidad, del derecho y de la promoción de las mismas condiciones de desarrollo, de la civilidad. Existencia y desarrollo encierran en sí los tres sentidos del poder, del derecho y de la civilidad³⁰.

²⁶ M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica...*, cit., pág. 391; C. Schönberger, «Ein Liberaler zwischen Staatswille und Volkswille: Georg Jellinek und die Krise des staatsrechtlichen Positivismus um die Jahrhundertwende», en G. Jellinek, *Beiträge zu Leben und Werk*, Viena, hrsg. von S. L. Paulson und M. Schulte, Viena, Mohr Siebeck, 2000, págs. 10-11.

²⁷ M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica...*, cit., pág. 393.

²⁸ *Ibid.*, pág. 397.

²⁹ G. Jellinek, *Gesetz und Verordnug. Staatsrechtlichen Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Friburgo, J. C. B. Mohr, 1887, pág. 191; pág. 214.

³⁰ *Ibid.*, pág. 191.

El problema de elaborar una teoría del estado y de sus funciones que no olvidase la existencia de una sociedad cada vez más moderna estaba de nuevo presente en el *System der öffentlichen subjektiven Rechte (Sistema de los derechos públicos subjetivos)* (1892), en el que, en discusión con la obra de Gerber y de Laband, Jellinek reelaboraba el concepto de derechos subjetivos a partir de la idea de que «cualquier derecho es una relación entre los sujetos del derecho», y que el estado podía tener derechos en la medida en que estos se relacionasen con sujetos dotados también de derechos³¹. Estos últimos eran portadores de derechos gracias al acto de «Selbstbeschränkung», de «autolimitación», que el estado cumplía en relación con ellos³².

En ese sentido, como observa Valera, en Jellinek el estado aparecía bajo una doble perspectiva: en cuanto persona jurídica y titular de derechos, creaba el propio ordenamiento, el ordenamiento estatal; pero, en cuanto sujeto que se autolimitaba a favor de los individuos, se sometía a las reglas del ordenamiento jurídico por él establecido³³. Al mismo tiempo, también la relación entre individuos y estado aparecía como doble: por un lado, aquellos eran objetos del poder soberano ejercido por el estado («súbdito»), pero, por otro, eran titulares de derechos («ciudadano»), en la medida en que el estado se autolimitaba en relación con ellos³⁴. El mismo concepto reaparecería algunos años más tarde en su *Allgemeine Staatslehre (Doctrina general del estado)*, publicada por primera vez en 1900: «en virtud del dominio del poder estatal, el pueblo es objeto del imperium y, desde este punto de vista, se compone de puros subordinados, y viceversa, en virtud de la posición orgánica de los individuos en su calidad de elementos del estado, son, en cambio, objeto de derechos»³⁵.

³¹ G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milán-Nápoles, Società Editrice libraria Roma, 1912, págs. 10-11.

³² *Ibid.*, pág. 95.

³³ G. Valera, «Coercizione e potere: storia, diritti pubblici soggettivi e poteri dello stato nel pensiero di Georg Jellinek», en *Storia dei concetti e saperi della botanica tra Otto e Novecento*, a cargo de G. Gozzi, R. Gherardi, Bologna, Il Mulino, 1995, págs. 61-63, cfr. El importante G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pág. 47. Para un encuadramiento general de esta problemática, cfr. ídem, «Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca», en *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cargo de P. Costa y D. Zolo, Milán, Feltrinelli, 2002, págs. 260-283.

³⁴ G. Valera, ob. cit., págs. 75-83; cfr. D. Quaglion, «Sovranità e autolimitazione (Rileggendo la «Doctrina generale dello stato e del diritto» di G. Jellinek)», en *Crisi e metamorfosi della sovranità*, cit., pág. 273; págs. 276 y sigs.

³⁵ G. Jellinek, *La doctrina generale dello stato*, a cargo de V. E. Orlando, Milán, Giuffrè, 1949, pág. 22 [trad. esp. *Teoría general del estado*, trad. y prólogo de Fernando de los Ríos Urriut, ed. José Luis Monereo, Granada, Comares, 2000].

A la doble naturaleza de la relación entre estado e individuos correspondía también, según Jellinek, la doble naturaleza del saber que se medía con respecto a los temas del estado y del derecho: mientras la doctrina jurídica del estado analizaba la relación entre estado e individuos desde el punto de vista del estado soberano, la doctrina social del estado estudiaba esa misma relación desde el punto de vista de la «autolimitación»; juntas, éstas constituían la denominada «doctrina general del estado»³⁶.

La separación entre doctrina social y doctrina jurídica del estado no correspondía sólo y únicamente a una distinción de contenido, sino antes que nada a una de *método cognoscitivo*: la doctrina social del estado era tal puesto que analizaba el estado desde un punto de vista «descriptivo-sociológico», mientras la doctrina jurídica era tal porque encaraba el mismo objeto en el plano «prescriptivo-jurídico»³⁷.

En las primeras páginas de la *Allgemeine Staatslehre*, Jellinek reconducía así la distinción entre doctrina jurídica y doctrina social del estado hacia una cuestión de tipo metodológico, que por otra parte había ya anticipado en el *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, cuando observaba:

la jurisprudencia no quiere ni puede conocer la íntima esencia de los fenómenos de la naturaleza, ni constatar las leyes naturales que los gobiernan. Su deber es el de dicar normas, es decir, reglas hipotéticas, que tienen por contenido no un deber absoluto, al cual se debe ineluctablemente someter por ley natural, sino un deber que el individuo tiene que cumplir voluntariamente³⁸.

Desde 1892 Jellinek había distinguido entre el método de las ciencias jurídicas y el propio de las ciencias naturales, aunque había admitido que, «por la calidad y por el buen resultado del trabajo del jurista, será importante conocer y estudiar las otras disciplinas que tienen relación con el derecho»³⁹.

Jellinek no renunció nunca, en ninguna de sus obras, a una investigación sobre la naturaleza humana y, por tanto, *histórica* de las instituciones,

³⁶ *Ibid.*, pág. 12 y sigs.; cfr. S. Breuer, *Georg Jellinek und Max Weber. Von der sozialen zur soziologischen Staatslehre*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, págs. 6-8; M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica...*, cit., págs. 413-414.

³⁷ M. W. Hebeisen, *Souveränität in Frage gestellt. Die Souveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, págs. 134-135; O. Lepsius, «Georg Jellineks Methodenlehre im Spiegel der zeitgenössischen Erkenntnistheorie», en *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, cit., págs. 329-339.

³⁸ G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., págs. 18-19.

³⁹ *Ibid.*, pág. 21.

del estado, de la soberanía, de la relación entre estado e individuos. En la *Allgemeine Staatslehre*, la distinción entre *subdito* y *ciudadano* (y, por tanto, entre doctrina jurídica y doctrina social del estado, con las diversas concepciones de la relación entre estado e individuos que éstas comportan), estaba estrechamente relacionada con una concreta definición de soberanía. En la primera parte de la obra Jellinek se ocupaba de los orígenes *históricos* del concepto de soberanía⁴⁰. Sintetiza así Quagliotti: «En el pensamiento de Jellinek la "historia dogmática" de la soberanía es marginada; la soberanía, como aspecto jurídico del ordenamiento, es el fruto de una lenta y necesaria juridificación de un fenómeno eminentemente político»⁴¹.

Según Jellinek, el concepto y la misma teoría de la soberanía se habían desarrollado inicialmente en relación con la difícil autoafirmación del estado, pero sólo después la soberanía había sido identificada con el «poder estatal», y le habían sido atribuidos aquellos derechos que de hecho pertenecían y eran históricamente ejercidos por el monarca⁴².

Jellinek consideraba que solo la «doctrina alemana del estado», en particular la obra de Gerber, había aclarado exactamente la relación entre monarca y soberanía, es decir, entre un «órgano» del estado y la soberanía estatal, afirmando que la soberanía era un «atributo del poder estatal perfecto y en absoluto esta en relación con el derecho del monarca en sentido estricto»⁴³. Sobre la base de tales premisas, Jellinek pasaba al análisis de la «naturaleza de la soberanía».

Ésta era antes que nada «poder independiente» y, en cuanto tal, aparecía ilimitada e ilimitable. Pero la soberanía era también un «concepto jurídico» según el cual «si el estado lo puede todo jurídicamente, puede [podría] abolir el ordenamiento jurídico [...] hacerse a sí mismo imposible». Partiendo del presupuesto de que el estado no podría querer y determinar la propia destrucción, Jellinek deducía que la «doctrina de ilimitabilidad absoluta del estado» no parecía ya tan fundada, pues «todo el derecho se convierte en tal simplemente por esto: porque vincula no solamente al

⁴⁰ G. Jellinek, *La doctrina generale dello stato*, cit., págs. 58-62.

⁴¹ D. Quagliotti, *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pág. 97; cf. idem., *Sovranità ed autolimitazione* (relección de la «Doctrina generale del diritto e dello stato» di G. Jellinek), cit., pág. 273 y sigs.

⁴² Con la *Allgemeine Staatslehre*, Jellinek había identificado los orígenes *históricos* del concepto de soberanía en la lucha llevada a cabo por el «estado moderno» contra el universalismo de la Iglesia, del Imperio y contra el particularismo feudal. Él consideraba que la vanguardia del proceso de afirmación del estado moderno había sido el Reino de Francia donde, antes que en otras partes de Europa, el príncipe había conseguido concentrar en sí el poder político. G. Jellinek, *La doctrina generale dello stato*, cit., págs. 58-62.

⁴³ *Ibid.*, pág. 70.

subdito sino también al poder estatal», y eso comportaba la capacidad del estado de autolimitarse⁴⁴.

En la *Allgemeine Staatslehre*, el concepto de «autolimitación» aparecía por esto estrechamente ligado a la naturaleza *doble* de la soberanía: por un lado, ésta implicaba la imposibilidad para cualquier fuerza, estatal o no estatal, de limitar el estado⁴⁵; por otro, su naturaleza «jurídica» obligaba al estado a respetar el derecho⁴⁶.

Como Gerber y Laband, también Jellinek entendía que el estado era una persona jurídica, sujeto titular de derechos, único titular de la soberanía y productor del derecho. En tal sentido, la soberanía era atribuida a una «realidad impersonal» que producía normas jurídicas y actuaba dentro de los límites mismos del derecho⁴⁷. Con respecto, sin embargo, a sus predecesores, Jellinek había formulado un concepto de soberanía que, a través del principio de la «autolimitación», planteaba claramente el problema de la relación entre autoridad y libertad, entre estado e individuos⁴⁸.

Cuando Kelsen se fue a Heidelberg para asistir a los seminarios de Jellinek, éste había elaborado y expresado ya completamente su doctrina del estado y del derecho, aquí sintetizada en algunas de sus líneas principales. Uno de los primeros intentos llevados a cabo por Kelsen de discutir la teoría jellinekiana se remontan a su tesis de licenciatura sobre la *Staatslehre des Dante Alighieri* (La teoría del estado en Dante Alighieri). Había sido Leo

⁴⁴ *Ibid.*, págs. 71-73.

⁴⁵ Bajo este aspecto, soberanía significaba: «la exclusiva capacidad del poder estatal de dar a su voluntad de señorío un contenido que lo vincule en todas las relaciones, y de determinar en todos los sentidos el propio ordenamiento jurídico», *ibid.*, pág. 75.

⁴⁶ Según Jellinek, la primera característica del estado soberano era su «autonomía», es decir, la capacidad de determinar autónomamente la propia organización; la segunda consistía en su capacidad de actuar dentro de «los límites jurídicos por él mismo fijados o reconocidos». Tercera característica era la individualidad: para Jellinek, como para sus predecesores Gerber y Laband, el estado, en cuanto persona jurídica, representaba un «*quid*» para su naturaleza indivisible, *ibid.*, págs. 75-91.

⁴⁷ M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblica. Dottrine dello stato e della costituzione tra Ottocento e Novecento*, tomo I, Milán, Giuffrè, 2001, págs. 59-63; D. Quagliotti, *La sovranità*, cit., pág. 97 y sigs.; N. Martenucci, *Lo stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, Il Mulino, 2000, pág. 35; idem., «Sovranità», en *Dizionario di politica*, a cargo de N. Bobbio y N. Martenucci, Turín, UTET, 2004, pág. 910 y sigs.; L. Ferrajoli, *La cultura jurídica nell'Italia del Novecento*, cit., pág. 22 y sigs.

⁴⁸ Este aspecto ha sido subrayado por G. Gozzi en idem., «Les limites du pouvoir en Allemagne au dix-neuvième siècle: l'Etat de droit et les droits publics subjectifs», *Scienza politica. Per una storia delle dottrine*, 10, 1994, págs. 86-92 y en el más reciente R. Suppé, *Die Grund- und Menschenrechte in der deutschen Staatslehre des 19. Jahrhunderts*, Berlín, Duncker & Humboldt, 1999, págs. 294-299.

Srisower quien había dado a conocer a Kelsen la obra de Dante Alighieri, en particular el *De Monarchia*.

Die Staatslehre des Dante Alighieri fue publicada en 1905, en las *Wiener Staatswissenschaftlichen Studien*, reelaboración de la tesis de licenciatura, una monografía sobre el pensamiento jurídico y político del poeta florentino, que apareció después, el mismo año, como volumen autónomo en la editorial vienesa Franz Deuticke⁴⁹.

Kelsen había intentado reconstruir el pensamiento jurídico y político de Dante, partiendo del análisis del *De Monarchia* y de las obras poéticas del florentino. Una reconstrucción que aparecía fuertemente influenciada por la cultura jurídica alemana del momento, en particular por la obra de Otto von Gierke (1841-1921)⁵⁰ y por la de Georg Jellinek. El joven jurista consideraba que en el *De Monarchia* se podía encontrar una verdadera concepción de estado y de soberanía, proyectando así sobre la obra del florentino conceptos que, como observa D. Quagliioni, «en su dimensión puramente moderna, hacen, sin embargo, su aparición siempre en un momento histórico distinto»⁵¹. En la *Staatslehre des Dante Alighieri*, Kelsen se remita a la obra de Otto von Gierke⁵², quien había retrasado la fecha de nacimiento del estado y de la soberanía hasta poco antes del final de la Edad Media⁵³. En su *Deutsches Genossenschaftsrecht (El derecho de las comunidades alemanas)* (1868), Gierke había llevado a cabo un largo y cuidadoso estudio de la

⁴⁹ Enusaiara de la lectura danesa, Kelsen propuso a Srisower realizar un estudio monográfico sobre el *De Monarchia*. R. A. Mettall, ob. cit., pág. 10. Sobre el tema, cfr. M. G. Losano, «Presenze italiane in Kelsen», en H. Kelsen-U. Campagnolo, *Diritto internazionale e stato sovrano con un inedito di H. Kelsen e un saggio introduttivo di N. Bobbio*, a cargo de M. G. Losano, Milán, Giuffrè, 1999, págs. 10-16.

⁵⁰ Crítico del «método jurídico» y de la concepción labandiana del Estado, en su *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cuyo primer volumen fue publicado en 1868 (el segundo apareció en 1878 con el título de *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*), Gierke teorizó, en polémica con Laband, la relación entre estado y comunidad. M. Fioravanti, *Giuristi e costituzioni politiche...*, cit., págs. 329-330; pág. 360.

⁵¹ D. Quagliioni, *La sovranità*, cit., pág. 19; cfr. F. De Aloisio, *Il Genofante e la Gorgone. Quattro saggi su Kelsen e un'appendice su Hobbes*, Roma, Bulzoni Editrice, 1996, pág. 16. La proyección de una conceptualidad moderna sobre la *Staatslehre* danesa ha sido ilustrada por M. Gau en «Hans Kelsen et la théorie de l'Etat chez Dante», en *Laboratoire italien. Politique et société. Droit et littérature*, 5, 2004, págs. 125-150. El autor identifica en la *Staatslehre des Dante Alighieri* uno de los más claros testimonios del interés kelseniano por temas ligados a la literatura, ibíd., págs. 125-129. Sobre el interés de Kelsen por la literatura, cfr. R. A. Mettall, ob. cit., pág. 16.

⁵² H. Kelsen, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, Viena, Franz Deuticke, 1905, pág. 91. De la *Staatslehre des Dante Alighieri* existe también una traducción italiana: *La teoria dello stato in Dante*, Bolonia, Boni, 1974.

⁵³ D. Quagliioni, *La sovranità*, cit., pág. 19.

teoría de las primeras comunidades alemanas, en las cuales, a su juicio, habría tomado forma la idea de soberano como sujeto tanto de derecho como de obligaciones⁵⁴. En 1905, Kelsen compartía plenamente esa posición, identificando en Dante un exponente de la concepción germánica de la soberanía. Hacía notar, de hecho, que el poeta definía al emperador como «minister omnium», expresión traducida (muy expeditivamente) por el mo-
derno «servidor del estado»⁵⁵.

El «germanismo» gierkiano, utilizado por Kelsen como instrumento interpretativo del *De Monarchia*, permitía al joven jurista proyectar sobre la obra danesa una concepción del estado y de la relación entre monarca y estado típica de la cultura jurídica de ese momento, que veía en el estado una dimensión capaz de reabsorber en sí la figura del monarca y la de las representaciones populares, transformándolas en «servidores» del estado⁵⁶.

Las referencias a la doctrina gierkiana, que caracterizaban la obra de 1905 podrían derivarse en Kelsen de Edmund Bernatzik. Figura a la que la literatura (en particular la italiana) ha prestado hasta el momento escasa atención, el maestro de Kelsen en Viena era considerado a fines del siglo XIX uno de los mayores expertos austriacos en derecho administrativo y constitucional, tanto que en 1890 Jellinek lo quiso como su sustituto en la Universidad de Basilea⁵⁷. En el panorama jurídico del momento, Bernatzik se había mostrado interesado de manera especial justamente en la obra de Gierke, con quien compartía la idea del estado como personalidad colectiva que se forma a partir de las personas, y, sobre todo, la crítica al «método jurídico» labandiano⁵⁸.

⁵⁴ S. Moggi, *Otto von Gierke. His political Teaching and Jurisprudence*, Londres, pág. 5. King & Son, 1932, págs. 50-51.

⁵⁵ H. Kelsen, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, cit., pág. 91.

⁵⁶ V. Frosini, «Kelsen e Dante», en ídem., *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Milán, Giuffrè, 1988, págs. 14-16; M. Gau, ob. cit., págs. 131-137.

⁵⁷ P. Goller, «Georg Jellinek und Edmund Bernatzik. Zwei österreichische Staatsrechtler an der Universität Basel (1889-1893)», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2, 1999, págs. 476-77.

⁵⁸ G. Winkler, *Gelatinwort zu E. Bernatzik, Über den Begriff der juristischen Person. Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere* (1899), Viena-Nueva York, verano de 1996, págs. X-XII. La traducción italiana del prefacio de Winkler está incluida en un volumen dedicado a los principales exponentes del derecho público y administrativo en Viena entre finales del siglo XIX y principios del XX: G. Winkler, *La scienza giuridica come scienza sociale empirica. Figure e problemi della dottrina dello stato e del diritto pubblico nella grande Vienna*, Roma, Aracne, 2003, en particular págs. 97-111. En el prefacio a su *Habilitationschrift* de 1886, *Rechtsprechung und materielle Rechtsbegriff*, Bernatzik se había adherido al proyecto gierkiano de realizar un completo tratado jurídico del derecho público, evitando el «camino» trazado por Laband. G. Winkler,

De la *Staatslehre des Dante Alighieri* surgen además aspectos más directamente reconducibles hasta Jellinek, en concreto lo que tiene que ver con el análisis kelseniano del ideal dantesco de Imperio universal. Kelsen subrayaba que la finalidad principal del Imperio universal imaginado por Dante era la «promoción del género humano»⁵⁹. Jellinek había afirmado claramente en *Gesetz und Verordnung* que el «objetivo» más alto del estado era la mejora de las cualidades morales e intelectuales de los hombres⁶⁰.

El ensayo de 1905 denotaba así una cierta «dependencia» de Kelsen de la obra de Jellinek que, como la de Gierke, era utilizada por el joven estudiante para «leer» a Dante.

La verdadera «ruptura» entre Kelsen y Jellinek tuvo lugar sólo con los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Problemas fundamentales de la doctrina del derecho público)*. La obra se terminó en 1910 y algunos meses más tarde se presentó a los profesores de la facultad vienesa de jurisprudencia. Los miembros de la comisión era Adolf Menzel, profesor de derecho constitucional, interesado desde siempre por la filosofía del estado antiguo, y el profesor Bernatzik.

Ambos, por su específica formación académica, eran ajenos a las problemáticas de la teoría del derecho, tanto que Bernatzik dio a su discípulo la impresión de acabar de leer la obra. La superficialidad de los examinadores y las numerosas críticas hechas al ensayo por parte de un tercer miembro de la comisión, el barón Ernst Schwind, no impidieron a Kelsen obtener la habilitación para la docencia libre de filosofía del derecho y de derecho público: la *Habilitationsschrift* fue publicada en 1911⁶¹.

Gelatinwort..., pág. VII. En un estudio suyo aparecido en 1892, Bernatzik analizaba el significado jurídico-político de monarquía y de república, remitiéndose justamente al «germanismo» gielciano. E. Bernatzik, *Republik und Monarchie*, Friburgo, Akademisches Verlagbuch-handlung von J. C. B. Mohr, 1892, en concreto págs. 22-35.

⁵⁹ H. Kelsen, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, cit., págs. 54-55. Al analizar el mito danésico del Imperio universal, Kelsen se vio condicionado, según Frosini, por el hecho de ser «súbdito» de un gigantesco imperio multinacional: «su autor era entonces súbdito del imperio habsbúrgico, el imperio que recogía el mito, si no la herencia, de un estado supranacional, colocado en el centro de Europa, fundado aún sobre el principio de legitimidad de origen feudal, respetuoso, quizá como ningún otro, con la religión católica: el mito del Sacro Imperio Romano. El final de la monarquía habsbúrgica parecía entonces muchísimo menos cercano de lo que estaba en realidad: incluso, justo en esos años, aunque agudizada por las motas, parecía reposar en una condición de equilibrio internacional y de armonía espiritual interna.» V. Frosini, *Kelsen e Dante*, cit., pág. 13.

⁶⁰ G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, cit., pág. 191; pág. 214.

⁶¹ R. A. Meccelli, ob. cit., págs. 10-15. En los años inmediatamente sucesivos a la publicación de la *Habilitationsschrift*, Kelsen publicó *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (La teoría del contrato público)* (1913) seguido, en 1914, por *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn (La teoría de la ley en sentido formal y material)*.

En los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen unía esencialmente dos aspectos de la doctrina jellenkiana: el método y la idea del estado como persona jurídica, titular de derechos y dotada de voluntad⁶². Sin embargo, no obstante la dura crítica, Kelsen reconocía la gran «deuda» intelectual fuente a su maestro:

Mientras los últimos folios de este trabajo iban a la imprenta, moría en Heidelberg Georg Jellinek. Tuve la fortuna de poder formar parte de sus discípulos. Lo que él representa para la ciencia lo sabe cualquiera que esté en relación con la doctrina moderna del derecho público. Casi cada página de este libro testimonia la potente influencia por él ejercida sobre el desarrollo de la doctrina del estado. También allí donde he llegado a resultados distintos de los propios de su magisterio, esto ha sucedido en gran parte gracias a vías abiertas por él, sobre las cuales él ha caminado por primera vez como Maestro inigualable⁶³.

La introducción a los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* era una verdadera «declaración de método» en la cual el autor afirmaba haber llevado a cabo su investigación sobre derecho público sobre la base de una rigurosa distinción entre «ser» (Sein) y «deber ser» (Sollen), entre «derecho natural» y «derecho positivo», entre «ciencia causal» y «ciencias normativas»⁶⁴.

En esta obra Kelsen deseaba profundizar y reforzar tales distinciones, separando, dentro de la misma ciencia del derecho, «el ser y el deber ser, la consideración explicativa y la normativa [...] reclamando para esta disciplina una consideración puramente normativa», donde por «normativa» entendía la capacidad del saber jurídico de explicar las normas de derecho positivo, que constituyen la esfera del «deber ser»⁶⁵.

Según Kelsen, la identificación entre ciencia del derecho y ciencia normativa le había permitido trazar una clara línea de demarcación entre éstas, por un lado, y la psicología, el iusnaturalismo, la sociología y la sociología del derecho, del otro⁶⁶. La adhesión de Kelsen a las teorías sociológicas del derecho se integraba en ese momento en un debate más amplio. Sociólogos y estudiosos del derecho como Kantorowicz y Ehrlich habían promovido de hecho una reforma general del derecho, para acercar el derecho a la so-

⁶² Sobre la crítica de Kelsen a la idea de estado como sujeto dotado de voluntad, cfr. cap. 2.

⁶³ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cargo de A. Carrino, Nápoles, E.S.I., 1997, pág. 14.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 8.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 9.